



Roj: **STS 959/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:959**

Id Cendoj: **28079110012006100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2006**

Nº de Recurso: **2504/1999**

Nº de Resolución: **171/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil seis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de TURISMO BALEAR,S.A., contra la Sentencia dictada con fecha siete de abril de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el Recurso de Apelación nº 263/98, dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 144/97 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza . Han sido partes recurridas EIVIBROKERS,S.A. Y TC 52,S.L., representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. Paz Santamaría Zapata.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- "Eivibrokers, S.A." y "TC 52, S.L." formularon demanda contra "Turismo Balear, S.A.", de la que son accionistas. Postulaban la declaración de "nulidad, ineficacia e improcedencia" de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General, en sesión extraordinaria, en 29 de noviembre de 1996, sobre ampliación de capital, y por el Consejo de Administración en 13 de enero de 1997.

Solicitaron las actoras la suspensión de los acuerdos, que no fue acordada por el Juzgado, pero si por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que la decretó por Auto de 9 de diciembre de 1998 , fijando una caución de veinte millones de pesetas.

SEGUNDO.- Por Sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibiza número 4, en 9 de febrero de 1998, en Autos de Juicio ordinario de menor cuantía nº 144/97 , la demanda fue desestimada, con expresa imposición de costas a las actoras.

TERCERO.- Apelada por la parte actora, dicha Sentencia fue revocada por la que dictó la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en 7 de abril de 1999 , Rollo 211/99, que estimó la demanda, declaró la "nulidad, ineficacia e improcedencia" de los acuerdos impugnados "revocándolos y dejándolos sin ningún valor ni efecto, con las consecuencias adecuadas a su naturaleza y conforme a la Ley, así como todos los acuerdos sociales que posteriormente se hayan tomado o puedan ser tomados por la sociedad y traigan causa de los acuerdos objetos de impugnación o sean posteriores a éstos", e impuso a la entidad demandada las costas de la primera instancia, sin pronunciamiento respecto de las de la alzada.

CUARTO.- Contra la expresada sentencia ha interpuesto "Turismo Balear, S.A." recurso de casación, en base a cuatro motivos, de los cuales el primero por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , y los otros tres sin especificar el cauce.

Oportunamente la representación de las recurridas "Eivibrokers, S.A." y "TC 52, S.L." ha presentado escrito de impugnación.

Se señaló la fecha del día 9 de febrero de 2006 para votación y fallo, que efectivamente ha tenido lugar en ese día.



Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El núcleo temático de la cuestión suscitada, y del debate llevado a cabo en el procedimiento, se encuentra en los siguientes puntos, que ahora resumimos :

(a) La sociedad demandada y recurrente ("Turismo Balear, S.A.") con un capital de 13.440.000 pesetas en 24 de noviembre de 1992, fecha en que se otorga la escritura de adaptación de los Estatutos a la vigente LSA, controla activos cuyo valor se calcula en más de ochocientos millones de pesetas, a través de inversiones en varios establecimientos hoteleros de Ibiza.

(b) La sociedad tenía una estructura de accionariado "esencialmente bilateral" (dice la Sentencia recurrida), controlado directamente o por medio de sociedades por los Sres. Jose Luis . y Ildefonso . quienes se habían propuesto, a través de un pacto personal y verbal (como se dice en el escrito de recurso) la adquisición conjunta de acciones de la compañía. Este pacto se rompió en agosto de 1996.

(c) El Sr. Jose Luis , Presidente y Consejero-Delegado de la sociedad, procedió a la convocatoria de la Junta que es objeto de impugnación, para acordar la ampliación de capital, entre otros extremos, mediante la publicación en el BORME y en "Diario de Mallorca", pero sin avisar personalmente Don. Ildefonso .

(d) La Junta se celebró sin la presencia Don. Ildefonso , ni de nadie que le representara, y acordó la ampliación de capital hasta cien millones de pesetas, de las que finalmente solo fueron suscritas 56.340 acciones de un millón de pesetas cada una de ellas, lo que significó un incremento efectivo que llevó el capital hasta la cifra de 69.780.000 pesetas. Las acciones fueron adquiridas por el Sr. Jose Luis personalmente o bien por intermediación de compañías de su propiedad o personas próximas. Don. Ildefonso quedó con el 9,6% del capital, cuando antes titulaba el 50%. La ampliación se acordó sin prima.

