



Roj: **STS 3713/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3713**

Id Cendoj: **28079110012015100449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2015**

Nº de Recurso: **1480/2013**

Nº de Resolución: **406/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1461/2013,**
STS 3713/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por la procuradora D^a. Pilar Montero Ordóñez en nombre y representación de D. Aquilino , D. Demetrio , D^a Piedad y D^a María Rosa , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, dimanante del Procedimiento Ordinario 205/2010, que a nombre de los recurrentes, se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo.

Es parte recurrida, Funeraria Gijonesa, S.A., representada por el procurador Don José Ignacio de Noriega Arquer.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora D^a. Pilar Montero Ordóñez, en nombre y representación de D. Aquilino , D. Demetrio , D^a Piedad y D^a María Rosa , formuló demanda de juicio ordinario contra la sociedad Funeraria Gijonesa, S.A., en la que suplicaba lo siguiente: " [...] *dictando sentencia en la que, con estimación de la presente demanda, se acuerde lo siguiente:*

1. *Declarar que la junta de Funeraria Gijonesa, S.A. que tuvo lugar el 5 de marzo de 2010 fue convocada y celebrada con infracción del plazo legal establecido en el art. 100 LSA .*

2. *Declarar el derecho de los demandantes a que se incluya íntegramente en el orden del día de dicha junta todos los puntos propuestos en el requerimiento formulado por D. Aquilino con fecha 15 de diciembre de 2009, tal como se expresaron en dicho requerimiento.*

3. *Declarar el derecho de los demandantes, en tanto que socios de Funeraria Gijonesa, S.A. a que sean objeto de debate, discusión y votación en junta, todos y cada uno de los puntos de la convocatoria de la expresada junta conforme fue publicada en el BORME de fecha 12 de enero de 2010, sin exclusión alguna.*

4. *Declarar el derecho de los demandantes a recibir la información que solicitaron mediante el requerimiento notarial de 15 de diciembre de 2009 y los burofaxes de 18 y 25 de febrero de 2010, así como en el acto de la junta.*

5. *Declarar la nulidad, o subsidiariamente anulabilidad, de la junta celebrada el 5 de marzo de 2010 y de todos los acuerdos adoptados en la misma, o en su caso, de aquellos que corresponda conforme a los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito.*



6. Condenar a la demandada Funerarias Gijonesa, S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a proceder a la convocatoria inmediata de nueva junta, a fin de tratar, sin excepción alguna, todos los puntos que fueron objeto del requerimiento de fecha 15 de diciembre de 2009 que se acompaña a este escrito; y a facilitar a los demandantes toda la información solicitada al respecto en el expresado requerimiento, así como en los burofaxes de 18 y 25 de febrero de 2010.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada, si temerariamente se opusiere a nuestra pretensión, por ser preceptivo."

2. El procurador D. Antonio Álvarez Arias de Velasco en nombre y representación de Funeraria Gijonesa, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte en su día sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa imposición de costas".

3. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, en el Procedimiento Ordinario 205/2010, dictó Sentencia número 178/2011, de fecha 24 de noviembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva: "Estimar parcialmente la demanda interpuesta por Aquilino, Demetrio, Piedad y María Rosa contra Funeraria Gijonesa, S.A., declarando el derecho de los demandantes a que sean objeto de debate, discusión y votación en la próxima Junta todos y cada uno de los puntos interesados por los demandantes al amparo del art. 100.2 del derogado TRLSA, con la redacción publicada en el BORME de fecha 12-1-2010, sin excusión alguna. No procede condena en costas."

Con fecha 22 de mayo de 2012, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Aclarar la sentencia de fecha 24-11-2011 en el sentido de que la tramitación del recurso de apelación ha de atenerse a la reforma operada por la Ley 37/2011 y que no es precisa la convocatoria de una Junta ad hoc para satisfacer el derecho reconocido en la sentencia a los demandantes, que deberá ser objeto de inclusión en el orden del día de la próxima Junta que se celebre, sin necesidad de nueva petición o requerimiento a tal efecto".

