

Id Cendoj: 28079110012009100662
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 512/2005
Nº de Resolución: 688/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES (SOCIEDAD ANÓNIMA) x
- x JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA x
- x ÓRGANOS (SOCIEDAD ANÓNIMA) x
- x CONVOCATORIA DE LA JUNTA (SOCIEDAD ANÓNIMA) x
- x SOCIEDAD ANÓNIMA x

Resumen:

Sociedades anónimas. Nulidad de la convocatoria de Junta General Extraordinaria y conducta fraudulenta.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera de este Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario sobre impugnación de acuerdos sociales, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y cuatro de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad INVERAMA, S.A., representada por el Procurador D. Antonio de Palma Villalón; y como parte recurrida, la entidad MARINAS DE PORTUGAL S.A., representada por el Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procurador D^a. Ana María Pujol Gimeno, en nombre y representación de la entidad Inverama, S.A., interpuso demanda de Juicio Ordinario sobre Impugnación de Acuerdos Sociales ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y cuatro de Barcelona, siendo parte demandada la entidad "Marinas de Portugal, S.A.", alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se declare: 1º) La nulidad de la Junta General Extraordinaria de accionista de la entidad MARINAS DE PORTUGAL S.A. celebrada en 18 de junio de 2.001 y la nulidad de todos los acuerdos sociales adoptados en dicha fecha. 2º) La condena en costas a la demandada."

2.- El Procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en representación de la entidad Marinas de Portugal, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en la que se desestime total y absolutamente las acciones, pretensiones y peticiones instadas por la actora, absuelva a "Marinas de Portugal S.A." de las mismas, y todo ello con expresa imposición de las costas del presente pleito a la actora por su manifiesta temeridad y mala fe.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba, en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número 44, de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 11 de enero de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora D^a.

Ana María Pujol Gimeno en representación de "Inverama, S.A." contra "Marinas de Portugal, S.A.", y, en consecuencia debo absolver a la demandada de los pedimentos contra ella formulados, imponiendo a la parte actora las costas generadas en estas actuaciones."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de la entidad Inverama, S.A., la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, dictó Sentencia con fecha 20 de diciembre de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando íntegramente el recurso interpuesto por la representación procesal de INVERAMA, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 11 de enero de 2.002, por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de los de Barcelona , en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, con imposición a la recurrente de las costas de esta alzada."

TERCERO.- La Procurador D^a. Ana María Pujol Gimeno, en nombre y representación de la entidad INVERAMA, S.A., interpuso recurso de casación respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, de fecha 20 de diciembre de 2.004, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.-** Se alega infracción del *art. 100.1 del TRLSA de 22 de diciembre de 1.989. SEGUNDO .-* Se alega infracción por inaplicación del *art. 100.2* y por interpretación errónea del *art. 93.1 del TRLSA de 22 de diciembre de 1.989. TERCERO .-* Se alega infracción del *art. 112.1* por defectuosa interpretación e infracción por inaplicación del *art. 112.2 del TRLSA de 22 de diciembre de 1.989*

CUARTO.- Por Providencia de 18 de febrero de 2.005, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior, y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones, comparecen, como recurrente, la entidad INVERAMA, S.A., representada por el Procurador D. Antonio de Palma Villalón; y como parte recurrida, la entidad MARINAS DE PORTUGAL S.A., representada por el Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 15 de abril de 2.008 , por el que se admitía el recurso de casación interpuesto por la entidad Inverama, S.A., respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, de fecha 20 de diciembre de 2.004.

SEPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D. Federico J. Olivares de Santiago, en representación de la entidad Marinas de Portugal, S.A., presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de octubre de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus **Corbal** Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre Sociedades Anónimas, y concretamente sobre la nulidad de la convocatoria de una Junta General Extraordinaria a la que se le atribuye no haberse efectuado conforme a la ley, y haberse incurrido en fraude y simulación.

Por la entidad mercantil "INVERAMA, S.A." se dedujo *demand*a contra la también mercantil "MARINAS DE PORTUGAL, S.A." en la que solicita la declaración de nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada el día 18 de junio de 2.001, y la de todos los acuerdos sociales adoptados.

Las Sentencias dictadas en primera instancia, por el Juzgado número 44 de Barcelona el 11 de enero de 2.002 (autos de juicio ordinario núm. 561 de 2.001), y apelación, por la Sección 15^a de la AP de la misma Capital el 20 de diciembre de 2.004 (en el Rollo núm. 220 de 2.002), desestiman la demanda.

Contra la Sentencia de la Audiencia se interpuso por la representación procesal de INVERAMA, S.A. recurso de casación articulado en tres motivos, por infracción de los *arts. 100.1 y 2, 112 (sobre derecho de información) y 136 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas* , que fue admitido por Auto de esta Sala de 15 de abril de 2.008 .

SEGUNDO.- El tema nuclear del debate en casación se centra en si la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de 18 de junio de 2.001 es conforme a la ley, como sostiene la parte demandada y aquí recurrida (en su escrito de oposición al recurso), o es contraria a la misma y fraudulenta, como entiende la parte recurrente, que invoca los *arts. 100, 136 y 144 de la LSA* .