(e) Las sociedades actoras, accionistas de la demandada "controladas" por Don. Ildefonso apoyan su petición, fundamentalmente, en los siguientes puntos :

(I) El uso que se venía practicando en la sociedad era el aviso personal para la realización de las Juntas, que en este caso se omitió.

(II) El "Diario de Mallorca" aunque es uno de los periódicos de mayor circulación en la provincia, carece de difusión en la Isla de Ibiza.

(III) Entendió, en vista de lo ocurrido, que se había producido un fraude de ley, haciendo uso de un medio de difusión que si bien formalmente es válido, en la práctica ha permitido tal fraude.

(f) La demandada opuso, en primer lugar, la excepción dilatoria del artículo 533.2 LEC respecto de la entidad "TC 52, S.L." cuyas acciones, ahora nominativas, no estaban inscritas en el Libro de Accionistas. Y, en cuanto al fondo, sostuvo la corrección de la convocatoria, publicada conforme a lo prevenido en el artículo 97 LSA , proponiendo una ampliación que fue aprobada por el quórum necesario. Apuntó que hubo otros accionistas que solicitaron información sobre la ampliación, cuya realización era una exigencia económica derivada de la necesidad de acometer reformas muy importantes.

(g) La Sentencia de Primera Instancia rechazó la excepción propuesta, pero entendió correctamente realizada la convocatoria, de acuerdo con los artículos 93, 97, 100, 144, 152 y concordantes TRLSA y el artículo 15 de los Estatutos, "sin que sea exigible otra formalidad de localización personal, careciendo de relevancia la costumbre que invoca la parte actora". Señaló también que antes se habían producido convocatorias mediante el mismo mecanismo de publicación. Por cuyas razones desestima la demanda.

(h) La Sala de Apelación, por el contrario, estima, al valorar determinadas circunstancias probatorias producidas en los Autos, que el Sr. Jose Luis "ha defraudado con su gestión el espíritu de la norma (del artículo 97 LSA )... con objeto de obtener un interés personal", puesto que las sociedades actoras como consecuencia de la desinformación sobre la Junta, han quedado relegadas en su influencia y Don. Ildefonso ha sufrido una notable devaluación de sus acciones. Los "elementos probatorios" de los que obtiene tal conclusión son :

Que la parte demandada no ha negado que el patrimonio de la sociedad, en efecto, ascendiera a ochocientos millones de pesetas ni que, como consecuencia de la ampliación, mediante la aportación de 56.340.000 pesetas ha pasado el Sr. Jose Luis a controlar el 90% de las acciones.

La circunstancia "notoria" de que el "Diario de Mallorca" tiene escasa difusión en Ibiza, circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de juzgar si la convocatoria se ajusta a la norma del artículo 97 TRLSA , pues este precepto ha de ser interpretado teniendo en cuenta lo previsto en artículo 3 del Código civil , ponderando que se



trata de una provincia con pluralidad de islas, lo que debió haber sido valorado por el Administrador social "que no se preocupó con la debida diligencia de garantizar la adecuada información a todos los accionistas" para cuya consideración no es óbice que para Juntas anteriores se hubieran utilizado los mismos medios formales, ya que "todo parece indicar que en otras ocasiones se realizaron notificaciones personales, sin perjuicio de las meramente formales".

La propia representación de la demandada admite que el Sr. Jose Luis ya había procedido a la liquidación de los intereses comunes con Don. Ildefonso, habiéndole anunciado en un momento dado que a partir de entonces el Sr. Jose Luis obraba independientemente y en defensa de sus propios intereses.

En conclusión, la Audiencia Provincial estima el Recurso de Apelación por haberse vulnerado el derecho a obtener la debida información de la actividad social, íntimamente ligado a la condición de socio, el cual "tiene un contenido mínimo inderogable, establecido por el artículo 48.2.d) de la LSA, cuyo objeto tiende a la adecuada formación de la opinión del socio, con el fin de adoptar posteriormente el criterio que considere oportuno respecto del orden del día de la convocatoria, señalando también que no se respetó el deber de lealtad que impone el artículo 127 de la LSA, aprovechando la circunstancia para la obtención de un interés personal. Concluye, por ello, en aplicación de los artículos 3 y 7 del Código civil, que se debe entender que ha existido fraude de ley.

