



Roj: **STS 138/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:138**

Id Cendoj: **28079110012008100024**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2008**

Nº de Recurso: **5149/2000**

Nº de Resolución: **21/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil ocho.

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. Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación de D. Cornelio , contra la Sentencia dictada en 9 de mayo de 2000 por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid en el Recurso de Apelación nº 659/99 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 70/96 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arganda. Ha sido parte recurrida INDUSTRIAS DEL MUEBLE ASORAL, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Elena Paula Yustos Capilla.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arganda nº 2 conoció del juicio de menor cuantía nº 70/96 , promovido por la representación de D. Cornelio contra la Compañía mercantil INDUSTRIAS DEL MUEBLE ASORAL, S.A., en el que el actor solicitaba la nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada en 11 de febrero de 1995 y subsidiariamente la de los acuerdos adoptados en ella, alegando defectos de convocatoria, de constitución y de proposición de los acuerdos, con imposición de costas.

SEGUNDO.- La sociedad demandada compareció y se opuso, solicitando la desestimación, con costas.

TERCERO.- Por sentencia dictada en 8 de septiembre de 1998, el Juzgado desestimó la demanda en todas las causas de impugnación y nulidad invocadas, e impuso las costas al actor.

CUARTO.- Interpuso la parte actora recurso de apelación, del que conoció la Sección 19ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Rollo 659/99, Sala que, por sentencia dictada en 9 de mayo de 2000 , desestimó el recurso, confirmó la sentencia e impuso a la parte recurrente las costas de la alzada.

QUINTO.- Contra la expresada sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la parte actora y apelante. Formula al efecto siete motivos de casación, todos ellos acogidos al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881, aunque en uno de ellos no se indica expresamente. El Recurso fue admitido por Auto de 6 de octubre de 2003 . Oportunamente, la parte recurrida ha presentado escrito de impugnación.

SEXTO.- Para votación y fallo se señaló el día 10 de enero de 2008, fecha en la que efectivamente ha tenido lugar.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1.- La Sentencia recurrida señala los motivos de impugnación aducidos por la parte actora, ahora recurrente, que se centran :

a) En la convocatoria, pues la Junta, según el impugnante, no fue convocada por el Consejo de Administración.



b) En el acuerdo de aprobación de cuentas, pues tales cuentas no fueron formuladas ni se hallaban en el lugar de celebración; no existió acuerdo sobre aplicación de resultados, se denegó su derecho a solicitar una auditoría, y las cuentas, además, infringen el principio de imagen fiel.

c) En el acuerdo relativo al aumento de capital, pues se omitieron en el orden del día extremos de necesaria constancia, como la cuantía del aumento, la nueva redacción de los Estatutos, plazo y ejercicio del derecho de suscripción preferente.

2.- En cuanto a los defectos de convocatoria, la sentencia destaca que fue precisamente el actor, después apelante y ahora recurrente en casación, como Presidente del Consejo de Administración, quien procedió a la convocatoria de la Junta sin convocar al efecto el Consejo de Administración, y ello a requerimiento de uno de los socios. Pero este defecto no ha de conducir a la nulidad, según estima la Sala de instancia, pues el defecto de convocatoria no fue denunciado al principio de la Junta ni por el actual recurrente ni por ninguno de los administradores, que se hallaban presentes. Además, con posterioridad se celebró la Junta de 22 de octubre de 1995, a la que siguió una sesión del Consejo de Administración en 11 de diciembre de 1995, y se procedió a la subsanación de los defectos apreciados por el Registro Mercantil, que finalmente inscribió los acuerdos en 25 de enero de 1996.

3.- Respecto de la aprobación de las cuentas de la sociedad, la sentencia considera que no se ha acreditado que las cuentas no se hubieran formulado ni presentado, ni respecto de la infracción del principio de imagen fiel, además de que tal imputación es contradictoria, pues supone que las cuentas se han formulado; siendo, además, negativo el resultado carece de sentido la adopción de acuerdo sobre su aplicación. No acredita tampoco la necesidad de la auditoría, ni ha solicitado el nombramiento de un auditor ante el Registrador Mercantil o ante el Juez (arts. 205 y 206 LSA, 314 RRM )

4.- En cuanto a la impugnación del acuerdo relativo al aumento de capital social, los defectos indicados fueron subsanados posteriormente, y a ello ha de agregarse que el artículo 97 LSA no exige requisito especial alguno en relación con las menciones que ha de contener el orden del día cuando se trate de acuerda un aumento del capital social, así como que el informe pericial practicado en primera instancia pone de relieve la procedencia del referido aumento.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia el recurrente la infracción de los artículos 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, 97.4 del Reglamento del Registro Mercantil y 16 de los Estatutos sociales. El recurrente señala que no consta la mayoría con la que se designó al Presidente (ya que la Junta no fue presidida por quien era titular del cargo, que se hallaba caducado, sino por otro designado por los presentes).

