



Roj: **STS 3356/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3356**

Id Cendoj: **28079110012017100489**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2017**

Nº de Recurso: **1330/2015**

Nº de Resolución: **510/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Europea de Promociones Solares S.A., representada por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre, bajo la dirección letrada de D.^a Loreto Serrano García-Ayala, contra la sentencia dictada el día 6 de marzo de 2015 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 7113/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1205/2011, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, sobre impugnación de acuerdos sociales. Ha sido parte recurrida D.^a Andrea y D.^a Isabel, D.^a Socorro y D.^a Candelaria, representadas por el procurador D. Antonio Boceta Díaz y bajo la dirección letrada de D.^a María Luisa Villegas Villegas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.^a Marta Ybarra Bores, en nombre y representación de D.^a Andrea y D.^a Isabel, D.^a Socorro y D.^a Candelaria (como integrantes de la Comunidad Hereditaria de D. Victorio), interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Europea de Promociones Solares S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«1º.- Se declare la nulidad de la Junta General de "EUROPEA DE PROMOCIONES SOLARES, S.L." celebrada el día 9 de Marzo de 2.011, por ser contraria a la ley al haber sido convocada con evidente abuso de derecho y mala fe.

2º.- Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de "EUROPEA DE PROMOCIONES SOLARES, S.L." celebrada el día 9 de marzo de 2011, por el abuso de derecho y mala fe concurrentes en las formalidades de su convocatoria, así como la nulidad de cualquier otro acuerdo o actuación de la entidad que traiga causa de dichos acuerdos.

3º.- En toda y cada una de las peticiones, según se acceda, ordene la inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil de la provincia de Sevilla; su publicación en extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; así como la cancelación en el Registro Mercantil de cualquier inscripción, asiento o depósito que haya originado tal acuerdo.

4º.- Y, en todos los casos, con condena en costas a la sociedad demandada».

2.- La demanda fue presentada el 4 de noviembre de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, fue registrada con el núm. 1205/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Agustín Cruz Solís, en representación de Europea de Promociones Solares S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...]dicte en su día Sentencia mediante la cual desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con imposición de las costas que se originen de todo ello».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla dictó sentencia de fecha 21 de febrero de 2014, con el siguiente fallo:

«Que estimo la demanda formulada por D^a Andrea, D^a Isabel, D^a Socorro, D^a Candelaria (como miembros integrantes de la comunidad hereditaria de D. Victorio) contra la entidad EUROPEA DE PROMOCIONES SOLARES S.A., y en consecuencia:

1. SE DECLARA la nulidad de la Junta General de Socios de fecha 9 de marzo de 2011.
2. SE DECLARA la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General de fecha 9 de marzo de 2011, así como de cualesquier otro acuerdo o actuación de la entidad que traiga causa de dichos acuerdos.
3. SE ORDENA la inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil de la provincia de Sevilla, su publicación en el BORME, así como la cancelación en el Registro Mercantil de cualquier inscripción, asiento o depósito que haya originado tal acuerdo.

Con imposición de las costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Europea de Promociones Solares S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 7113/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2015, cuyo fallo dispone:

«Que desestimando el recurso interpuesto por el Procurador Don Agustín Cruz Solís, en nombre y representación de EUROPEA DE PROMOCIONES SOLARES, S.A. contra la sentencia dictada el día 21 de febrero de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Agustín Cruz Solís, en representación de Europea de Promociones Solares S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º, por infracción del art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital (o al antiguo art. 97 de la Ley de Sociedades Anónimas), en el sentido de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo concerniente a la interpretación de los requisitos legales para la validez de la convocatoria de Juntas en las Sociedades Anónimas.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º, por indebida aplicación del art. 7.2 del Código Civil, en el sentido de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo concerniente a la interpretación del abuso de derecho y la concurrencia de los requisitos para apreciar el mismo.

»Tercero.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación a la interpretación del art. 7.2 del Código Civil, en relación con el art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 10 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Europea de Promociones Solares S.A. contra la sentencia dictada, en fecha 6 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), en el rollo de apelación n.º 7113/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1205/2011 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.



4.- Por providencia de 13 de julio de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- La compañía mercantil Europea de Promociones Solares S.A., constituida el 20 de abril de 2005, tiene un capital social de 215.000 €, dividido en 2.150 acciones nominativas, repartidas en la siguiente proporción: 1075 acciones (50% del capital social) pertenecientes a D. Cornelio ; 774 acciones (36% del capital social) pertenecientes a D.ª Andrea ; 301 acciones (14% del capital social) pertenecientes a la comunidad hereditaria de D. Victorio .

2.- Desde su constitución, todas las juntas generales de la sociedad se habían celebrado en la modalidad de junta universal, hasta la junta general extraordinaria de 9 de marzo de 2011, cuya convocatoria se anunció mediante publicación en el BORME y en el diario El Correo de Andalucía, de Sevilla.

3.- A la junta general de 9 de marzo de 2011 solo asistió el hasta entonces administrador solidario, D. Cornelio . En la misma se acordó cesar a la otra administradora solidaria, Dña. Andrea , y se nombró administrador único al Sr. Cornelio .