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Aquilino, D. Demetrio, D^a Piedad y D^a María Rosa y por la representación de Funeraria Gijonesa, S.A. Las representaciones de ambas partes, se opusieron a los recursos de apelación interpuestos de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó Sentencia número 138/2013 de fecha 3 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva decía:

"Que estimando el recurso de apelación formulado por Funeraria Gijonesa, S.A. y desestimando el presentado por Don Aquilino, Doña Piedad y Doña María Rosa contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo en el Juicio ordinario 205/10, debemos acordar y acordamos revocarla para en su lugar, y con desestimación de la demanda presentada por Don Aquilino, Doña Piedad y Doña María Rosa, declarar no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados en el escrito de demanda, absolviendo a la demandada Funeraria Gijonesa, S.A. de los pedimentos dirigidos en su contra, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación de D. Aquilino, D. Demetrio, D^a Piedad y D^a María Rosa, interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

" RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL :

PRIMERO.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, en particular art. 24 CE, 11.3 LOPJ y 218.1 LEC, por indebida desestimación del pedimento primero de la demanda.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en particular art. 456.1 LEC sobre prohibición de alterar el objeto de debate en apelación.

RECURSO DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Infracción por inaplicación del art. 50 bis LSA (actual art. 97 LSC) sobre igualdad de trato entre los socios.

SEGUNDO.- Infracción por inaplicación del art. 7.1 del CC en relación con la doctrina jurisprudencial de los actos propios.



TERCERO.- Infracción por inaplicación del art. 112 LSA en relación con la doctrina jurisprudencial sobre derecho de información del socio.

CUARTO.- Infracción del art. 100.3 LSA en relación con los arts. 48 y 97.2 de la misma Ley."

6. Por Diligencia de Ordenación de 13 de Junio de 2013, la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Arturo Estebanez García en nombre y representación de D. Aquilino , D. Demetrio , Dª Piedad y Dª María Rosa . Y, como recurrido, Funeraria Gijonesa, S.A., representada por el procurador D. José Ignacio Noriega Arquer.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 2 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Aquilino y otros, contra la sentencia de fecha 3 de mayo de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 634/12, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 205/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.

2º) Y, entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. "

9. La representación del recurrido Funeraria Gijonesa, S.A., presentó escrito oponiéndose a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos de contrario.

10 . Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 5 de mayo de 2015, para votación y fallo el día 18 de junio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

1. El 15 de diciembre de 2009, D. Aquilino , que junto con sus hijos ostenta un 48,79 % del capital social de la sociedad Funeraria Gijonesa, S.A. (en lo sucesivo Fugisa), de conformidad con el art. 100 TRLSA , requirió al Consejo de administración para que en el plazo de 30 días procediera a convocar Junta General extraordinaria sobre los siguientes puntos:

"a) Explicación por los administradores de los motivos que les llevaron a decidir los cambios realizados en el consejo de administración de Gijonesa de Cementerios SAU (sociedad participada al 100 % por la demandada) y, en particular, la incorporación al mismo de Sara y Juan Luis . Consideración y debate sobre los mismos.

b) Cese y nombramiento, en su caso, de los administradores de Gijonesa de Cementerios SAU y, en particular, de los citados.

c) Supresión de la remuneración de los administradores en Gijonesa de Cementerios SAU.

d) Explicación por parte de los administradores de los cambios de objeto social de Gijonesa de Cementerios SAU. Consideración y debate acerca de los mismos.

e) Explicación por los administradores de la decisión de poner fin a la concesión del servicio de floristería otorgado a Flores Cabueñes S.A. y de atribuir dicho servicio a Gijonesa de Cementerios SAU. Revocación de dicha decisión, en su caso.

f) Explicación por parte de los administradores de los contratos o acuerdos de toda índole suscritos por la sociedad, así como por Gijonesa de Cementerios, SAU, con profesionales jurídicos (abogados). Análisis de su regularidad y revocación de dichos contratos, en su caso, por concurrencia de conflicto de intereses.

e) Ruegos y preguntas" .



El Consejo de administración de la sociedad demandada, en sesión de 28 de diciembre de 2009, acordó convocar Junta General Extraordinaria de accionistas para el día 5 de marzo de 2010, con el siguiente orden del día:

"Primero.- Posibles acciones legales a instar contra el anterior asesor, auditor y abogado de la compañía (a la sazón el letrado demandante).

Segundo.- Análisis de los motivos que conllevaron a la instalación de un aparcamiento controlado.