El motivo se desestima.

Ante todo, porque se trata de una cuestión nueva, no debatida en la instancia, que no puede tener acceso a la casación porque, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 31 de julio y 4 de diciembre de 2000, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, 15 de febrero y 21 de julio de 2002, 21 de abril y 18 de diciembre de 2003, 21 de abril, 27 y 28 de mayo de 2004, entre muchas otras) su admisión en este trámite vulneraría los principios de audiencia bilateral y de congruencia, así como los de eventualidad y preclusión, provocando indefensión en la otra parte. Además, en ningún caso la omisión que se denuncia implicaría la infracción de los preceptos que se señalan

TERCERO.- En el segundo de los motivos, por idéntico cauce que el anterior, se denuncia la infracción del artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas , que se habría producido al no determinarse en el Acta de la Junta con qué quórum se entiende constituida.

El motivo se desestima.

Se trata también de una cuestión nueva, a la que se ha de aplicar la doctrina indicada en el Fundamento Jurídico anterior, lo que obviamente determina la desestimación. Además de que el dato que se pone de relieve no implica infracción del precepto que se señala.

CUARTO.- En el motivo tercero, por idéntico cauce que los anteriores, se denuncia la infracción de los artículos 144, b) en relación con el 152.1, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas , infracción que se habría producido al haberse llevado a cabo un aumento de capital sin anunciarse con la debida claridad, ni aprobarse la oportuna modificación de los Estatutos. Dice el ahora recurrente que "...en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si debía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las existentes, ni preveía la delegación de facultades en los administradores..."

Al examinar el motivo, hemos de poner de relieve que la sentencia recurrida desestima la impugnación del acuerdo, ya postulada en primera instancia y en apelación, por tres razones: (a) porque los defectos, que



habían sido apreciados por el Registrador Mercantil, fueron subsanados (en Junta General y Consejo de Administración celebrados con posterioridad); (b) a lo que añade que el artículo 97 LSA no exige, según la Sala de instancia, requisito especial alguno en relación con las menciones que ha de contener el orden del día cuando se trate de aumentar el capital social; y (c) que el informe pericial pone de manifiesto la procedencia del referido aumento.

Esta Sala no puede compartir los criterios de la Sala de instancia que han quedado expuestos sub b) y c). No sólo porque un informe pericial no puede determinar la "procedencia" del aumento, sin perjuicio de que adviere su necesidad para el equilibrio patrimonial o su conveniencia para las necesidades de giro y tráfico, sino, sobre todo, por cuanto no se trate de que el artículo 97 LSA, que se ocupa de la convocatoria de las Juntas, en general, contenga o no una específica exigencia para los supuesto de aumento de capital, sino de que tal exigencia se contiene en el artículo 144.1b), al que remite el artículo 152.1, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). Y ahí se dice que la convocatoria debe expresar con la debida claridad, los extremos a modificar (en el caso de la modificación de Estatutos), esto es, las características de la ampliación que se propone, empezando por la cifra de aumento. Y, en efecto, como señala la parte recurrente, la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo que se reseñen los extremos o circunstancias básicas del aumento, de modo que la debida claridad a que se refiere el precepto se traduzca, al menos, en la reseña de los extremos a modificar, habida cuenta (decía la STS de 29 de diciembre de 1999) que habrá accionistas que no asistan a la reunión y que queden sometidos a los acuerdos de la misma. Pues la finalidad de la norma no es otra, como ya destacaba la STS 17 de diciembre de 1966, que la de asegurar que los votos de los accionistas se emitan con plena conciencia y reflexión, lo que da lugar a una valoración en concreto y a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto (RDGRN 2 de junio de 2003), y así la antes citada STS de 29 de diciembre de 1999 entendió que se había producido la infracción del precepto aquí invocado cuando en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor de las existentes, ni preveía la delegación de facultades a los administradores. Pero otras veces se ha entendido bastante una referencia a los preceptos estatutarios a modificar (SSTS 9 de julio de 1966, 30 de abril de 1988) o enunciando la materia y señalando que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (SSTS 10 de enero de 1973, 14 de junio de 1994), mientras que otras veces (STS 25 de marzo de 1988) no se ha tenido por suficiente un enunciado como el de "estudio de los Estatutos" cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos. Pues es evidente que el precepto del artículo 144.1b) se conecta a uno de los aspectos del derecho de información que el artículo 48.2.d) LSA reconoce a todo accionista y consiste en el conocimiento concreto de los asuntos que han de tratarse en Junta General (artículo 112 LSA) y se concreta en la información detallada que señala el artículo 144.1 LSA (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994 y 7 de marzo de 1997) para garantizar a los socios un adecuado y oportuno conocimiento de la trascendencia de las modificaciones propuestas que posibilite el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto (RDGRN de 29 de marzo de 1993), a cuyo efecto la nueva LSA ha producido lo que se ha denominado un robustecimiento del derecho de información (RRDGRN 9 de enero de 1998, 2 de junio de 2003).