Según la parte recurrida existió una solicitud de convocatoria del socio mayoritario -Corporación Rivador, S.A.- y, por ello, Dn. Leon (a la sazón administrador de dicha entidad), como Consejero Delegado de la entidad demandante -Marinas de Portugal, S.A.-, no sólo se hallaba facultado para convocar la Junta General Extraordinaria (*art. 100.1 LSA*) cuya nulidad se postula en el proceso, sino que tenía el imperioso deber de hacerlo por el mandato legal del *art. 100.2 del TRLSA*; además de que al Sr. Leon se le habían delegado en su cualidad de Consejero Delegado todas las facultades objeto de delegación.

El criterio de la entidad actora y recurrente parte de la base de que había un Consejo de Administración formado por tres administradores, y que sólo por él podía ser convocada la Junta, sin que obste a esta exigencia que la iniciativa partiera de la solicitud de un socio y que el Sr. Leon tuviere la condición de Consejero Delegado (o aunque fuere Presidente del Consejo).

La doctrina jurisprudencial de esta Sala dictada en aplicación del *art. 100 de la TRLSA* (y de la norma correspondiente del régimen jurídico anterior) -entre otras, SS. 25 de febrero de 1.986, 24 de febrero de 1.995, 8 de octubre de 2.001, 24 de diciembre de 2.002 y 4 de marzo de 2.005 - entiende que la facultad, o deber, de convocar las Juntas Generales de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración, de modo que solo cabe delegar en el Consejero Delegado el anuncio de la convocatoria, pero no ésta. Y ello no ha sido respetado en el caso.

El hecho de que haya la solicitud de un socio que sea al menos titular de un cinco por ciento del capital social, y consiguientemente se deba convocar la Junta por los administradores de conformidad con el *art. 100.2 LSA*, no altera el sistema respecto de quien ha de convocar; es decir, sigue correspondiendo al Consejo, y no a un administrador aunque sea Consejero Delegado. Y si el Consejo no convoca, su voluntad no puede ser suplida por el Consejero Delegado, ni por el Presidente del mismo, ni por uno o algunos de sus miembros, sino que ha de interesarse la convocatoria judicial (*art. 101.2 TRLSA*). La conducta seguida en el caso, no solo vulnera el precepto legal, sino que, además, dadas las circunstancias del caso -coincidencia en la persona del Sr. Leon de los cargos de administrador de la entidad, socio que toma la iniciativa de la convocatoria y de Administrador y Consejero Delegado que "per se" convoca la Junta-, en relación con el *art. 144.1 TRLSA*, -el que, a propósito de la modificación de los estatutos establece como requisito a) que los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta formulen un informe escrito con la justificación de la misma-, constituye una actuación fraudulenta, toda vez que, si, por un lado resulta eludido el "informe de los administradores" (otros miembros del Consejo de Administración) con base en que la iniciativa es de un socio, y es a éste a quien le corresponde el formular el informe justificativo, por otro lado se soslaya la audiencia de los administradores, que es preceptiva en el expediente de convocatoria judicial (*art. 101.1 TRLSA*), y ello es tanto más grave en el caso si se tiene en cuenta que la modificación de los Estatutos (*art. 7*) era para sustituir el Consejo de Administración por un administrador único, que obviamente recayó en la entidad accionista mayoritaria solicitante de la modificación.

Por lo tanto, hay una infracción legal de una norma de convocatoria de la Junta de carácter imperativo (por todas, S. de 5 de junio de 2.006), y de la doctrina jurisprudencial correspondiente, y un actuación fraudulenta -"fraus omnia corrumpit"-, que acarrea la estimación de los dos primeros motivos del recurso de casación en la medida en que han sido conculcados conforme a lo expuesto, y hacen innecesario el examen del tercero.

TERCERO.- La estimación de los motivos en los términos expuestos, y, consecuentemente, la del recurso de casación, supone: a) La casación de la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 20 de diciembre de 2.004 y la revocación de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 44 de dicha Capital el 11 de enero de 2.002; b) La estimación de la demanda formulada por la entidad mercantil INVERAMA, S.A. declarando la nulidad de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la entidad MARINAS DE PORTUGAL, S.A. celebrada el día 18 de junio de 2.001, por defecto legal en la convocatoria, que acarrea la nulidad de todos los acuerdos sociales adoptados en dicha fecha; y, c) En relación con las costas procesales, la condena de la demandada a su pago en cuanto a las de la primera instancia (*art. 394.1 LEC*), y sin hacer especial imposición respecto de las de la apelación y casación (*art. 398.2 LEC*).

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

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de INVERAMA, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección Décimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 20 de diciembre de 2.004, en el Rollo núm. 220 de 2.002, y acordamos:

PRIMERO.- Casar dicha Sentencia, y revocar la dictada en primera instancia por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 44 de Barcelona el 11 de enero de 2.002, recaída en los autos de juicio ordinario núm. 561 de 2.001;

SEGUNDO.- Estimar la demanda formulada por la representación procesal de "INVERAMA, S.A." frente a "MARINAS DE PORTUGAL, S.A.", declarando la nulidad de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la sociedad demandada celebrada el 18 de junio de 2.001, y de todos los acuerdos sociales adoptados; y,

TERCERO.- Condenar a Marinas de Portugal, S.A. a pagar las costas de primera instancia; sin hacer especial pronunciamiento respecto de las causadas en apelación y en el recurso de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvase a la Audiencia Provincial autos originales y rollo de apelación con certificación de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus **Corbal** Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus **Corbal** Fernandez, 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.