



Roj: **STS 1175/2007 - ECLI:ES:TS:2007:1175**

Id Cendoj: **28079110012007100228**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/2007**

Nº de Recurso: **944/2000**

Nº de Resolución: **123/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 1175/2007,**
SAP NA 55/2000

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil siete.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a. María Irene Arnés Bueno, en nombre y representación de "ESTAMPACIONES MAYO, S.A.", contra la Sentencia dictada en veintisiete de enero de dos mil por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en el Recurso de Apelación nº 37/99 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 74/98 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pamplona. Ha sido parte recurrida LUNKE NAVARRA, S.A., representada por la Procuradora D^a Ana Lázaro Gogorza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "Estampaciones Mayo, S.A." demandó a "Lunke Navarra, S.A." postulando sentencia en la que se declarara:

- (a) La nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada en 27 de octubre de 1997 y la de todos los acuerdos adoptados.
- (b) Subsidiariamente, la anulación de los acuerdos adoptados en dicha Junta.
- (c) La nulidad de las actuaciones realizadas con posterioridad a la Junta en base a los acuerdos adoptados.
- (d) La inscripción de la sentencia en el registro Mercantil, así como la cancelación de las inscripciones y demás asientos incompatibles con la nulidad postulada.

SEGUNDO.- "Lunke Navarra, S.A." compareció y se opuso, solicitando la desestimación, con absolución e imposición de costas

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona nº 1, en los Autos de Juicio de Menor Cuantía nº 74/1998, dictó Sentencia en 11 de enero de 1999 : estimó la demanda, declaró la nulidad de la Junta y de los acuerdos adoptados, así como la de las actuaciones realizadas por "Lunke Navarra, S.A." en ejecución de los referidos acuerdos, con imposición de costas a la demandada.

CUARTO.- Apelada la Sentencia por la demandada, conoció de la alzada la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, Rollo 37/99 . Dictó Sentencia en 27 de enero de 2000 , estimando el Recurso de Apelación, con lo que revocó la sentencia, absolvió a la demandada e impuso las costas de primera instancia a la actora, sin especial imposición de las de la alzada.

QUINTO.- Contra la expresada Sentencia ha interpuesto recurso de casación la actora y apelada "Estampaciones Mayo, S.A.". Formula al efecto tres motivos, de los cuales dos se acogen al orinal 4º y



otro al ordinal 3º del artículo 1692 LEC 1881. Oportunamente , la parte recurrida ha presentado escrito de impugnación.

Se señaló para votación y fallo el día 26 de enero de 2007, 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 actora, "Estampaciones Mayo, S.A." era titular del 25,1% de las acciones de "Lunke Navarra, S.A." en el momento de celebración de la Junta que se impugna. La sociedad tenía tres accionistas. Dos de ellos reunían el 96% del capital. La Junta fue convocada con carácter de Extraordinaria en el periódico "Egin" y en el Boletín Oficial el Registro Mercantil para tratar tres puntos del Orden del Día : (1º) Designación de Presidente y Secretario de la Junta; (2º) Modificación de los Estatutos Sociales, con los siguientes fines: (a) Dejar libertad a los socios para transmisión de acciones; y, en consecuencia, supresión del último inciso del primer párrafo del artículo 6º ; dar nueva redacción al artículo 7º y suprimir en su integridad el artículo 8º ; (b) Por conveniencia, modificar el artículo 21 referido al ejercicio social; (3º) Aprobación del Acta de la Junta.

2.- La actora consideró que, al publicarse en el diario "Egin", de escasa difusión en Navarra, se trataba de clandestinizar la Junta, y señalaba que no tuvo noticia hasta el 22 de diciembre de 1997, cuando se le exhibieron los libros de la sociedad. Además, considera que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 144.1.a) LSA por cuanto el Informe de los Administradores es insuficiente y no cumple los requisitos del indicado precepto, lo que - dice - acarrea la nulidad.

3.- El Juzgado de Primera Instancia acepta la tesis de la actora, y estima que la publicación en el precitado diario, cuya difusión en Navarra (19.000 lectores diarios mayores de 14 años, según OJD y CIES, frente a 49.000 de "Diario de Noticias" y 203.000 de "Diario de Navarra") es relativamente reducida, unido a que se venía utilizando otro medio ("Diario de Noticias") en anteriores Juntas, y a que el escaso número de accionistas permite una comunicación directa, que no se ha verificado, no cumple los requisitos del artículo 97 LSA , que reproduce el artículo 12 de los Estatutos Sociales, y se trata de un requisito de Derecho imperativo, lo que determina la nulidad de la Junta y de los acuerdos.

