

Roj: **SAP S 61/2004 - ECLI: ES:APS:2004:61**Id Cendoj: **39075370012004100018**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Santander**Sección: **1**Fecha: **14/01/2004**Nº de Recurso: **447/2002**Nº de Resolución: **15/2004**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARCIAL HELGUERA MARTINEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SANTANDER

SENTENCIA: 00015/2004

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA ROLLO NUM.447/02

Sección Primera

**SENTENCIA NUM. 15/04**

Ilmo. Sr. Presidente

Don Javier de la Hoz de la Escalera

Ilmos. Srs. Magistrados

Don Marcial Helguera Martínez

Dña María Rivas Díaz de Antoñana

=====

En la Ciudad de Santander, a Catorce de Enero del año dos mil cuatro.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de juicio Ordinario, núm. 331 de 2002, Rollo de Sala núm. 447/02 procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santander, seguidos a instancia de D. Agustín contra Banco Santander Central Hispano, S.A.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante don Agustín, representado por el Procurador Sr. Llanos García y defendido por el Letrado Sr. Hernández Urraburu; y apelada Banco Santander Central Hispano S.A., representado por la Procuradora Sra. González Martín y defendido por el Letrado Sr. Remón Peñalver.

Es ponente de ésta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado don Marcial Helguera Martínez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 9 de Septiembre de 2002 Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que desestimando la demanda interpuesta por D. Agustín representado por el procurador D. José Antonio de Llanos frente a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO debo absolver a ésta de las pretensiones frente a ella ejercitadas imponiendo al actor el pago de las costas".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte apelante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; fueron emplazadas las partes y una vez personadas



ante esta Audiencia las indicadas se sustanció el recurso por sus trámites y se ha celebrado la Vista del recurso, quedando visto para sentencia.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales a excepción del plazo de resolución del recurso debido al número de asuntos pendientes que pesan sobre ésta Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: En el extenso escrito de recurso se van desgranando una pluralidad de motivos, procesales unos y sustantivos otros, a la vez que se intercalan peticiones puntuales de prueba a practicar en la segunda instancia. Ello ha obligado al Tribunal a agrupar técnicamente aquéllos; de suerte que todas aquellas alegaciones que incorporan pretensión de prueba fueron en su día depuradas y resueltas en el momento procesal oportuno a través de las resoluciones constantes en el rollo, a las que, obviamente, hemos de remitirnos íntegramente en este momento.

En cuanto a los motivos propiamente dichos, de igual manera hemos intentado agrupar por su homogeneidad las vastas consideraciones con la finalidad de ordenar sin menoscabo del deber de dar cumplida respuesta a la esencia de las alegaciones de la parte recurrente.

De conformidad con tales premisas atendemos primero a la cuestión relativa al procedimiento. Se impugna acuerdos sociales de una **Sociedad** Anónima. El procedimiento a seguir es el J. Ordinario ( art 249.1.3ºLEC), siguiendo el criterio de la materia. La cuantía, pues, no es trascendente en este momento, pues el procedimiento queda determinado por la materia, con independencia de la cuantía económica que ello pueda suponer, con lo que queda satisfecha la finalidad de determinar el procedimiento, sin que, a nuestro juicio sea legítimo pretender la fijación de la cuantía pensando en motivaciones subjetivas ajenas a las exigencias meramente procesales. En realidad debiera rechazarse ad limine, pues no se busca la determinación del tipo de procedimiento-perfectamente claro- sino intereses distintos impropios de esta fase procesal(importe de las costas). Por otra parte, estaría justificado a efectos de casación, como determina el art 255.1LEC; pero tampoco sería de aplicación al caso, en cuanto, según la ya notoria doctrina del TS, habiéndose seguido el J. Ordinario por razón de la materia, la sentencia de esta Sala será susceptible de casación por mandato del art 477.2.3º en relación con el art. 249.1.3º, ambos de la LEC.

Y, por último, la pretensión es insólita y singular, en cuanto ni es ni puede ser objeto de la acción instrumentada en la demanda el que se resuelva en la sentencia tan cuestión.

SEGUNDO: Todavía en el marco procesal se denuncia la indebida denegación de pruebas. Se pide principalmente nulidad de actuaciones, con reposición a la instancia, para que se admitan y practiquen las que indebidamente fueron rechazadas; subsidiariamente se subsane con admisión en esta segunda.(folios 1583ss).Se subvierte en tal planteamiento la lógica procesal y la literal redacción de la LEC en esta materia; es sabido que la letra y el espíritu de la LEC establecen que el Tribunal de apelación ha de procurar mantener la sentencia, subsanando en la alzada cuantos defectos sea posible - art. 465.3º LEC-, con la evidente finalidad de salvaguardar también el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, la que se procura con una sentencia dictada sobre el fondo en un tiempo razonable. La Sala, como se sabe, al resolver sobre el tema relativo a las pruebas, ya ha expuesto su criterio, en el sentido de que no cabe declarar la nulidad de la sentencia por el motivo relativo a pruebas indebidamente rechazadas o por no haberse practicado las previamente admitidas, criterio, por lo tanto, que reproducimos en este momento, sin más aditamentos.