SEGUNDO.- El recurso de Casación se funda en cuatro motivos, de los cuales sólo el primero indica la vía del artículo 1692 LEC 1881 por la que se introducen. Y alguno de ellos debe ser desestimado, como debiera haber sido inadmitido, por haberse formulado sin respeto a la mínima técnica casacional, con tal grado de confusión que impide una respuesta coherente. Tal ocurre con el motivo Cuarto, que se plantea bajo el siguiente enunciado: "Errónea alegación e infracción del Art. 48.2 de la L.S.A. y del Art. 127 del mismo cuerpo legal, así como aplicación tácita del Art. 115.1º por inoperante el nº 2 del mismo artículo de la LSA, en la formación de criterios para la aplicación de los Arts. 3 y 7 del C. Civil"

La exposición, por lo demás, se limita a la transcripción de alguno de los artículos que invoca del TRLSA.

Esta Sala ha dicho reiteradas veces ( Sentencias de 2 de marzo de 2004, de 12 de junio de 2002 ) que no cabe la cita de preceptos heterogéneos, y que se infringe el artículo 1707 LEC 1881 cuando no se cumplen las exigencias de claridad y precisión, como ocurre cuando se traen un conjunto de preceptos heterogéneos ( Sentencias de 16 de octubre de 2003, de 20 de octubre de 2004, entre otras muchas) y que es rechazable el confusionismo, tanto inconsciente como deliberado ( Sentencias de 25 de enero de 1995, de 8 de junio de 1996, entre otras), así como que los motivos y razones en los que puede fundamentarse la inadmisión del recurso por causas legales que así lo autorizan son de aplicación en esta fase procesal para desestimar el motivo ( Sentencias, entre otras, de 27 de julio de 1992, de 14 y 21 de diciembre de 1998, 26 de julio de 1999, etc.).

La lectura del motivo, tal y como ha sido enunciado y después de su breve desarrollo, limitado a transcribir un precepto detrás de otro, no arroja luz sobre qué infracción se ha denunciado ni sobre el razonamiento en que tal denuncia puede ser apoyado. El motivo, pues, ha de ser desestimado.

TERCERO.- En el primero de los motivos, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881, denuncia la recurrente la "aplicación indebida del artículo 3 del Código civil". La recurrente entiende que se alega el "principio general de Derecho" que a su juicio se contiene en el artículo 3.1 del Código civil, para "cargarse" (sic) el respetuoso cumplimiento del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas efectuado en la convocatoria de la Junta Extraordinaria de 29 de noviembre de 1996. Manifiesta acto seguido que la LSA es una ley "moderna y progresista" y realiza una breve glosa pro domo sua de los artículos 97 LSA y 3 CC, señalando que si se hubiera publicado la convocatoria en el "Diario de Ibiza" no se hubieran enterado los socios de Mallorca, y que era costumbre la publicación en el Diario de Mallorca.

Ahora bien, hay que señalar, en primer lugar, que el artículo 3.1 CC, según tiene declarado esta Sala, no es precepto aplicable directamente al caso del pleito, sino uno de los llamados "preceptos mediales", una guía para interpretar las leyes sustanciales que hayan de aplicarse, por lo que dicha norma sólo de manera general es vinculante para el juez y su violación no permitiría su cita directa a efectos de casación ( Sentencia de 7 de febrero de 1982, con precedentes, entre otras, en las de 12 de mayo de 1981, 8 de marzo de 1982 y 3 de noviembre de 1987 ).

Por otra parte, la interpretación es función jurisdiccional atribuida a los tribunales ordinarios ( artículo 117.3 de la Constitución; Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991, entre otras muchas) y, dentro de ellos, es función de la Sala de instancia, cuyas conclusiones han de ser respetadas en casación a no ser que el resultado deba ser calificado de ilógico o contrario a ley ( Sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1997 ), ya que, sin perjuicio de que la utilización del elemento sociológico no puede suponer la justificación del



arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas ( Sentencias de 10 de abril de 1995 y de 18 de diciembre de 1997 ), ha dicho esta Sala muchas veces que debe extremarse el respeto a la convicción formada en la instancia por medio de indicios que en su conjunto han servido para establecer, aun por pruebas indirectas, la certeza de unos hechos, siempre que no se advierta ni irrazonabilidad ni arbitrariedad en el juicio acerca de los mencionados hechos ( Sentencias de 3 de diciembre de 1991, de 9 de abril de 1994 ).