4.- La Sala de Apelación , por el contrario, estima que se han cumplido los requisitos de regularidad, por cuanto:

(a) El diario "Egin" ocupa en Navarra, en orden a la difusión, la 2ª o 3ª posición, pero está por encima de la difusión de otros medios (por ejemplo, El País, El Mundo, o ABC)

(b) No era la primera vez que se acudía a este medio. También la Junta General de 27 de junio de 1997 fue publicitada en "Egin", en tanto que otras lo habían sido en "Diario de Noticias"

(c) La convocatoria se insertó también en el BORME, publicación que la actora ha de conocer, dada su condición de sociedad mercantil

(d) No se ha privado a la actora del acceso a los libros y documentación interna de la sociedad.

SEGUNDO.- La recurrente presenta tres motivos. En el Primero y el Tercero, que se acogen al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , se denuncia la infracción de los artículos 97 y 144.1.a) de la Ley de Sociedades Anónimas .

El primero de los motivos exige un examen anterior a los demás pues, según se han formulado las pretensiones, de estimarse la irregularidad de la convocatoria, por infracción de los artículos 97 LSA y 12 de los Estatutos, precepto estatutario que reproduce exactamente los requisitos legales de la convocatoria, no habría necesidad de acudir a los demás y, como ocurrió en primera instancia, debería decretarse la nulidad de la Junta y, con ella, la de los acuerdos adoptados.

Pero el motivo no puede ser acogido, ya que se basa en el dato de haberse publicado la convocatoria en un diario que, a juicio de la recurrente, no es uno de los de mayor circulación en la provincia, pues era superada por otros dos medios. La Sala de instancia ha destacado la relatividad de tal apreciación cuando, en efecto, circulan en Navarra otros muchos diarios y no cabe decir que el tercero en este orden no sea uno de los de "mayor circulación", lo que se une al dato de al menos un precedente de publicación de convocatorias en ese medio, y a las demás consideraciones prudentes de la Sala en este punto, que hacen decaer el motivo, al no conseguir la recurrente, que reconoce que se ha dado cumplimiento formal a las exigencias del artículo 97 LSA , una prueba sobre el carácter abusivo o contrario a la buena fe de la convocatoria que contradiga la presunción general de un comportamiento correcto según los estándares éticos imperantes, a lo que obligan los artículos 7.1 y 1258 del Código civil, 57 del CCom. y ley 17 del Fuero Nuevo de Navarra . Pues la buena fe no ha de ser



probada, y la prueba de su inexistencia corresponde a quien la alega, como tantas veces ha dicho esta Sala (SS 6 de junio de 2002, 9 de octubre de 1986, 5 de junio de 1999 , etc.)

TERCERO.- En el Segundo de los Motivos, por la vía del ordinal 3º del artículo 1692 LEC 1881 , se denuncia incongruencia omisiva con infracción del artículo 359 LEC , por cuanto la sentencia recurrida no ha dado respuesta a la causa de nulidad por infracción del artículo 144.1.a) LSA invocada por la actora en la demanda, que fue contestada por la demandada y reconocida por ambas partes en los escritos de resumen de pruebas como "hecho objeto del debate". A este motivo se añade un Motivo tercero, en el que, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia la infracción del artículo 144.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , y de la jurisprudencia que cita, por insuficiencia que califica de "absoluta" del Informe preceptivo que los Administradores o los accionistas autores de la propuesta han de presentar en justificación de la propuesta de modificación de los Estatutos. Ambos motivos están secuencialmente concatenados y la eventual estimación del primero de ellos provocará una respuesta en el sentido que señala el segundo de tales motivos, o bien conducirá a su desestimación.

El Motivo ha de ser estimado.

Es conveniente destacar que la insuficiencia y la carencia de sentido, en el criterio de la actora, del Informe, fue destacado en la demanda, con expresa invocación del artículo 144.1.a) TRLSA y de la tesis jurisprudencial sobre reforzamiento del derecho de información (Folios 60 vuelto y 61 de los Autos), en tanto que la demandada defendía la corrección del informe (Folios 89, 89 vuelto y 90), entendiendo que "explica con detalle los motivos" y que no supone perjuicio para los accionistas. Sobre este tema se volvía en los escritos resumen de pruebas (Folios 342 vuelto, 343), señalando, además, la actora que desde 1992 hasta el momento del trámite se había producido la transmisión de una sola acción, y destacando la demandada que el Informe obra en autos, por lo que no se había producido ninguna irregularidad (Folio 345).