En todo caso, el art 24CE declara un derecho general. Las normas procesales ordinarias- en el desarrollo de aquél- determinan el modo, la forma, el tiempo, los requisitos para hacer valer la defensa de los intereses legítimos, a las que partes y Tribunales vienen imperativamente sometidos, sin resquicio para el subjetivismo, el capricho o el caos. En el caso que nos ocupa no se dice por el recurrente, en su deber procesal, qué precepto de la LEC se ha vulnerado. Pero en todo caso la LEC reserva para el juez la facultad de valorar qué elementos de prueba son útiles para la defensa, porque aparezca relación entre la prueba pedida y el objeto de la litis, y cuáles no, al aparecer desconectados en aquella relación, siendo inútiles e impertinentes( art 283 LEC y 24CE, y STC 243/2000,16-10).

Por consiguiente rechazamos el motivo.

TERCERO: Aún sin enfrentar el fondo, el recurrente pretende la nulidad de actuaciones, ahora por rechazar la intervención adhesiva de dos socios -Srs. Carlos y Juan Miguel -. En principio el art 13 LEC ampara la pretensión procesal de dichos dos socios. Además, no es algo ajeno al actor. La intervención de aquéllos puede,



naturalmente, contribuir a una mejor defensa de los intereses del demandante y ahora recurrente. La invocación de que no es admisible en este concreto procedimiento, porque puede utilizarse en fraude y abusivamente, no es bastante, pues el legislador no ha establecido excepción.

Empero afloran dos motivos para rechazar el motivo. Uno, estrictamente normativo, en la medida que dicho precepto citado no abre la puerta a la intervención adhesiva con la sola concurrencia de las circunstancias antes expuestas; es menester que una ley específica autorice tal forma de acceso al procedimiento.

El otro es fáctico: aparece en las actuaciones un hecho que vacía de razón procesal al apelante: frente al auto de rechazo de personación de los referidos señores el hoy actor formuló protesta el 27.6.02, sin interponer reposición. El Juzgado le ilustró de que podía interponer reposición (provid. 28.6.02), pero no lo hizo. Por consiguiente en aplicación de los arts. 24 CE, 238 y ss LOPJ y 448 y 459 LEC no cabe invocar en apelación un vicio, defecto o error en una resolución, si, pudiendo haber intentado la subsanación ante el Juzgado- se pudo-, no se realizó. Se desestima este motivo.

CUARTO: El recurrente se refiere ya al fondo. Se alega, en primer lugar, que en el último párrafo del Primer Fundamento de Derecho se afirma que las partes están esencialmente de acuerdo en los hechos, pues los mismos se recogen en lo fundamental en el Acta notarial y en la grabación en Vídeo. El recurrente dice que esta premisa no responde a la realidad, pero que es la estratagema para denegar indebidamente pruebas.

Hemos de rechazar sin más este motivo; pues es bien conocido que únicamente pueden ser objeto de recurso pronunciamientos que deciden puntos controvertidos, pero ni es legalmente admisible ni sería posible resolver en tiempo razonable los recursos si fuese admisible recurrir palabras o frases. No comprendemos, pues, qué se pretende ahora con este motivo; pues siendo cierto que el recurrente invoca acontecimientos, comportamientos o incidentes que se distancian de lo mantenido por la **sociedad** recurrida, creemos que ello no es óbice para la afirmación contenida en la sentencia, ya que dichas discrepancias son relativamente accesorias, vistas las cosas desde la perspectiva del concreto litigio, que no debe ser otra que la relativa a la legalidad en la aprobación de los acuerdos obtenidos en la Junta combatida.

En todo caso se trata de una afirmación, que, de no ser exacta, vendrá siendo denunciada en el recurso en sus concretas manifestaciones.

QUINTO: En concreto el apelante alega que en el desarrollo de la Junta se vulneran por la Presidencia de la Junta los derechos a participar activamente, informarse, deliberar ( arts.9.i), 93 y 112 LSA, 126RM y 22.2 Estatutos); y ello, porque de forma abrupta, y a priori, se fijó un tiempo máximo de intervención por accionista. El efecto que se pide es la declaración de nulidad de todos los acuerdos adoptados.