Tercero.- Estudio de resultados del contrato suscrito con DIRECCION000 CB.

Cuarto.- Explicación por los administradores de los motivos que les llevaron a decidir los cambios realizados en el consejo de administración de Gijonesa de Cementerios SAU. Consideración y debate sobre los mismos.

Quinto.- Cese y nombramiento, en su caso, de los administradores de Gijonesa de Cementerios SAU.

Sexto.- Supresión de la remuneración de los administradores de Gijonesa de Cementerios, SAU.

Séptimo.- Explicación por parte de los administradores de los cambios de objeto social de Gijonesa de Cementerios SAU. Consideración y debate acerca de los mismos.

Octavo.- Explicación por los administradores de la decisión de poner fin a la concesión del servicio de floristería otorgado a Flores Cabueñes, S.A. y de atribuir dicho servicio a Gijonesa de Cementerios SAU. Revocación de dicha decisión, en su caso.

Noveno.- Explicación por parte de los administradores de los contratos o acuerdos de toda índole suscritos por la sociedad, así como por Gijonesa de Cementerios SAU, con profesionales jurídicos (abogados). Análisis de su regularidad y revocación de dichos contratos, en su caso, por concurrencia de conflictos de intereses.

Décimo.- Ruegos y preguntas" .

3. Don Aquilino y sus hijos interpusieron demanda de juicio ordinario contra Fugisa solicitando la nulidad de la Junta celebrada el 5 de marzo de 2010. Los motivos de impugnación son cuatro:

"1) Infracción del art. 100 LSA por no haberse convocado la Junta en el plazo de 30 días que marca dicho precepto;

2) Infracción del art. 100.3 LSA por haberse modificado la redacción de los puntos del orden del día propuestos por los actores;

3) Infracción de los arts 48 , 93.1 , 97.2 y 100.3 LSA , por haberse negado el debate y votación sobre los puntos 4º, 5º, 6º y 9º del orden del día;

4) Y, finalmente, vulneración del derecho de información del art. 112 LSA " .

4. La sociedad se opone aduciendo que era temporalmente imposible celebrar en un plazo de un mes la Junta requerida, cuando en la actualidad entre la convocatoria en el BORME y la celebración, debía mediar el plazo de un mes (art. 97.1 TRLSA , modificado por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre); los puntos del orden del día, entiende la demandada, reflejan lo solicitado por los accionistas requirentes, aunque no se expresan en términos literales a los solicitados; los puntos que no fueron objeto de debate es consecuencia de que la Junta consideró que no eran propios de su competencia, sino de otra sociedad distinta, aunque la sociedad demandada ostentara el cien por cien de su capital social; y, finalmente, entendió que no hubo vulneración del derecho de información.

5. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho de los demandantes a que sean objeto de debate, discusión y votación en la próxima Junta todos y cada uno de los puntos interesados por los demandantes, de acuerdo con la redacción publicada en el BORME, sin exclusión alguna.

A tal efecto declaró que, si bien la Junta fue convocada extemporáneamente, no afecta a su validez; la redacción concreta de los puntos del orden del día es competencia exclusiva del consejo de administración, y *"se observa que únicamente se han suprimido los nombres propios, por lo que, viniendo la solicitud de convocatoria de la minoría, en ningún caso pueda ésta alegar desconocimiento de los asuntos a tratar"*.

En cuanto a los puntos no debatidos en la Junta, todos referidos a la sociedad Gijonesa de Cementerios SAU, participada íntegramente por la sociedad demandada, la sentencia señaló: *"[I]o que se antoja inadmisibile es que la junta, y mucho menos su presidente, decidan no tratar alguno de ellos. Ni la junta ni su presidente tienen competencia para decidir sobre su propia competencia, [...] Los asuntos incluidos en el orden del día han de deliberarse, con independencia de cuál sea el sentido del acuerdo que al respecto se alcance"* .