4.- Dña.. Andrea y Dña. Isabel , D.ª. Socorro y Dña.. Candelaria (como herederas de D. Victorio) interpusieron una demanda contra la sociedad Europea de Promociones Solares S.A., en la que solicitaron la nulidad de la junta general de 9 de marzo de 2011 y de los acuerdos adoptados en la misma, así como la cancelación de los asientos registrales a que hubiera dado lugar. Basaban su pretensión en la existencia de abuso de derecho y mala fe en la convocatoria de la junta general, efectuada con la finalidad de impedir el derecho de asistencia de los accionistas minoritarios.

5.- Tras la oposición de la sociedad, que alegó, resumidamente, que la sociedad se encontraba en una situación de bloqueo, ya que existía un conflicto entre los socios que se remontaba a varios meses atrás, en cuyas circunstancias era imposible la celebración de una junta general universal como se había hecho hasta entonces y que por ello se acudió al mecanismo legal de convocatoria, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la junta general de socios, de los acuerdos sociales adoptados en ella y de cualquier otro acuerdo o actuación que trajera causa de dichos acuerdos.

La sentencia del juzgado mercantil argumenta, sintéticamente, que la forma de convocar la junta impugnada, absolutamente novedosa en la práctica de la sociedad durante años, tuvo por finalidad apartar a Dña. Andrea del órgano de administración, como finalmente así aconteció, impidiendo su posible oposición así como de la del resto de socios.

6.- La sociedad demandada recurrió en apelación, cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Sevilla. La sentencia de segunda instancia considera que, pese a que la junta se celebró de acuerdo con las previsiones legales, concurrió un claro abuso de derecho por parte del administrador solidario, por las siguientes y resumidas razones: (i) Ha quedado probado que lo usual era acordar verbalmente la celebración de junta que adoptaba la forma de junta universal, sin que tuviese mucho sentido el gasto de publicar una convocatoria de junta general en el BORME y en un diario de los de mayor circulación de la provincia del domicilio social; (ii) Si circunstancias posteriores imposibilitaban la junta universal, el administrador convocante debería haber actuado con buena fe y comunicar al resto de socios que se cambiaba el modo de convocatoria y se optaba por el procedimiento ordinario previsto legalmente, máxime cuando una de tales socias era coadministradora solidaria. (iii) Al no hacerlo así, incurrió en abuso de derecho, e incluso en fraude de ley. (iv) Las normas sobre convocatoria de junta general que contiene el art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) tienen como finalidad garantizar que los socios tengan conocimiento de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, de modo que puedan ejercer sus derechos políticos, estableciendo al mismo tiempo un sistema que no impida en la práctica la efectividad de la convocatoria en aquéllos casos en que la sociedad esté conformada por un gran número de socios que haga sumamente dificultosa una notificación individual que deje constancia a todos y cada uno de ellos. (v) En el caso de sociedades en que por el escaso número de socios que las integran sea habitual la comunicación personal a los socios de la convocatoria de la junta, la utilización sorpresiva y sin aviso previo exclusivamente del sistema previsto en el art. 173 LSC supone una aplicación torticera del mismo, con la finalidad contraria a la legalmente querida, es decir, tratar de que el otro socio no pueda enterarse de la convocatoria y ejercer sus derechos políticos, que es precisamente lo que con toda claridad ha ocurrido en el caso.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso de casación*

Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación se alega la infracción del art. 173 LSC (antiguo art. 97 LSA), en el sentido de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera TS concerniente a la interpretación de los requisitos legales para la validez de la convocatoria de las juntas generales en las sociedades anónimas.

2.- En el desarrollo del motivo, se mantiene, resumidamente, que los requisitos legales para la convocatoria de las juntas son los que indica el art. 173 LSC y ninguno más y que solo si se demostrase sin ningún tipo de duda la mala fe del convocante podría requerirse la notificación personal a los socios. Considera infringida la doctrina contenida en las sentencias de esta sala de 9 de diciembre de 1999, de 1 de febrero de 2001 y 5 de junio de 2006, en las que, en casos prácticamente análogos al presente, se rechazó la nulidad de la convocatoria, por no haberse probado suficientemente la mala fe y el abuso de derecho del administrador convocante.

Decisión de la Sala:

1.- Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida. El art. 173.1 LSC, en su redacción vigente a la fecha de celebración de la junta impugnada, establecía que la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos.

No obstante, habrá supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto...). Es el caso de la sentencia de esta sala 272/1984, de 2 de mayo, en que no se citó personalmente al accionista mayoritario, una sociedad francesa, «como usualmente se venía haciendo». O de la sentencia 171/2006, de 1 de marzo, que confirmó la sentencia que declaró la nulidad de la junta, pues aunque el diario era de los de mayor difusión en la provincia, no lo era en la isla del domicilio y, sobre todo, se omitió «el aviso personalizado que todo parece indicar se practicó otras veces». A su vez, la sentencia 1039/1999, de 9 de diciembre, advirtió que este tipo de situaciones encuentran mejor acomodo en el art. 7 CC (mala fe y abuso del derecho) que en el art. 6.4 (fraude de ley) del mismo Código.