Hemos de remitirnos en este punto en globo a los argumentos fácticos y jurídicos de la sentencia que expresamente damos por reproducidos, al ser compartidos íntegramente por la Sala . Singularmente el presidente se cercioró, como primera prevención, de los accionistas que pretendían intervenir. A su vista y en atención al orden del día estableció un tiempo de cinco minutos; tiempo éste que se aplicó con flexibilidad, en especial respecto al recurrente (hasta 10 minutos). Este se cñió a proponer el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores por el caso Argentina, se tomó nota por la Junta y ésta lo sometió a votación. Los accionistas quedaron bien informados sobre el extremo objeto de la propuesta; no pidieron mayor ilustración; y, al final, nadie tomó la palabra cuando el presidente invitó a los presentes a alguna intervención más. A nadie se le prohibió, a alguno le sobró tiempo. Al hoy recurrente incluso se le tuteló por la presidencia cuando ésta pidió a la asamblea que no se interrumpiera al Sr. Agustín ; y cuando, finalmente, se le retiró la palabra, -de la que no obstante siguió haciendo uso, como hemos contemplado en el vídeo- fue después de varias prórrogas, y tras cubrir unos 10, y cuando la asamblea se hallaba informada, máxime en asunto tan notorio, por ser de general conocimiento en ese momento histórico.

SEXTO: Denuncia la parte recurrente la infracción del art 112 LSA, por vulneración de su derecho a la información durante el desarrollo de la Junta. Desde luego se ha de rechazar sin más que el actor pueda alegar la lesión de un derecho de otros (Srs. Carlos y Juan Miguel ); se trata de un derecho individual, no alegable por un tercero.

En lo que afecta a su propio derecho, la prueba practicada no se compadece con el motivo de disconformidad; no es cierto que se le negara el derecho de información, ni la previa, escrita (antes de la Junta), ni durante la celebración de ésta, a la que se refiere el recurrente. Ya se ha dicho -por estar probado- que el actor previamente conocía el orden del día; durante el desarrollo de la Junta societaria se le concedió un tiempo prorrogado: tuvo, pues, oportunidad de formular cuantas preguntas y solicitar la pertinente información sobre aquellos puntos. Es más, al final de la misma se invitó a los presentes a intervenir si lo deseaban, no aprovechando la ocasión el recurrente. En definitiva el argumento del apelante con ser plenamente lógico, no viene sustentado en la realidad; apareciendo definitivamente como un sofisma: su premisa mayor es falsa, cuando afirma que no se



le permitió pedir información. Al contrario, en los términos relativos que reitera la sentencia, sí se le habilitó un tiempo razonable para tales efectos.

SEPTIMO: Se queja el recurrente de la aplicación indebida de los arts 215 y 216 LSA. (Cuarto Fundamento de Derecho).

a). Para el recurrente el art 215 LSA exige que exista proporcionalidad entre la antigüedad de la acción y la cuantía del dividendo que corresponde a cada una. No es eso lo que establece ni lo que quiere la LSA. Esta en ese precepto exige que el dividendo se reparta entre todas las acciones suscritas y desembolsadas, sin otros requisitos. Así además se acordó por la Comisión Ejecutiva en el acuerdo de ampliación de capital de 18.12.2001-por cierto no impugnado en los términos del art 143 LSA-. Ni dicho acuerdo ni referido precepto privilegia a los nuevos accionistas ni diluye la participación de los viejos, siquiera sea en el caso de ampliación de capital, porque tales efectos en cierto modo se abortan anticipadamente por la exigencia de la prima al tiempo de la emisión, que se ha de abonar íntegramente al momento de la suscripción ( art 47.3 LSA). Esta, la prima, como es conocido, precisamente busca, amén de fortalecer el patrimonio social, equilibrar derechos entre antiguos y nuevos accionistas en la ampliación de capital, de manera que se enerve la posible injusticia que supondría que los nuevos vengán a participar en reservas que no han contribuido a engrosar. De suerte que desde una perspectiva técnico-jurídica el importe de la prima debiera ser proporcional al importe de la reserva que corresponde a las nuevas acciones, aunque también es verdad que su fijación viene modulada además por otras consideraciones económicas.

b). El art. 216,a) TRLSA no se ha infringido tampoco. Este no obliga a mostrar físicamente un documento con el estado contable a los accionistas antes o durante la Junta. Y ello:

1. Porque en rigor esa decisión puede no tomarse en Junta sino por acuerdo de los administradores, razón bastante por sí sola para desmontar la pretensión del recurrente; pues el legislador no ha querido que los accionistas tengan necesariamente a su vista dicho estado contable en la medida que prevé la facultad de aprobarlo por los administradores.

