



Roj: **STS 10051/2001 - ECLI:ES:TS:2001:10051**

Id Cendoj: **28079110012001101721**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2001**

Nº de Recurso: **2594/1996**

Nº de Resolución: **1183/2001**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO ROMERO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Diciembre de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueres, sobre impugnación de acuerdos sociales; cuyo recurso ha sido interpuesto por DISTRIBUIDORA DE CARBURANTE, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sorribes Calle; siendo parte recurrida DOÑA Yolanda y DON Armando , representados por el Procurador de los Tribunales D. Carmelo Olmos Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueres, fueron vistos los autos de juicio ordinario de menor cuantía número 270/1990, a instancia de D<sup>a</sup> Yolanda y D. Armando , representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosa María Bartolomé Foraster, contra Distribuidora de Carburantes, S.A. (en anagrama DICASA), sobre impugnación de acuerdos sociales y solicitando la declaración de derechos y reclamando cantidad.

1.- Por la representación de la parte actora, se formuló demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: "1, -se declare que todos los acuerdos tanto de la Junta Ordinaria como de la Extraordinaria, son nulos por falta de quórum.- 2. subsidiariamente se declare la nulidad de los siguientes acuerdos: -Cuenta de resultados (por no inclusión ingresos teléfono).- Distribución resultados (por no figurar en el orden del día).- Declaración de facultades (por no figurar en el orden del día).- Renovación Consejo de Administración (por infracción del sistema proporcional).- Aprobación Estatutos (por rebasar simple modificación y por indefensión debida a la falta de entrega del proyecto).- En especial Arts. 10 y 11 de los Estatutos (por infracción art. 145 de la L.S.A. al suponer nuevas obligaciones para los accionistas tomadas sin su consentimiento expreso).- Distribución de cargos Consejo (por falta de convocatoria y por falta de un número mínimo de miembros, que es de 3).- 3. Se declare que mis principales tienen derecho a estar representados proporcionalmente en el Consejo de Administración, en base al art. 137 de la L.S.A., y al poseer un 43 % del capital social sin incluir las acciones en cartera, el número mínimo de miembros para que puedan estar representados en dicho Consejo es el de 5, en cuyo supuesto les pertenecen dos, que supone un 40 % frente al 43 % de participación social, toda vez que un Consejo de 3 miembros supone una participación del 33 % muy alejada del 43 %, con lo que se conculca dicha regla de distribución proporcional en beneficio de los restantes accionistas.- 4. Se declare la relación a la retribución de los Administradores: -Que en los Estatutos debe fijarse formalmente por imperativo legal la remuneración de los Administradores, sin que quepa hacer una remisión a la Junta General.- Que dicha remuneración debe ser igual para todos los Administradores.- Que la igualdad de la remuneración comprende tanto las cantidades en metálico como en especie así como cualquier otra ventaja.- 5. Se declare que mi principal D<sup>a</sup> Yolanda tiene derecho a percibir las mismas retribuciones en



metálico y en especie que ha percibido la otra Administradora D<sup>a</sup> Inés , que posee prácticamente la misma participación social, desde el día 9-12-74 en que se la nombró Administradora y se condene a la demandada a pagar la suma que corresponda a dichos conceptos según se determine en el curso de esta litis o en su caso en ejecución de sentencia".

2.- Admitida la demanda y emplazada la demandada, se personó en autos el Procurador D. José María Soler Viñas en representación de Distribuidora de Carburantes, S.A., quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia "desestimando la demanda por caducidad de la acción o en otro caso, por las razones expuestas en la contestación, todo ello con imposición de costas a los actores".