La Sentencia recurrida omite la respuesta a la cuestión suscitada por la actora, que el Juzgado de Primera Instancia no tuvo necesidad de examinar por cuanto estimó la nulidad de la Junta y de los acuerdos por irregularidad de la convocatoria. Pero ante la posición de la Sala de instancia en orden a la desestimación de la primera causa de nulidad invocada, debió la Sala dar respuesta a la petición subsidiaria que constituye el segundo pedimento de la demanda. No puede aceptarse, en ese sentido, la oposición formulada por la parte recurrida, en el escrito de impugnación, que presenta la cuestión ahora suscitada como un hecho nuevo por razón de que la parte actora no apeló ni se adhirió a la apelación, y por tanto se aquietó a la sentencia de primera instancia. Pero esta sentencia le daba la razón, al estimar el pedimento primero de la demanda, y carecía de interés sostener la apelación. Es al desestimar el primero de los pedimentos cuando se abre camino la consideración del formulado con carácter subsidiario, referente a la anulación de los acuerdos. Pues la Audiencia, habida cuenta de la naturaleza de del recurso de apelación como un novum iudicium, disponía de plena jurisdicción sobre el objeto del proceso definido en la instancia a partir de las pretensiones deducidas por los litigantes (STC 101/1998, de 18 de mayo) y sobre las causas de nulidad o de anulación invocadas, y no cabe estimar la existencia de una desestimación tácita, pues toda la argumentación de la Sala de instancia se ha centrado en el tema de la regularidad de la convocatoria. Posición que se estima coherente con la doctrina constitucional (STC 206/1998, de 26 de octubre , además de las que se citarán) y con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SS de 9 de diciembre de 1994, caso Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España, núms 29 y 27 ; SSTC 91/1995, 85/1996, 26/1997, 16/1998, etc).

La tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) comprende el derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial, una resolución que ha de estar provista de una motivación congruente y razonable. El deber de motivación está asimismo impuesto por el artículo 120.3 de la Constitución . La resolución sobre el fondo ha de responder a lo pedido por el justiciable y a los fundamentos de su petición, de modo que la omisión de respuesta constituye un supuesto de incongruencia omisiva y vulnera el artículo 359 LEC , en cuanto ordena que las sentencias sean congruentes con las pretensiones deducidas, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo, y decidiendo los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Pero, al propio tiempo, la vulneración de las reglas del artículo 359 LEC implica la del artículo 24 de la Constitución (SSTC 215/1999, 141/2002;144/1991, de 1 de julio; 74/1988, de 21 de abril , etc.). Hay motivación insuficiente e incongruencia omisiva, ha dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional 211/1988, de 10 de noviembre , cuando se omite todo razonamiento respecto de alguna de las pretensiones o excepciones esenciales, pues la congruencia con las pretensiones formuladas y la motivación del pronunciamiento constituyen requisitos ineludibles de la actividad judicial (SSTC 116/1988, de 8 de octubre; 13/1987, de 5 de febrero; 55/1987, de 13 de mayo , etc.), sobre todo cuando, como ocurre en el caso, el silencio de la resolución no puede ser interpretado como desestimación tácita o cuando la falta de respuesta se refiera a pretensiones planteadas en el proceso que, por ser de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas (STC 222/1994, de 18 de julio). No se



trata aquí de argumentos, que no requieren una contestación explícita y pormenorizada, sino de pretensiones oportunamente deducidas (STC 56/1996, de 15 de abril; 26 /1997, de 11 de febrero , etc.).

Razones por las cuales se ha de apreciar la incongruencia por omisión, estimando el motivo.

CUARTO.- Al estimar el motivo, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1715.1.3º LEC 1881 , la Sala ha de asumir la instancia, resolviendo la cuestión suscitada conforme a los términos en que se haya planteado el debate. A este efecto, es necesario ejercer la facultad de integrar el factum, pues aparecen en Autos circunstancias fácticas que contribuyen a perfilar la cuestión litigiosa y ayudan a su resolución (SSTS 16 de junio de 2004, 20 de mayo de 2004, 10 de junio de 2003, 25 de febrero de 2002, 16 de marzo y 29 de mayo de 2001 , etc.) , por más que haya de hacerse un uso prudencial y excepcional de esta facultad, que en el caso procede precisamente porque se presenta una evidente y acreditada conexión con la causa petendi y el elemento de hecho que se ha de destacar, y consiste en el Informe de los Administradores sobre la modificación de los Estatutos, que exige el artículo 144.1.a) LSA y obra en Autos, a los folios 127 y 128, documento 4 de los unidos a la contestación a la demanda, bajo la rúbrica "Informe del Consejo de Administración de "Lunke Navarra S.A." justificativo de la modificación de Estatutos sociales".