2. Porque lo que se pretende es que aquella decisión de anticipo de dividendo a cuenta goce de unas garantías parejas a las que concurren en el acuerdo de reparto de dividendo; de manera que ese estado contable sea un refrendo de la racionalidad de la decisión de los Administradores para acordar el reparto o para proponer a la Junta tal acuerdo, de suerte que pueda posteriormente contrastarse aquel respaldo económico por los socios al tiempo de la Junta aprobatoria de las cuentas anuales, y para ello, y por ello, el propio precepto establece la obligación de incorporar tal estado a la Memoria.

c). En cuanto a la infracción del art 216,b), dos razones se alcanzan frente a tal alegación:

1. procesal: es una cuestión nueva en cuanto no se invocó de forma expresa y específica en la demanda, no llegando a ser objeto de debate ni de decisión en la sentencia.

2. En todo caso, y siguiendo el esmerado razonamiento de la parte apelada, desde un punto de vista histórico, lógico y finalista la interpretación del recurrente se manifiesta equivocada. El acuerdo de anticipo de dividendo naturalmente viene referido a los resultados del año 2001, en cuya fecha de la Junta-9.2.2002- aún no se habían aprobado. No vemos, pues, la razón para que se tome como dato para anticipar o no anticipar dividendos resultados de ejercicio distinto, y por un tiempo tan corto y engañoso, como es un mes-el mes de enero de 2002-. Cuando aquel precepto habla "desde el fin del último ejercicio" se está refiriendo al último ejercicio cerrado y aprobado como expresa el art. 15.2 de la Segunda Directiva 77/91/CE, de 13 de diciembre de 1976 del Consejo, de cuya Directiva es reflejo el precepto español que examinamos. En definitiva, se ha de tener en cuenta, a estos efectos, desde el final del último ejercicio aprobado-el del año 2000-, de manera que, en definitiva, lo que importa son, como es lógico, los resultados del año 2001, cuyos posibles beneficios se pretenden anticipar en cuanto aún no están aprobados.

OCTAVO: Alega la parte apelante la aplicación indebida del art 115 LEC. Estima ésta que la reelección de la Auditora Arthur Andersen y Cía. S.Com. es un acuerdo que lesiona los intereses de la **sociedad**, y beneficia , no dice si a uno o a varios socios, o a un tercero. Sin embargo, no prueba ni uno ni otro hecho, sobre los que se sustenta la petición del efecto de anulabilidad del acuerdo, aunque en el suplico de la demanda se pide contradictoriamente la nulidad.

Los hechos que invoca no son eficaces para la conclusión que pretende. Así lo entendieron los accionistas reunidos en Junta General: sabían, por ser notorio como el propio apelante recuerda, de los acontecimientos producidos en USA, y sin embargo votaron, con un 99,90%, a favor de la reelección. Los accionistas desconectaron, pues, aquellos sucesos foráneos de la experiencia en España de esa Auditora, inscrita con autonomía en el ROAC; aquéllos, con tales conocimientos, sopesaron naturalmente todas las circunstancias para formar su voluntad, y votaron sin vicio en el consentimiento, que pudiera derivarse de una pretendida



ocultación e ignorancia de los sucesos que afectaron a la Auditora en USA. Tal es así que el actor no ha sido capaz de probar, como sí es su deber procesal, la lesión para la **sociedad** de ese acuerdo, como el beneficio reportado para uno o varios socios, o incluso para terceros; más allá, en este último caso, de la contraprestación que legal y contractualmente se deba a la Auditora por los servicios prestados; contraprestación que en principio ha sido estimada como la mejor a los intereses de la **sociedad**, de entre quienes optaron por realizar tales servicios.

NOVENO: Aplicación indebida del art 159.1.b) TRLSA. En este punto hemos de remitirnos al Sexto Fundamento de Derecho de la sentencia recurrida. Hay que estar a la redacción del meritado precepto tras la Disposición Adicional 15ª de la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, y la Disposición Adicional 34ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, pese a que al tiempo de nuestra sentencia, dicho precepto, ha sido, a su vez, objeto de nueva redacción por el número cuatro de la disposición adicional novena de la Ley 44/ 2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, vigente desde el 24 de noviembre de 2002.