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

4.- El Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia, dictó sentencia en fecha once de Febrero de mil novecientos noventa y cuatro, cuyo fallo es el siguiente: "Con estimación parcial de la demanda de juicio de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales, promovida por Doña Yolanda y por D. Armando , representados por la Procuradora Doña Rosa M<sup>a</sup> Bartolomé Foraster, contra DICASA, representada por el Procurador D. José M<sup>a</sup> Soler Viñas, DECLARO: -La nulidad del Acuerdo de la Junta General Ordinaria de DICASA del día 30 de mayo de 1.990 relativo a la aprobación en la cuenta de resultados por no inclusión de ingresos por el concepto de teléfono.- La nulidad del Acuerdo de la Junta General Extraordinaria de DICASA del día 30 de mayo de 1.990 relativo a aprobación de los Estatutos por indefensión producida a los demandantes por falta de entrega a su tiempo del proyecto de modificación e incumplimiento de requisitos legales de la convocatoria.- Que en los Estatutos debe fijarse formalmente, por imperativo legal, la remuneración de los Administradores, sin que quepa hacer una remisión a la Junta General.- Se absuelve a la demandada DICASA del resto de los pedimentos de la demanda.- No se hace expreso pronunciamiento en cuanto al pago de las costas debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, dictó sentencia en fecha veintisiete de Mayo de mil novecientos noventa y seis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de M<sup>a</sup> Yolanda y Armando , contra la Sentencia del 11-2-94, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> INST<sup>a</sup> INSTR. N<sup>o</sup> 1 DE FIGUERES, en los autos de MENOR CUANTIA n<sup>o</sup> 0270/90, de los que este Rollo dimana, REVOCÁNDOLA, en el sentido de declarar la nulidad de las JUNTAS ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA, celebradas por DICASA, con fechas 30 y 31 de mayo de 1.990, y en consecuencia de todos los acuerdos tomados en ellas, por falta de quórum en su constitución; CONFIRMÁNDOLA respecto al pronunciamiento en costas que contiene; y sin pronunciamiento respecto a las devengadas en esta alzada".

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Antonio Sorribes Calle, en nombre y representación de DISTRIBUIDORA DE CARBURANTES interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 1692.3<sup>o</sup> de la L.E.C., quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia: infracción del art. 359 L.E.C.: incongruencia. SEGUNDO.- Al amparo del art. 1692.3<sup>o</sup> de la L.E.C., quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia: falta de motivación en la Sentencia que se impugna (infracción del art. 24 de la Constitución). TERCERO.- Al amparo del art. 1692.3<sup>o</sup> de la L.E.C., quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia: infracción del art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. CUARTO.- Al amparo del art. 1692.4<sup>o</sup> L.E.C.: infracción respecto de la Junta Ordinaria, del art. 102.1 de la Ley de Sociedades Anónimas. QUINTO.- Al amparo del art. 1692.4<sup>o</sup> L.E.C.: infracción respecto de la Junta Extraordinaria, del art. 103.1 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2.- Admitido el recurso, y evacuado el traslado, el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Yolanda y de D. Armando , presentó escrito impugnando el mismo.

3.- No teniendo solicitada por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de Noviembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta por Doña Yolanda y D. Armando contra "Distribuidora de Carburantes, S.A." (DICASA) en impugnación de los acuerdos adoptados tanto en la Junta General Ordinaria como en la Extraordinaria celebradas por dicha mercantil, el 30 de Mayo de 1990.



El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente dicha demanda, sin hacer pronunciamiento respecto a costas.

Apelada esta resolución por los demandantes, la Audiencia Provincial acogió el recurso y declaró la nulidad de todos los acuerdos adoptados en las Juntas mencionadas; mantuvo el pronunciamiento respecto a costas de la sentencia de primera instancia y no hizo declaración respecto a las correspondientes a la alzada.

SEGUNDO.- En el primero de los cinco motivos del presente recurso de casación, "DICASA", con fundamento en el ordinal 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 359 de dicha norma, por ser incongruente la sentencia impugnada, en cuanto altera la causa de pedir y se funda en un motivo no alegado en la demanda y respecto al cual no ha habido controversia, ni la sociedad ha podido defenderse.

Se alega que dicha sentencia declara la nulidad de los acuerdos de las Juntas Generales de litigio por falta de quórum en la constitución de las mismas, pero la demanda se fundamentaba en la falta de quórum en la adopción de acuerdos, por cuanto a favor de ellos solamente había votado el 41 % del capital social, haciéndolo en contra el 31 % que poseían los actores, en tanto que carecían de derecho a voto las acciones propias en poder de la sociedad representativas del 28 % restante.