Por último concluyó: *"hemos de partir necesariamente, de que el orden del día, una vez aceptado por los administradores, es inmutable, sin que la junta pueda posteriormente decidir que no trata de un determinado asunto. Si a ello añadimos que el derecho de información es instrumental del derecho de voto, hemos de colegir que, una vez aceptado el orden del día, ha de facilitarse información sobre los puntos solicitados por los demandantes sin más límites que los previstos en el propio art. 112 o la doctrina del abuso del derecho.*

>> Ahora bien, ese mismo carácter instrumental del derecho de información hace decaer la pretensión impugnatoria desde el momento en que de la mera lectura del acta se desprende que no se sometió a votación ni, por consiguiente, hubo ningún acuerdo social que pueda ahora ser anulado. Existió un mero debate que no trascendió en acuerdo social, no sólo en este punto, sino en todos los que componían el orden del día, a salvo el cese de los administradores que propuso D. Aquilino en ruegos y preguntas.

>> Se desestiman, por tanto, los puntos 4º y 5º del suplico. No procede la nulidad de la Junta (porque no existieron defectos en la convocatoria ni la exclusión de los puntos del orden del día ha de comprometer su validez, como ha quedado expuesto ut supra) ni de unos acuerdos que no nacieron a la vida jurídica".

No impuso costas a ninguno de los litigantes.

6. Recurrieron en apelación la parte actora y la demandada.

La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª) dictó sentencia estimando el recurso de apelación de Fugisa y desestimando el de la parte actora, sin hacer expresa imposición de costas causadas en una y otra instancia.

Fundó la desestimación del recurso de apelación de la parte actora en lo siguiente: 1) a la petición de que se declarara la actuación negligente de los administradores al convocar extemporáneamente la Junta (art. 127.1 TRLSA -actual art. 225.1 LSC), señaló que el recurso no rebate los argumentos de la sentencia de primer grado, que negó la nulidad de la Junta, y la nulidad que se solicita en el recurso es por otras razones distintas; 2) en cuanto a la vulneración del derecho de información, entendió que es un derecho esencial pero en cualquier caso instrumental y complementario para permitir al accionista el ejercicio consciente del derecho de voto, pero no puede configurarse en términos ilimitados, pues *"en la medida en que vienen encaminados tan solo a obtener alguna explicación por parte de los Administradores acerca de los extremos que se describen en la convocatoria, no puede predicarse respecto de ellos la necesidad de un específico derecho de información al no ir encaminados a la adopción de un determinado acuerdo como expresión de la voluntad societaria"* ; excepcionalmente, señala el Tribunal, en dos puntos referidos a la sociedad Gijonesa de Cementerios, SAU se solicita la adopción de acuerdos -cese y nombramiento de consejeros y la supresión de la remuneración de los administradores-. Pero sobre ambos puntos el Tribunal entendió que el art. 93.1 TRLSA (actualmente el art. 159.1 LSC), al disponer que los accionistas constituidos en Junta debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta, al estar referidos aquellos puntos sobre una sociedad ajena, por más que pueda tratarse de una filial íntegramente participada por la matriz, estaba en el ámbito de su competencia no debatirlos en dicha junta, por lo que carece de objeto que deba procederse a repetir la celebración de una nueva Junta cuando los puntos del orden del día vienen encaminados *"a la adopción de acuerdos que exceden de la competencia que le es propia a dicha Junta"* . Por esta razón estimó el recurso de apelación de la parte demandada.

I. RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Formulación de los motivos y su fundamentación

La parte actora formula el recurso articulado en tres motivos:

El motivo **primero**, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en particular los arts. 24 CE , 11.3 LOPJ y 218.1 LEC , por indebida desestimación del pedimento primero del suplico de la demanda en relación con el ejercicio de la acción meramente declarativa (*declarar que la Junta de Funeraria Gijonesa S.A. fue convocada y celebrada con infracción del plazo legal establecido en el art. 100 LSA*), al extralimitarse temporalmente los consejeros en su convocatoria. Al entender de la recurrente, concurre la necesidad de poner en claro una situación y acabar con la inseguridad jurídica que proporciona la convocatoria tardía por la sociedad demandada, por lo que la pretensión tiene sustantividad propia, pues la parte demandada no se allanó a este pedimento. En los razonamientos, la recurrente está pidiendo que se declare la existencia de un incumplimiento legal por parte del consejo de administración, pues podría dar lugar a la exigencia de responsabilidad de los administradores.

El motivo **segundo**, por infracción del art. 456.1 LEC sobre prohibición de alterar el objeto de debate en apelación, al haberse acogido en la sentencia recurrida como motivo de su decisión la imposibilidad de incluir en el orden del día lo que sólo son preguntas, sin que esta cuestión se hubiese planteado en primera instancia, siendo introducida *ex novo* en el recurso de apelación.