Por no reiterar, el caso que nos ocupa se regula en el art 159.1.c), último inciso TRLSA, como ley especial, del que se deriva:

a) Que no es menester que la Junta acuerde en ese momento el tipo de emisión; basta con que señale el procedimiento para su ulterior determinación.

b) Que el precio de emisión de la nueva acción ha de ser superior al valor neto patrimonial-valor contable (no tienen relevancia elementos inmateriales como la clientela, expectativas y, en general el fondo de comercio, arts. 39 CCOM y 194.2 TRLSA)- de la acción, al tratarse de **sociedad** cotizada. Resulta, pues, erróneo traer la norma general, en la que efectivamente se toma como referencia el valor real de las acciones - (PATRIMONIO/ NÚMERO DE ACCIONES)-, al caso que nos ocupa, especialmente normado, como queda dicho, en que se fija como referencia el referido valor neto patrimonial. Y, como corolario, la pretensión del apelante de que el informe del auditor debiera haber traído el valor real y no el neto, aparece como argumento superado por la propia Ley. En este caso el aparente conflicto entre la letra b) y la c) del art.159 TRLSA, se decide a favor de ésta, en cuanto norma material específica. Finalmente no puede parigularse nuestro caso, en que es la Junta General que tomó el acuerdo de ampliación, a aquél que se nos trae como término de comparación, sometido al estatuto del art 159.2 TRLSA, en que se delega en los administradores, y resulta comprensible el plus de garantía o la restricción de libertad que se impone a un órgano no soberano, y que se materializa en la exigencia del valor real, referencia para fijar el valor de emisión de la acción. Tesis ésta también sostenida por la Sección Cuarta de esta Audiencia al resolver la misma cuestión planteada por la misma persona recurrente, Sr. Agustín .

DECIMO: Parece que, pese al encabezamiento del motivo, lo que definitivamente se alega es que esta Sala, como antes solicitó sin éxito al Juzgado, suspenda el procedimiento por planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art 159.1.c) TRLSA, porque en opinión del recurrente la exigencia de que el precio de emisión sea por referencia al valor neto patrimonial y no -como debiera ser- al valor real, conlleva "un perjuicio para mi poderdante en cuanto accionista que se ve privado de su derecho de suscripción preferente en razón a que las acciones que se emiten lo son por el VNP y no por el valor real".

Sin embargo tampoco esta Sala estima que el referido precepto sea contrario al art 33.3 CE. Ello supondría entender que la norma combatida habilita inequívocamente y de modo inexorable para una expropiación de derechos del accionista. Nos dice la experiencia que del Legislador Ordinario emanan a veces normas que contrarían LA NORMA aprobada por el Legislador Soberano. También es verdad que la aplicación o interpretación errónea, fraudulenta o abusiva de cualquier artículo de ésta como de cualquier ley puede llevar a resultados contrarios a la Constitución; pero será el acto, negocio, resolución o sentencia que concretamente aplican la norma que contravienen el marco constitucional, pero no necesariamente la Ley. Tal es el caso que nos ocupa, en que es verdad que puede aprovecharse el texto legal controvertido con fines expropiatorios, o, al menos, para diluir el poder de los accionistas antiguos; pero la contrariedad con la Constitución no se residenciará en la norma sino en el acuerdo en que se adopta. Por otra parte esta cuestión no puede tener un enfoque aislado, desconociendo que el precepto toma su pleno sentido jurídico en el total del articulado del TRLSA. De manera que una aplicación abusiva de dicho precepto normalmente encontrará respuesta en otro precepto de la misma Ley para impugnar el acuerdo. En definitiva, ni autónoma ni globalmente considerado ese precepto tiene visos de inconstitucionalidad para esta Sala, y, por ello, no va a promover cuestión de esa naturaleza.

UNDECIMO: Se pide por el recurrente la nulidad del acuerdo de emisión de obligaciones convertibles con fundamento en el art 115 TRLSA, al aplicar indebidamente el art 293 y el art 48.2. b) TRLSA. El primer argumento es el siguiente: para el caso de emisión de obligaciones convertibles el art. 293 TRLSA remite al art 158,