Las circunstancias concurrentes en el caso inclinan a la Sala a la desestimación del motivo, no obstante apreciarse, en principio, los defectos de convocatoria señalados en el motivo. Pero tales defectos, de una parte, son imputables al propio recurrente, que llevó a efecto, como se ha dicho, la convocatoria, sin reunir al Consejo de Administración, cuando además su cargo de Presidente estaba caducado. Es cierto que no estaríamos ante un supuesto de aplicación de la doctrina de los propios actos, pues no es posible tener en cuenta la necesidad de un comportamiento coherente, en buena fe, para incidir en la aplicación de una norma de carácter imperativo o para validar un acto radicalmente nulo (SSTS 10 de febrero de 1993, 20 de noviembre de 2001, 10 de febrero, 10 de junio y 28 de octubre de 2003, 29 de enero de 2004, etc.), pero no es menos cierto que, al menos en ciertos aspectos, hay que suponer que el convocante tenía noticia de la situación y de la propuesta, además de que no se produjo protesta alguna en la Junta, en cuyo seno bien pudo ser ampliada la información (STS 18 de junio de 1994). Y sobre todo, de otra parte, hay que tener en cuenta que una Junta posterior subsanó los defectos de la que ahora se está enjuiciando hasta el punto de que el acuerdo de ampliación que ahora se impugna fue finalmente inscrito en el Registro Mercantil. La pretensión de nulidad, ya tenga por objeto la operación de ampliación, que finalmente se ha llevado a efecto en regla, ya el concreto acuerdo de la Junta, que ha sido sustituido por otro formado con arreglo a Derecho, carece ahora de sentido. Por lo que el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- En el motivo cuarto, acogido también al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881, denuncia el recurrente la infracción del artículo 161, en relación con los artículos 151 y 152.1, todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas. Reproduce aquí el recurrente uno de los defectos que puso de relieve el Registrador Mercantil, respecto de la posibilidad de una suscripción incompletada de aumento de capital.



El motivo se desestima.

Ante todo, porque el defecto señalado ya ha quedado subsanado por los acuerdos adoptados en posteriores sesiones de la Junta General y del Consejo, como antes se ha dicho. Pero es que la falta de previsión de una suscripción incompleta no genera la nulidad del acuerdo, tal y como se contempla en el artículo 161 LSA, sino que éste quede sin efecto, debiendo procederse en los términos prevenidos en el artículo 161.2 LSA.

SEXTO.- En el motivo quinto, igualmente acogido al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881, denuncia el recurrente la infracción del artículo 144.a) por no haberse presentado un informe justificativo de la ampliación, sino un documento titulado "Evolución de fondos propios".

El motivo se desestima.

La argumentación de la parte recurrente cae por su base en cuanto se da lectura al Documento nº 11 de los adjuntos a la contestación de la demanda, en parte incorporado al acta notarial de la reunión (Documento nº 8 de los adjuntos a la contestación) y, además, ha sido corroborado en sus conclusiones por el dictamen pericial realizado en la primera instancia que obra en autos. De tal informe se dio lectura, sin recibir protesta alguna en el acto de la Junta. Hay que tener, pues, por cumplido el requisito que señala el artículo 144.1.a) LSA.

SÉPTIMO.- En el motivo sexto, respecto del cual no se indica la vía de acceso dentro de las que señala el artículo 1692 LEC 1881, denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 115.2 LSA. El motivo se presenta como complementario de los cuatro anteriores y viene a decir que la subsanación posterior que la sentencia recurrida da por producida es imposible, ya que se trata de violaciones de normas imperativas que han tenido que determinar la nulidad de la Junta y de sus acuerdos.