Y, el motivo **tercero** por infracción del art. 218.2 LEC , por falta de motivación, al no haberse razonado la sentencia de apelación la desestimación del motivo segundo del recurso, por no haber incluido los puntos del orden del día de la Junta en los términos en que fueron solicitados, lo que supone infracción del art. 100.3 LSA .

TERCERO.- Desestimación de los motivos del recurso.

La solicitud de pronunciamiento declarativo del incumplimiento de los administradores de la demandada por haber convocado tardíamente en exceso la junta (casi a los tres meses desde que fue requerida para ello), afecta a una materia que encierra una valoración jurídica objeto del litigio que no puede ser objeto de tratamiento en un recurso de infracción procesal. Ello no obstante, no se infringe, como se alega, el art. 218.1 LEC , conforme al cual la sentencia debe decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. El fundamento de derecho segundo se destina íntegramente a tratar sobre este extremo. Los razonamientos del Tribunal podrán no ser conformes con los del recurrente, pero resuelven de forma completa las pretensiones de las partes, razonamientos que siendo una de las materias nucleares sustantivas, deben ser tratadas en el recurso de casación.

El motivo se desestima.

En el **segundo motivo** , alega la recurrente que la sentencia recurrida impugnada incurre en "*mutatio libelli*" , al estimar unas alegaciones del recurso de apelación de la sociedad demandada que no fueron formuladas en la instancia y no fueron objeto de debate. Se refiere a la impugnación de la sentencia de instancia por parte de la demandada al haber alegado "*la imposibilidad de incluir como puntos del orden del día lo que son solo preguntas*" , lo que ha sido estimado por la sentencia recurrida, cuando no fue alegado en la primera instancia y sólo en el recurso de apelación, lo que supone introducir un argumento "*ex novo*" , y una innovación sustancial en el objeto del debate.

No puede ser estimado el motivo.

La sociedad demandada en su escrito de contestación justificó no tratar en la Junta los puntos 4º, 5º, 6º y 9º porque el órgano deliberó sobre la propia competencia, acordando que no procedía su debate (fundamento de derecho V, apartado tercero). El argumento fue acogido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto, cuando señala que los referidos puntos del orden del día exceden de "*ámbito de competencia propio de dicha junta*" , con argumentos dirigidos a justificar las razones que llevaron a la Junta a no entrar a debatir los referidos puntos del orden del día. Ni se ha producido, pues, una mutación del objeto del proceso, ni se ha variado la causa de pedir.

Por último, el **motivo tercero** , que invoca infracción del art. 218.2 LEC por falta de motivación, al no haberse razonado la desestimación del motivo segundo del recurso de apelación. Tampoco el motivo puede ser estimado. Se refiere el motivo segundo del recurso de apelación a la infracción del art. 100.3 LSA , al introducir la sociedad demandada modificaciones en los puntos del orden del día que fueron objeto del requerimiento. Tampoco la cuestión planteada es propia de un recurso de infracción procesal sino de un recurso de casación, como así lo ha planteado el recurrente en el motivo cuarto, por lo que será objeto de tratamiento en su lugar.

La motivación a que se refiere el precepto invocado (art. 218.2 LEC), de acuerdo con la doctrina fijada por esta Sala, es suficiente siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria, y no incurra en error patente; por otra parte, la exigencia de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las argumentaciones, basta que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate (ver, por todas, STS núm. 313/2014, de 18 de junio , y las en ella citadas).

En el presente caso, el Tribunal de apelación se apoyó en la bien fundada sentencia de primer grado que, en su fundamento de derecho segundo, al tratar la cuestión "*atinente a la forma en que ha de redactarse la convocatoria*" , cita y reproduce textos de ilustres tratadistas, llegando a la conclusión de que "*entre la redacción propuesta y la efectivamente llevada a la convocatoria se observa que únicamente se han suprimido los nombres propios...*" .

El motivo se desestima.

I. RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.- Formulación del primer motivo.

Se articula en los siguientes términos: "*infracción por inaplicación del art. 50 bis LSA (actual art. 97 LSC) sobre igualdad de trato entre los socios*".