pero no remite al art. 159 del mismo texto legal. Es decir, para este caso el legislador remite al precepto en que se proclama y recoge el derecho tanto de accionistas como de titulares de obligaciones convertibles de suscripción preferente caso de aumento de capital. Pero como no remite también al art 159, en que se regulan los supuestos y requisitos para que la Junta excluya aquel derecho, concluye el recurrente que el acuerdo recurrido es nulo por negar el derecho de suscripción preferente en la emisión de las mentadas obligaciones. Como es sabido la idea que subyace en ese derecho es que los viejos accionistas e incluso los titulares de obligaciones convertibles no pierdan su concentración en la participación y poder en el seno de la **sociedad**; no se diluya con el paso del tiempo su fuerza proporcional al compás del ingreso en su seno de nuevos titulares de acciones y de obligaciones convertibles. Y este efecto perjudicial para la posición de los antiguos se produce o puede producirse tanto en el caso de emisión de acciones como en el de obligaciones convertibles. Es más, como apunta la parte recurrida, ese peligro de desequilibrio es actual- en términos aristotélico-tomistas - en el caso de emisión de acciones, y eventual solamente, en el supuesto de emisión de obligaciones convertibles. Por ello el derecho de suscripción preferente se ha de mantener con mayor vigor en el primer caso que en el segundo; cuando, según la tesis del recurrente -de inaplicación de las excepciones del art 159- se protegería más a los antiguos frente a la emisión de obligaciones convertibles al no excluir el derecho de suscripción preferente que frente a la emisión de acciones que suponen un perjuicio actual y real. Desde este punto de vista entendemos que el art 158 como el art 159 son en cierta manera inseparables en cuanto los dos preceptos- los dos- regulan el contenido del derecho de suscripción preferente, de manera que el primero lo define desde la perspectiva positiva(derecho) y el segundo desde la visión negativa, esto es desde las excepciones; lo que, bien mirado, es la forma ordinaria de la que se sirve el legislador para regular cualquier institución jurídica, sin que sea menester abundar en lo evidente. Esta postura, basada en la interpretación racional, es también avalada por la mayoría de la doctrina mercantilista, por el Derecho Comparado, por el Ordenamiento de la Unión Europea ( art. 29 de la Segunda Directiva 77/91/CE, de 13 de diciembre de 1976; norma ésta que se trae no como Derecho de directa aplicación en España, sino como criterio interpretativo de nuestro Derecho Interno a que obliga nuestra Constitución), y, en lo que indirectamente(en cuanto relativa a los casos de aportaciones no dinerarias) sea de aplicación, la STJCE 217/1996, 19-11, en cuanto declara que "La Directiva 77/91/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estado miembros a las **sociedades**, definidas en el párrafo segundo del art. 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la **sociedad** anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital y, en particular, los apartados 1 y 4 del art 29, no se opone a que el Derecho interno de un Estado miembro conceda un derecho de suscripción preferente a los accionistas en caso de aumento de capital por aportaciones no dinerarias y someta la legalidad de un acuerdo por el que se suprime este derecho preferente a un control de contenido como el desarrollado por el Bundesgerichtshof".

DUODÉCIMO: Siguiendo con el motivo anterior- relativo a las obligaciones convertibles- subsidiariamente se alega por el recurrente que, de ser aplicable el art 159, no se habrían observado los requisitos que limitan y restringen las facultades para adoptar tal acuerdo.

a) En concreto se alude al informe de los administradores y de los auditores sobre el valor real de las acciones al tiempo de la conversión. Esta imposibilidad denunciada es cierta, porque evidentemente no se conoce al tiempo del acuerdo el valor en el tiempo futuro e incierto de la concreta conversión. Pero el requisito se refiere no al momento de la conversión sino de la emisión. Y tampoco la Junta, es verdad, cumplió con este requisito. Pero es que, como ya se dijo antes, la nueva redacción del art 159.1.c), -cuyo ámbito se proyecta tanto sobre la emisión de acciones como de obligaciones convertibles por **sociedad** cotizada- permite que la Junta traslade a los administradores esa facultades de determinación del tipo de emisión y de conversión de las obligaciones en acciones.

b) Se denuncia que no se han determinado las personas a las que las obligaciones habrán de atribuirse, y el recurrente tilda de injusta y arbitraria la interpretación que en la sentencia se produce del precepto que nos ocupa. Procede primero recuperar la Jurisprudencia, siquiera sea penal, que define la injusticia y la arbitrariedad de una resolución La determinación de la injusticia debe hacerse en clave objetiva, mereciendo tal calificación la resolución que no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles (TS 359/2002,26-2), que no es efecto del Ordenamiento sino del capricho del funcionario ( TS 1056/2002,3-6), pudiendo referirse tanto a la falta de competencia, a la inobservancia de normas procedimentales como a una contradicción grosera y patente con el Ordenamiento ( TS 537/2002,5-4), a la ausencia de fundamento (TS 76/2002,25-1), o a cualquier otro vicio que constituya contravención de las normas administrativas ( TS 2358/2001,8-1), incluida la desviación de poder (TS 2340/2001,10-12), no bastando cualquier ilegalidad sino que la contradicción con el Ordenamiento ha de ser "grosera", "esperpéntica" ( TS 1677/2001,25-9), clara y patente que revele en su autor una actitud de desprecio de la norma que atente directamente contra el principio de sumisión del obrar administrativo a la ley y el Derecho ( TC 47/1995,14-2). Por arbitraria debe



entenderse la resolución contraria a la Justicia, la razón y las leyes, dictada sólo por la voluntad o el capricho (TS 878/2002,17-5).