De la lectura de la demanda se desprende que ésta era la tesis de la misma, con base en el argumento de que si bien las acciones ultimamente aludidas sufren restricciones en cuanto al derecho de voto y a sus derechos políticos y económicos, según previene el apartado 1º del artículo 79 L.S.A., dichos títulos, a pesar de ello, por disposición del apartado 2º del precepto, deben ser computadas en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la Junta.

Es conocida la existencia en el seno de la doctrina mercantilista de encontradas posiciones acerca de la determinación de la incidencia del mandato contenido en el art. 79.2º LSA en la configuración de la mayoría a que el artículo 93 se refiere, sin llegar a concretarla con la necesaria precisión.

Sin duda se ha echado en falta una normativa tan explícita como la que vino a establecer posteriormente la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que en su artículo 53 no solo fija el porcentaje de votos que se requiere para la aprobación de tipo de acuerdo, sino que además refiere siempre dicho porcentaje a la totalidad de las participaciones en que esté dividido el capital social, eliminando así cualquier posible duda respecto al necesario cómputo a efectos de votación de las participaciones propias en poder de la sociedad, que impone su artículo 40.2, al declarar aplicable a las mismas lo dispuesto en el artículo 79 L.S.A.

La sentencia recaída en primera instancia en el proceso objeto de estudio acogió la posición de quienes sostienen que la mayoría a que el artículo 93 L.S.A menciona solamente requiere el voto coincidente de más de la mitad del capital que, presente o representado, haya concurrido a la Junta de que se trate, entendiéndose que es ésta la única interpretación posible, ante la poco afortunada redacción del artículo 79.2º, por resultar la más favorable para que la Junta quede válidamente constituida.

La sentencia de apelación, en cambio, al analizar la cuestión debatida, se inclina en el segundo de sus Fundamentos de Derecho, aún cuando, quizá, sin la claridad deseable, por la obligada observancia de lo prevenido en el artículo 79.2º, afirmando que ha venido a corregir la regulación de la Ley de 1951 y que ha de ser tenido en cuenta a efectos de la fijación del quórum necesario para la adopción de acuerdos, añadiendo que se trata de "un mecanismo de defensa de los socios incluidos en una sociedad y concretamente establecido para regular el efecto rodillo de las "mayorías", por lo que debe darse lugar al mismo, en el sentido que dispone la ley".

Pues bien, pese a tal planteamiento, en la parte dispositiva de la resolución apelada se ha sufrido un evidente error de redacción, al declarar la nulidad de las Juntas celebradas "por falta de quórum en su constitución".

Es, pues, una simple incongruencia interna de la sentencia, debido a un error material que puede perfectamente ser rectificado en el presente momento procesal, según autoriza el artículo 267.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y ha recordado la sentencia 140/2001 de 18 de Junio, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, dado que lo expuesto en el cuerpo de la resolución debe entenderse que implica la aceptación por la Audiencia de la solución que propugna que las acciones en autocartera hayan de ser tenidas en cuenta para la determinación del quórum de votación, que es la que viene impuesta por la interpretación sistemática de la ley de Anónimas.

No cabe ignorar, en efecto, la existencia del artículo 79.2º, con cuya inclusión en el texto vigente ha pretendido el legislador neutralizar posibles actuaciones de los grupos de poder que, tras vender parte de sus acciones a la sociedad, conservarían su cuota de control, si las mayorías se calculasen tomando solamente en consideración las acciones ajenas a la autocartera.

A partir de la obligación asignación al artículo 79.2º L.S.A. de toda la trascendencia que su incorporación al texto vigente exige, la decisión del tema objeto de controversia impone una primera afirmación: En tanto la



sociedad demandada haga caso omiso de lo dispuesto en los artículos 75 y 76 L.S.A. y mantenga en su poder un 28 % de sus acciones propias, los socios mayoritarios, que solamente son titulares del 41 % del capital social nunca podrán aprobar por sí mismos un acuerdo si concurren a las juntas los accionistas minoritarios (31 %) y votan en contra de la adopción del mismo.

En segundo término, y pasando ya al caso concreto que nos ocupa, ha de afirmarse que las dos Juntas celebradas el 30 de Mayo de 1990 se han constituido válidamente -en contra de cuanto se afirma en la parte dispositiva de la sentencia impugnada- ya que al hallarse presente el 72 % del capital social se superaban ostensiblemente los porcentajes exigidos por los artículos 102 y 103 L.S.A.