El art. 50 bis LSA (actual art. 97 LSC), aprobado por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre establecía: "*igualdad de trato.- La sociedad deberá dar un trato igual a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas*".



Según el recurrente, supone una desigualdad de trato que a la parte actora se le haya denegado por la Sala *a quo* su pretensión de que se debatieran determinados puntos del orden del día porque venían encaminados a pedir explicaciones y no a la adopción de acuerdos, y, la mayoría de socios haya introducido un punto (el primero) que incurre en los mismos defectos, ya que era puramente informativo.

QUINTO.- Desestimación del motivo

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación:

1. Nada tiene que ver el artículo invocado en el motivo, si no es con los derechos, privilegios y prohibiciones a que se refieren los artículos que le preceden en relación a la diversidad de derechos (art. 94.II), a las distintas clases de acciones y series, o la creación de participaciones o acciones privilegiadas frente a las ordinarias (art. 95 LSC) o las prohibiciones en materia de privilegios (art. 96 LSC). Cierra el Capítulo II, Sección 1ª, del Título IV, sobre los derechos del socio, con el citado art. 97 LSC (antes, art. 50 bis LSA), proclamando el principio de igualdad de trato a los socios que se encuentren en condiciones idénticas, pero refiriéndose a cuando se encuentren en los concretos supuestos contemplados en los artículos anteriores.

2. Por el contrario, el recurrente centra su impugnación, con base en el artículo invocado, en el trato discriminatorio que dispensa la sentencia recurrida a los socios minoritarios a quienes no reconoce el derecho a exigir que se incluya o se debata en la Junta determinados puntos en el orden del día, y sí a los propuestos por la mayoría. Nada tiene que ver este precepto, como se ha dicho, sino con el derecho ejercitado conforme al art. 100 LSA (hoy, art. 168 LSC) sobre el derecho de la minoría a solicitar la convocatoria de Junta General y el derecho de información del socio, según el art. 112 LSA (art. 96 LSC), que son objeto de motivos independientes en el presente recurso de casación.

3. Por otra parte, el punto primero del orden del día incluido por el consejo de administración hace referencia a materias propias de la sociedad demandada (Fugisa), mientras que los que la Junta acordó no eran de su competencia, hacen referencia a una sociedad ajena, por lo que no cabe alegar discriminación de trato de accionistas cuando los puntos son de distinta naturaleza o pertenecientes a distintas sociedades. Esta y no otra es la razón por la que el Tribunal entendió que debía tratarse el punto primero del orden del día (propuesto por la mayoría) y justificó que no se trataran los puntos 4º, 5º, 6º y 9º (propuestos por la minoría), al corresponder a una sociedad filial.

SEXTO.- Formulación del tercer y cuarto motivo.

Dada la conexidad existente entre ambos motivos, serán tratados conjuntamente.

Se articula en los siguientes términos, el motivo **tercero** alega la "infracción por inaplicación del art. 112 LSA en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de información del socio". Y el motivo **cuarto** alega la "infracción del art. 100.3 LSA en relación con los arts. 48 y 97.2 de la misma Ley".

En el motivo tercero, el recurrente entiende infringida la doctrina sentada por las SSTs núm. 741/2012 de 13 de diciembre y núm. 986/2011 de 16 de enero y, posteriormente la también invocada núm. 377/2013 de 13 de junio, en el motivo cuarto. En la medida en que la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho tercero, señala que no cabe predicar un derecho de información respecto de aquellas cuestiones que, aunque incluidas en el orden del día, tengan naturaleza meramente deliberativa o informativa, vulnera la doctrina sentada por las anteriores sentencias invocadas (motivo tercero).

Según la referida sentencia de 13 de junio de 2012 no pueden limitarse los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos que no estén relacionados con la sociedad, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, lo que cercenaría el derecho autónomo de información de los socios y permitiría una opacidad sobre determinadas materias que decidieran no someter a la Junta.

Por ello, concluye el recurrente, la sentencia impugnada infringe la doctrina expuesta, porque, después de figurar en el orden del día los puntos 4º, 5º, 6º y 9º solicitados por la minoría, justifica que la Junta no delibere sobre los mismos, al tratarse de asuntos de una sociedad ajena a la demandada.