2.- La sentencia recurrida no se aparta de dicha jurisprudencia, ni siquiera de la fijada en la última de las resoluciones citadas, que se invoca expresamente en el recurso, puesto que en dicha sentencia 1039/1999 no se consideró acreditado el sustrato fáctico necesario para apreciar el abuso de derecho; porque la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, o la apreciación de mala fe, depende de las circunstancias del caso concreto, que es precisamente lo que destaca la mencionada resolución.

Es más, resulta significativo que ante el supuesto bloqueo en las votaciones la solución sea convocar una junta sin comunicarlo a la coadministradora solidaria, cuando precisamente el objetivo primordial de su celebración era su cese. O por lo menos, haber avisado con antelación a los socios que, en lo sucesivo, las convocatorias se harían conforme a lo previsto legal y estatutariamente.

Lo relevante no es la diligencia de la Sra. Andrea en relación con los medios por los que pudo conocer la publicación de la convocatoria en el BORME y en un diario de Sevilla, como pretende la recurrente (publicación de la convocatoria en dicho boletín y en un periódico que no se había realizado nunca desde la constitución de la sociedad), sino las circunstancias en las que se produjo la convocatoria y la valoración de la actuación unilateral del coadministrador solidario, a fin de determinar si se corresponde con un modelo de conducta que pueda ser considerado honesto y adecuado. Y no cabe considerar que su actuación fuera adecuada cuando rompió el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad, no avisó a los socios del abandono de dicho uso y el acogimiento al sistema previsto en la ley y los estatutos, ni tampoco advirtió a su coadministradora solidaria que iba a convocar una junta en la que se iba a discutir su cese.

3.- Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Abuso de derecho*Planteamiento:*

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la indebida aplicación del art. 7.2 CC, en el sentido de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del abuso de derecho y la concurrencia de los requisitos para apreciar el mismo.



2.- En el desarrollo del motivo, la propia parte lo considera estrechamente vinculado con el anterior, por lo que invoca las mismas sentencias como sustentadoras del interés casacional. Además, cita también como infringidas las sentencias de esta sala 159/2014, de 3 de abril ; 722/2010, de 10 de noviembre ; y 455/2001, de 16 de mayo , todas ellas relativas al abuso de derecho y al art. 7.2 CC .

Decisión de la Sala:

1.- Ha de advertirse, en primer lugar, que la determinación de si concurrió o no mala fe o abuso de derecho en la convocatoria de la junta con estricto cumplimiento de los requisitos legales, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Así lo mantuvo la sentencia de esta sala 910/2006, de 19 de septiembre , con cita de otras muchas, al decir:

«La apreciación de la existencia de mala fe o de actuación abusiva por parte de los administradores constituye una valoración que se asienta en el examen de la prueba y circunstancias concurrentes y ha de ser respetada en vía casacional, salvo que se revele ilógica o absurda. La fijación de la base fáctica ha de ser respetada salvo que prospere la alegación casacional de error de derecho en la valoración de la prueba. La existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, sin perjuicio de que también se refiera a un concepto jurídico que se apoya en una valoración de la conducta deducida de unos hechos cuya apreciación jurídica puede ser sometida a una revisión casacional (STS de 18 de diciembre de 2001 , que cita otras muchas). Del mismo modo, la Sentencia de 28 de mayo de 2002 dejó sentado que es doctrina jurisprudencial que, para la declaración de existencia de abuso de derecho, resulta necesario que en las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida se manifieste el abuso en las circunstancias que lo determinan (SS. de 26 abril 1976 y 14 julio 1992), así como que su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo), según la sentencia de 30 mayo 1998 ».

2.- Pero es que, además de esta imposibilidad de revisión fáctica, ya hemos dicho al resolver el motivo anterior, que la sentencia recurrida analiza correctamente el proceder del administrador que se aparta de los usos habituales para la convocatoria de la junta general y oculta a la coadministradora dicha convocatoria, cuando la finalidad primordial de la asamblea convocada era su cese. Al actuar así frustró las expectativas legítimas de unos socios acostumbrados a que las juntas se celebraban en la modalidad de junta universal, previo aviso verbal, y no mediante convocatoria formal, lo que tuvo como efecto impedir su asistencia a la junta general. Por lo que este segundo motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- Tercer motivo de casación

El tercer motivo de casación no es propiamente tal, sino que es una justificación del interés casacional, mediante la cita de resoluciones de Audiencias Provinciales que pueden resultar contradictorias. En consecuencia, no merece un análisis individualizado, más allá de haber servido para la admisión a trámite del recurso de casación, conforme a los arts. 477.3 y 483 LEC .

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 LEC .

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para dicho recurso, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

FALLO

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Europea de Promociones Solares S.A., contra la sentencia de 6 de marzo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 113/2014 , que confirmamos íntegramente. 2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación. 3.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.