Finalmente, los acuerdos adoptados han de calificarse de nulos, por cuanto pese a la mencionada constitución válida de las Juntas Ordinaria y Extraordinaria, no ha llegado a obtenerse la mayoría de votos que exige el artículo 93 de la Ley, que no es otra, según se ha razonado, que la mayoría absoluta del capital social, es decir, la mitad mas una de la totalidad de las acciones que lo integran, sin excluir las acciones que mantiene en su poder la sociedad ahora recurrente.

Ciñéndonos ya al motivo del recurso objeto de consideración, su desestimación viene impuesta por cuanto, según ya se ha dicho, no existe la incongruencia de la sentencia de apelación que se denuncia, sino un error material que ha dado lugar a una falta de congruencia interna de la resolución el cual puede ser perfectamente rectificado en la presente, obteniéndose así un resultado equivalente al que ya se seguía -con la deficiencia apuntada- de la sentencia del Tribunal de instancia.

TERCERO.- En el segundo motivo, con el mismo amparo procesal que el anterior, se denuncia la falta de motivación de la sentencia, con infracción de cuanto establece el artículo 24 de la Constitución.

La entidad recurrente se apoya en el hecho de que en la parte dispositiva de la sentencia se alude a falta de quórum en la constitución de las Juntas, pese a la concurrencia a las mismas del 72 % de la totalidad del capital social, siendo así que solamente era preciso el 25 % para la Junta Ordinaria y el 50 % para la Extraordinaria.

Según ya se ha razonado se ha producido un error material en la redacción del Fallo de la sentencia de apelación, como consecuencia del cual una determinada declaración del mismo -la que se señala por la recurrente- no coincide con la argumentación desarrollada en el Segundo Fundamento de Derecho de la misma.

La corrección de dicho defecto -que pudo ser instada en su momento por las partes, según previene el artículo 267.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial- no hace necesario acoger el motivo del recurso que ahora lo pone de manifiesto, si bien deberá ser tenido en cuenta a efectos de costas.

CUARTO.- El tercero de los motivos del recurso, con la misma cobertura que los anteriores, denuncia la infracción del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haberse expresado los hechos probados.

El motivo, como ya señala el Ministerio Fiscal, y es doctrina consolidada de esta Sala ha de ser desestimado, por cuanto solamente en las sentencias de los órdenes penal y social es preceptiva la inclusión de una expresa declaración sobre el particular ( artículos 145.2º y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 97.2 de la del Procedimiento Laboral) sin que la Ley Procesal Civil contenga análoga prevención.

QUINTO.- En los motivos cuarto y quinto del recurso, al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción, respectivamente, del artículo 102.1 y 103.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establecen el quórum de asistencia imprescindible para la válida constitución de las Juntas Ordinarias y Extraordinarias.

Vuelve a insistirse en el hecho de que la concurrencia del 72 % del capital social a las que son objeto de litigio impide entender que no se ha respetado el módulo exigido para las mismas (25 %, en las ordinarias y 50 %, en las extraordinarias) como el fallo de la sentencia consigna.

En evitación de repetición de cuanto ya se ha dicho, hemos de remitirnos a los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de la presente resolución, de los que se desprende que los motivos objeto de análisis han de ser desestimados.

SEXTO.- El error en que se ha incurrido en la parte dispositiva de la sentencia de apelación, aconseja no hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso, si bien en la presente resolución debe procederse a la subsanación del mismo, según autoriza el artículo 267.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

**FALLAMOS**



Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por "Distribuidora de Carburantes, S.A." contra la sentencia dictada el diez de Junio de mil novecientos noventa y seis por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, conociendo en grado de apelación de los autos de juicio de menor cuantía número 270/90 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueras.

Rectificando el error material sufrido en la parte dispositiva de dicha resolución se aclara que la nulidad de todos los acuerdos tomados en las Juntas Ordinarias y Extraordinarias celebradas el 30 de Mayo de 1990 por la Sociedad recurrente obedece a la falta de la mayoría de votos necesaria para la aprobación de los mismos.

No se hace declaración en cuanto a las costas de este recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, 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.