No nos consta Jurisprudencia que haya enfrentado específicamente el problema que se nos plantea. En su defecto hemos acudido a la doctrina de los autores, comprobando que la mejor doctrina, en la que incluimos a los especialistas de prestigio que han escrito sobre tal extremo, mantiene que dicha exigencia, interpretándola en su literalidad, desconocería la realidad mercantil y la finalidad del bloque normativo relativo a los instrumentos de captación de capital o de financiación. Y es que siendo posible que se produzca una emisión con previo conocimiento de los concretos individuos que la van a suscribir, parece que de ordinario se desconocerán a priori con sus nombres y apellidos las personas que acudirán a la suscripción. Por ello que hemos de inclinarnos por una interpretación flexible y abierta, estimando que se llena aquella exigencia cuando se utilizan expresiones comprensivas de colectivos, tales como, inversores, directivos, empleados y también, como sucede en nuestro caso, "mercados extranjeros". A juicio de la Sala, pues, la interpretación que hace la sentencia no merece los calificativos que se dispensan, cuando, como hemos aseverado, coincide con la opinión de los mejores mercantilistas españoles.

c) Ilegalidad de delegar en los administradores la facultad de fijar el lugar de emisión de esas obligaciones. No entendemos que se infrinja precepto por delegar en los administradores la fijación del lugar de emisión. Mientras que tampoco viene prohibida la eventual decisión de que una **sociedad** española pueda emitir valores en el extranjero, y no existiendo ley que lo prohíba no puede afirmarse su ilegalidad.

d) En cuanto a la facultad de determinación de la ley aplicable - española o extranjera-, delegada, en definitiva, en los administradores, tampoco advertimos signos de ilegalidad. El acceso a los mercados extranjeros es hoy una realidad; por consiguiente el hecho en sí de procurar financiación extranjera, como es el caso de la emisión de obligaciones, es indiferente desde la perspectiva que interesa el recurrente, que es la legalidad. Las apreciaciones que realiza pueden o no coincidir con la realidad; en el peor de los casos se trataría de utilización abusiva de la Ley, pero el acuerdo en sí mismo considerado no podemos calificarlo de ilegal.

Por otra parte la determinación de la ley aplicable no viene enteramente atribuida a los administradores. Las normas de Derecho Privado (título preliminar del C.Civil), de Derecho Mercantil y emanadas de los Tratados Internacionales, prefijan la norma aplicable en función de los actos, negocios, o contratos. Por último, no es ilegítimo el que la **sociedad** busque el interés social, bajo la cobertura del ordenamiento jurídico, diversificando los mercados, o, concretamente, acudiendo a los que mayores ventajas le reporten. El marco de nuestro razonamiento es el legal más allá del ético.

DECIMOTERCERO: a) Sobre la nulidad o anulabilidad del acuerdo implícito de rechazar la propuesta de separación de D. Gabriel por incompatibilidad. La prueba practicada hace compatible la versión del recurrente y la de la sentencia; en efecto, es verdad que el Sr. Juan Miguel se acercó a la Presidencia; pero también lo es que el escrito que portaba iba dirigido al Notario y no al presidente; por ello que hemos de calificar de lógica la decisión de éste de remitirlo a su destinatario (el notario) y abstenerse de admitir un documento que no tenía como destinataria la Presidencia de la Junta. Realmente, pues, no llegó a proponerse en forma la separación del Sr. Gabriel, y por consiguiente ni se deliberó, ni se votó. Por consiguiente esta queja se decide con la sola contemplación del devenir y desarrollo de la Junta. No obstante añadimos, que es verdad que el Banco de España no está por encima de la Ley, y, por consiguiente, no nos vincula la comunicación de aquella institución relativa a la denunciada incompatibilidad de D. Gabriel, del que se afirma es administrador a la vez en dos Bancos competidores, el SCH y el Bankinter. El art.132 TRLSA afirma que los administradores que lo fueren de otra **sociedad** competidora cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general. Pero Por otra parte la Ley 31/1968, de 27 de julio, por la que se establece el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y Altos Cargos Ejecutivos de la Banca Privada, normativa específica para las instituciones bancarias, en su art.1, estructurado en tres apartados, viene a establecer la prohibición de que el presidente, vicepresidente, consejero o administrador, director general o asimilado a éste de un Banco privado que opere en España pueda ocupar cargo análogo en otro Banco. Pero el art. 3 permite, dentro del límite de los cuatro consejos, computar los cargos en la Banca Mixta y análogos en la Banca industrial, y también los cargos en Banco principal y banco vinculado, previa calificación a estos efectos por el Banco de España.