El motivo no puede prosperar.

Asiste al recurrente, sobre el plano teórico, un cierto apoyo en cuanto, al menos en abstracto, ha de tenerse por cierto que lo que es nulo no ha podido producir efecto alguno. Ahora bien, la nulidad de la Junta se ha pedido por defectos de convocatoria y de constitución que no se han estimado, y la carencia de "conocimiento y de participación" del recurrente y de "su grupo de accionistas" en la Junta Extraordinaria posterior es cuestión nueva, en la que no es posible entrar en casación, por las razones que han quedado expuestas en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia, y es ocioso repetir aquí. La nulidad habría de ser referida a los acuerdos puntuales, y se postula por razones formales: falta de expresión con la debida claridad en la convocatoria (144.1.b) LSA), fundamentalmente, puesto que la carencia de informe ha sido contundentemente rechazada, y es preciso no olvidar que la convocatoria la realizó el actual recurrente, así como que nadie protestó y que los acuerdos fueron posteriormente renovados en forma, de modo que, al menos como operación societaria de ampliación de capital hay que llegar a la siguiente consideración: o el acuerdo fue integrado, en cuyo caso carece de sentido la impugnación; o bien fue sustituido por otro, con lo que la impugnación efectuada cae sobre el vacío, y un principio de economía procesal básico veda la estimación de un motivo que no alcanza, de modo alguno, la eficacia de lo convenido en orden a la ampliación de capital que se combate.

OCTAVO.- En el motivo séptimo, que se acoge al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881, denuncia la recurrente la infracción del artículo 24 de la Constitución "respecto de la tutela judicial efectiva". El motivo imputa a la sentencia recurrida que haya rechazado la impugnación sobre la base de la doctrina de los propios actos, y señala que un ciudadano, lego en Derecho, puede desconocer el alcance de tal doctrina, además de que la doctrina es inaplicable cuando los propios actos inciden en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

El motivo se desestima.

En primer lugar, para sostener la inaplicabilidad al caso de la doctrina de los propios actos no es necesario acudir al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, y menos sin señalar en qué extremos exactamente ha sido vulnerado, pues no se implica tal precepto, ni tal derecho fundamental, en la sedicente aplicación incorrecta de la doctrina de los propios actos si no se ha generado un estado de indefensión o se ha producido una infracción que, en el orden civil, ha de incidir en el derecho de acceso a los tribunales, en el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley, o en el derecho al proceso debido (garantías constitucionales de todo proceso). El motivo, por tanto, adolece, de entrada, de falta de precisión, con infracción de las reglas del artículo 1707 LEC lo que ya daría pie a la inadmisión y, ya en este trámite, a la desestimación (artículo 1710.1.2ª LEC). Pero, además, no se ha producido la desestimación en base a la doctrina de los propios actos, salvo en los particulares extremos de los defectos de convocatoria, y no tanto por haberla realizado, sino por haber asistido, tenerse por informado y no verificar protesta alguna, por cuanto se impone un deber de coherencia en el tráfico (SSTS 9 de mayo de 2000, 7 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002, etc que se traduce en calificar como contrario a la buena fe el ejercicio de la acción de nulidad cuando, de una parte, es el propio impugnante el causante del vicio o defecto formal que impugna; y, de otra parte,



ya en sede de Junta, no se procede a completar, subsanar o rectificar (o en su caso, convocar otra Junta en forma) sino que se da por bueno lo actuado, se sigue la Junta, se llega a acuerdos, y después se impugnan (SSTS 30 de enero de 1999, 25 de julio de 2000, 2 de febrero de 1996, 5 de julio de 2002, 4 de julio de 1997, 6 de junio de 1992, etc). Finalmente, se ha de hacer notar que el ahora recurrente, Presidente del Consejo de Administración, convocó la Junta, acudió a ella asistido de letrado, e intervino sin verificar protesta de los motivos de impugnación. No es, a lo que parece, el ciudadano lego y desasistido que se presenta en el motivo.

NOVENO.- La desestimación de los motivos conduce, en los términos prevenidos en el artículo 1715.3 LEC 1881, a la del propio recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

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. Santos de Gandarillas Carmona en nombre y representación de D. Cornelio, contra la Sentencia dictada en 9 de mayo de 2000 por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 659/99, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.-Rubricado. 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.