SÉPTIMO.- Estimación de los motivos. El derecho de solicitar la convocatoria de una Junta, fijar un orden del día, y el derecho de información sobre todos los puntos incluidos.

1. El derecho de información previsto en el art. 112 LSA, vigente por razones temporales y, que fue incorporado en el art. 197 LSC, no alterando su contenido, ha sido objeto recientemente de profundas modificaciones por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.



En el presente supuesto, a una minoría cualificada del 48,79 por ciento del capital social de la demandada, no podía negarse a los actores la información solicitada bajo el pretexto de que la Junta considerara que no era de su competencia. Tratándose la sociedad sobre la que se solicita información, Gijonesa de Cementerios SAU, de una sociedad participada íntegramente por la demandada, no existen razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales, o contrarios al interés social, tanto menos cuando, ostentando Gijonesa de Cementerios, SAU la condición de sociedad unipersonal, sus decisiones son del socio único que ejerce las competencias de la junta general pudiendo ser ejercitadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

De admitirse la tesis de la sentencia recurrida, la sociedad unipersonal, cuyo objeto social es complementario al de la sociedad demandada, puede adoptar decisiones a través de sus administradores, sustrayendo una información relevante a accionistas de la sociedad demandada que ostentan nada menos que un 48,79 % del capital social, manteniendo ocultos unos acuerdos (decisiones) que suponen, entre otras cuestiones, (1ª) relevar en el cargo de consejeros de la citada filial a quienes ostentan una participación significativa en la sociedad matriz; y, (2ª) modificar el objeto social, ampliándolo, en actividades que correspondían a la matriz o a otra sociedad Flores Cabueñas, S.A. (destinada a los socios de segunda generación).

En el presente supuesto, la sociedad demandada no ha alegado ninguna razón objetiva para negar la información, tan solo el acuerdo formal de la junta que entendió que no era competente. Como señala la STS núm. 377/2012 de 13 de junio : "[...] la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisiblemente el derecho autónomo de información de los socios -por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatibles con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos" . Es doctrina que la Sala considera aplicable al presente supuesto.

El motivo tercero se estima.

3. La sentencia recurrida razona adecuadamente que los administradores pueden alterar los términos de los puntos del orden del día, siempre que se respete el fondo del asunto que pretenda debatirse y pueda entenderse, nadie mejor que los requirentes. Como la propia sentencia invocada de 13 de junio de 2012 señala, en su punto 35: *"la limitación societaria al derecho de información tiene carácter excepcional y, en defecto de previsión normativa no puede proyectarse, sin más, sobre el derecho de la minoría cualificada a complementar el orden del día de la junta convocada -tampoco se contempla en el artículo 100 TRLSA (hoy 168 TRLSC)-, ya que la norma impone la inclusión de los puntos requeridos en el orden del día, no la transcripción de los términos del requerimiento, por lo que basta la constancia de los asuntos a tratar "* (énfasis añadido).

Y, a pesar de que la sentencia de 13 de junio de 2012 acuerda la nulidad de la Junta, en el presente caso, comparte la Sala las razones invocadas por la sentencia recurrida, que se remite a las aducidas por la sentencia de primer grado, en el sentido de que las impugnaciones no tienen relevancia suficiente para viciar de nulidad la Junta, pues la mayoría de los puntos del orden del día, no eran susceptibles de que pudieran adoptarse acuerdos sociales. Por ello, habrá que estimar, en parte, el recurso de casación, revocar, en parte, la sentencia recurrida, y confirmar la sentencia de primera instancia, obligando a la sociedad a que convoque nueva Junta para tratar los puntos sobre los que entendió no eran de su competencia.

OCTAVO.- Costas.

No se imponen las costas de ningún recurso extraordinario, manteniéndose en esta materia la sentencia de instancia, al estar ambos recursos íntimamente vinculados.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. Aquilino , D. Demetrio , Dª Piedad y Dª María Rosa , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, de fecha 3 de mayo de 2013, en el Rollo 634/2012 que, en este alcance, confirmamos, sin imposición de costas, pero con pérdida del depósito constituido.



Estimar, en parte, el recurso de casación interpuesto por la misma representación, que revocamos, en parte, y dejamos sin efecto y, en su lugar, confirmamos la sentencia de primera instancia número 178/2011 de 24 de noviembre de 2011 .

No se imponen las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Léida y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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