A nuestro juicio, por una parte esta ley especial deroga a la general representada por el TRLSA en cuanto este punto concreto de debate, y aporta cobertura legal a la compatibilidad del Sr. Gabriel; y, por otra, y además, nos permite observar, frente a lo que se dice en el recurso, cómo el legislador atribuye alguna capacidad de decisión, siquiera por la vía de la calificación, al Banco de España, de manera que, en definitiva, no cabe volver la espalda al escrito de esta institución (doc.12 de la Contestación), en cuanto que en el ejercicio de sus atribuciones, y de su especialidad, ha entendido que en virtud de las circunstancias que constaban al Banco de España, el Sr. Gabriel no se hallaba incurso en causa de incompatibilidad.



b) El punto relativo al deber de los administradores de asistir a la Junta, se ha de resolver partiendo del art 104.2 TRLSA, que establece esa obligación, dentro del contexto relativo a la legitimación para asistir a la Junta. Su deber viene conectado al derecho del accionista asistente a ser informado, y por vulneración de éste puede tener significado su ausencia, pero por sí solo, su posible ausencia no comporta la nulidad de los acuerdos adoptados, ni afecta a la válida constitución de la Junta.

DECIMOCUARTO: (9º Fundamento de Derecho de la sentencia) Se refiere, en primer lugar, a la acción social de responsabilidad ( art 134 TRLSA).

Ya se argumenta acertadamente en la sentencia. Insistir tan solo en que el hoy actor expuso la propuesta en su intervención-que fue la primera-La presidencia no prohibió al resto de los accionistas que opinaran y debatieran la propuesta. Pero la presidencia tomó nota- no ignoró la propuesta- hasta el punto que en el momento oportuno sometió a votación la misma, con un resultado contrario al pretendido por el hoy recurrente.

Desde luego no es contrario a la LSA ni a los Estatutos el modo de llevar a cabo la votación, como instrumento de conocimiento de la voluntad social; el método nos parece práctico, ágil, inteligente, y sin merma alguna de garantía para la expresión del sentir societario.

Se denuncia que es irregular el hecho de que los administradores-sujetos pasivos, u objeto de la votación sobre responsabilidad- participaran activamente emitiendo el voto inherente a sus acciones, e incluso haciendo uso-abusivo- del voto correspondiente a las acciones que representaban. Con independencia de opiniones, incluso éticas, e incluso con independencia sobre la justeza de la norma, lo cierto es que nuestro debate necesariamente se produce tomando siempre como referencia La Ley, que, por su abstracción, generalidad, y modo de producción, es el criterio que guía nuestra decisión. Pues bien no se cita por el recurrente -tampoco encontramos- precepto alguno que sustente la pretensión del actor. Es más, su opinión no encaja dentro del sistema: fácil sería alterar el mecanismo democrático que gobierna la **sociedad** anónima, si mediante el ejercicio de tal acción se consigue que no voten accionistas algunas veces mayoritarios: las minorías, siquiera para este punto concreto, despojarían a las mayorías de su poder de expresión de la voluntad social: auténtica subversión. Por consiguiente entendemos que es contrario a la Ley la pretensión del recurrente. Más discutible se presenta el supuesto de utilización del voto delegado para evitar un resultado negativo afectante al propio mandatario. Sin embargo, de acuerdo con la práctica y con el mandato escrito entregado a los administradores, hemos de partir de la premisa de que el mandato representativo no se eclipsa ni siquiera cuando, como sucede, se haya de opinar y votar sobre asuntos no incorporados al orden del día, y por lo tanto no previstos. En nuestra opinión los representados otorgan también al representante su confianza para, como es lógico, opinar y votar en la misma dirección que éste.

Por otra parte se dice que éste sería un supuesto de conflicto entre los intereses de la **sociedad** y de los administradores, lo que abonaría la tesis de la abstención. Sin embargo es una premisa que hay que demostrar caso por caso: no hay que presumir que siempre las minorías generosas buscan el interés social más allá de su propio interés, como que los administradores siempre busquen un interés propio por encima del societario.

No se puede, pues, apriorísticamente partir de la premisa de que en el supuesto que nos ocupa se produce un conflicto de intereses; pues no cabe descartar que el interés de los administradores censurados y el interés común vayan de la mano; con lo que a su vez, la tesis del recurrente pierde su sustento lógico y jurídico.

Es de ver, de todo lo expuesto, que desestimamos el recurso y confirmamos la sentencia.

DECIMOQUINTO: Por cuanto antecede, el recurso debe ser íntegramente desestimado, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente ( art.397 LEC.).

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. Agustín contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 5 de Santander , la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.