El referido Informe trata de justificar, en primer lugar, la modificación estatutaria relativa a la supresión de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. A este efecto, señala dos argumentos: (a) Que se intenta conseguir una mayor agilidad en el tráfico jurídico y económico mercantil " que una sociedad como la actual está reclamando para entidades como la presente"; (b) Que "no es perjudicial a ningún accionista ni lesiona de forma directa ni indirecta los derechos de tales accionistas". A continuación, se entra en las modificaciones a realizar en el primer párrafo del artículo 6º, en la supresión del 8º y en la modificación del 7º .

En segundo lugar, se refiere a la modificación del artículo 21 de los Estatutos para que el ejercicio social comience el 1 de octubre y finalice el 30 de septiembre. A cuyo efecto se limita a decir que la reforma se justifica porque "es conveniente para la sociedad y para los accionistas tal modificación, a la vez que no supone ningún perjuicio para ningún accionista ni lesiona sus derechos".

La jurisprudencia (Sentencia de 29 de junio de 1995 , entre otras) y la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 19 de agosto de 1993, 1 de diciembre de 1994, 7 de marzo de 1997, 3 de abril de 1997, entre otras) han puesto de relieve que la imperativa exigencia del informe justificativo de la propuesta de modificación de los Estatutos, al que se refiere el artículo 144.1.a) LSA , es una manifestación del derecho de información del accionista del artículo 48.2.d) LSA , que ha sido reforzado o "robustecido" en la Reforma que condujo al vigente Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Coincide en esta opinión un amplio y autorizado sector de la doctrina, y de consuno se entiende en la interpretación usual que el Informe de los administradores se exige preceptivamente, como presupuesto de validez del acuerdo (Sentencias de 9 de diciembre de 1999, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006 , y las que allí se citan, resolución de 9 de enero de 1998, además de las anteriormente señaladas). La ley no determina el contenido, ni siquiera exige que tal Informe sea "detallado", a diferencia de lo que se preceptúa en los supuestos de fusión (artículo 237) y de escisión (artículo 254), pero es forzoso coincidir con las opiniones que señalan que el Informe no puede ser genérico o abstracto y que es necesario exponer las razones concretas de las propuestas que no sean meramente formales y justificar clara y concretamente las razones del cambio, ofreciendo explicaciones suficientes para orientar la decisión que se ha de traducir en el voto.

No se cumplen, en el caso, las condiciones mínimas para dar validez y eficacia al Informe de los administradores sobre la propuesta, que se despacha no sólo con brevedad inusitada, sino que es inexpresivo absolutamente y no se refiere a las concretas razones de la modificación, con lo que no ha podido contribuir a orientar la decisión ni el voto, y viene a promover una elección arbitraria, por inmotivada, de la mayoría.

Lo que es especialmente exigible cuando la propuesta consiste en eliminar las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, vigente en una sociedad de tres socios, en la que sólo se había transmitido una acción durante la vida social hasta el momento, pues ello implica una alteración sustancial del derecho del socio, que en el futuro se verá privado de un derecho de adquisición preferente sin más justificación que el peso de la mayoría, a pesar de que se ejerzan de modo arbitrario o al menos injustificado las prerrogativas que la condición de mayoría impone.

El Informe ajustado a Derecho es presupuesto de validez del acuerdo, y el acuerdo sobre modificación de los Estatutos adoptado sin un Informe que cumpla las condiciones legalmente requeridas ha de entenderse radicalmente nulo, por contravenir un precepto legal imperativo.

La Junta celebrada tuvo carácter Extraordinario, y tenía su punto central en la modificación estatutaria que se declara nula, por cuya razón ha de extenderse la nulidad a los demás acuerdos que tenían el carácter de instrumentales o complementarios.



QUINTO.- La estimación del recurso determina que la Sala haya de pronunciarse sobre las costas, aplicando a las de las instancias las reglas generales, y sin especial pronunciamiento respecto de las del Recurso de Casación (artículo 1715.2 LEC 1881).

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

FALLAMOS

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora D^a Irene Arnés Bueno, en nombre y representación de ESTAMPACIONES MAYO, S.A. contra la Sentencia dictada en 27 de enero de 2000, Rollo 37/99 , por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, en Autos de juicio de menor cuantía nº 74/98 del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona nº 1 , seguido por la indicada compañía contra "Lunke Navarra, S.A." que casamos y anulamos, dictando, en su lugar, otra por la que se confirma en todos sus pronunciamientos la que dictó el referido Juzgado de Primera Instancia, en los indicados Autos, con imposición a la demandada y recurrente de apelación, "Lunke Navarra, S.A." de las costas de la apelación y sin imposición de las costas del presente recurso de casación, que satisfará cada parte las suyas.

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.- Alfonso Villagómez Rodil.- 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.