Tal es lo que ocurre en el caso que nos ocupa. La Sentencia recurrida basa su convicción sobre la carencia de una información suficiente respecto de la convocatoria de la Junta en la omisión del aviso personalizado, que "todo parece indicar" se practicó otras veces. Y tal omisión no puede ser justificada por el hecho de haber publicado la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, como exige el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas , cuando se trata de una provincia formada por varias islas y se da la circunstancia de que el citado medio tiene escasa difusión en la isla en la que tiene la sede la sociedad y en la que se ha de celebrar la Junta, y más cuando ha habido una ruptura entre los dos socios que venían a dominar la compañía y uno de ellos aprovecha la ocasión para dominar ampliamente en el capital social mediante una inversión que, en relación con los activos que pasan a quedar bajo su control, es realmente de escasa entidad.

Por cuyas razones el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- En el motivo segundo, sin indicación del ordinal del artículo 1692 LEC 1881 por el que se introduce, se denuncia la "aplicación indebida del artículo 7 del Código civil y de la Jurisprudencia aplicable". No llega a precisarse la tesis de la recurrente, pues su brevísima argumentación se ciñe a una mínima exposición de máximas jurisprudenciales sobre la buena fe manifiestamente procedentes de casos que nada tienen que ver con el que nos ocupa. Ni se justifica donde estaría el ejercicio del derecho realizado contra la buena fe, o el abuso del derecho.

El motivo ha de ser desestimado por no haberse formulado de acuerdo con las exigencias del artículo 1707 II LEC 1881 , además de no haber citado el ordinal del artículo 1692 LEC en que se ampara ( Sentencias de 23 de julio de 1987, de 21 de enero de 1988, de 29 de abril de 1994, 29 de septiembre de 2000 , entre tantas otras), y puesto que tal y como se formula no permite una respuesta casacional consecuente, ya que no contiene razonamientos casacionales serios y fundados ( Sentencias de 21 de enero de 2005, de 15 de diciembre de 2001, de 15 de diciembre de 1999 , entre otras muchas). El Recurso de Casación, como ha dicho la Sentencia de 7 de julio de 2000 , sigue estando sometido a unos requisitos formales de ineludible cumplimiento como condición previa para que esta Sala pueda entrar en la materia que pretende plantear el recurrente. Y que este rigor formal subsiste es algo que tiene declarado esta Sala en numerosas decisiones, como también el Tribunal Constitucional (Sentencias 7/1989, 29/1993, 125/1997 , etc) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia 19 de diciembre de 1997 )

QUINTO.- En el Motivo Tercero, sin indicación de la vía entre las que indica el artículo 1692 LEC 1881 , denuncia la recurrente la "inaplicación del artículo 97 LSA con vulneración del nº 2 del artículo 3 del C. civil ". De la brevísima justificación de la recurrente parece desprenderse que se reprocha a la sentencia recurrida que haga uso de la equidad sin que la ley lo permita. El Motivo ha de ser desestimado.

En primer lugar, cae por su base : la Sentencia no descansa en la equidad, sino en la correcta aplicación del precepto contenido en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas , si bien atemperado a las circunstancias del caso que ha considerado relevantes. En segundo lugar, lo que veda el artículo 3.2 del Código civil es que la equidad se utilice como exclusivo fundamento de la decisión ( Sentencias de esta Sala de 15 de julio de 1985, de 11 de octubre de 1988,, de 12 de junio de 1990, de 15 de marzo de 1995, de 23 de diciembre de 2002 ) pero no prohíbe que el juzgador realice una equitativa ponderación de la norma que se ha de aplicar, pues la equidad es en nuestro sistema una regla de interpretación y, en su caso, de aplicación de las leyes ( Sentencias de 8 de octubre de 1992, de 30 de diciembre de 1993 , entre otras).

SEXTO.- La desestimación de todos y cada uno de los motivos conduce, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1715.3 LEC 1881 , a la del recurso, con imposición de las costas a la partes recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Isidro Orquín Cedenilla en nombre y representación de " TURISMO BALEAR, S.A.", contra la Sentencia dictada con fecha siete de abril de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el recurso de apelación nº 263/98 , imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.



Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesús Corbal Fernández .- Vicente Luis Montés Penadés.-Clemente Auger Liñán.-Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