



Roj: **SAP SE 1074/2018 - ECLI: ES:APSE:2018:1074**

Id Cendoj: **41091370052018100184**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **18/05/2018**

Nº de Recurso: **3907/2017**

Nº de Resolución: **295/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE HERRERA TAGUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

REFERENCIA

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE SEVILLA

ROLLO DE APELACION Nº 3907/17 -I

AUTOS Nº 1546/13

SENTENCIA

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JUAN MÁRQUEZ ROMERO

DON JOSÉ HERRERA TAGUA

DON FERNANDO SANZ TALAYERO

En Sevilla, a 18 de Mayo de 2018.

VISTOS por la Sección Quinta de esta ltma Audiencia Provincial los autos de J. Ordinario nº 1516/13, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, promovidos por Don Sabino , representado por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, contra la entidad Andaluza de Sales Marinas, S.L., representada por el Procurador Don Rafael Illanes Sainz de Rozas; autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la *Sentencia* en los mismos dictada con fecha 31 de Enero de 2017 .

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuya parte dispositiva literalmente dice: " *Que DESESTIMO la demanda formulada por D. Sabino y absuelvo a la entidad ANDALUZA DE SALES MARINAS S.L. de todos los pedimentos deducidos en su contra. Con imposición de las costas.*"

PRIMERO.- Notificada a las partes dicha resolución y apelada por el citado litigante, y admitido que le fue dicho recurso en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su personación ante esta Superioridad, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

SEGUNDO.- Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar el día señalado, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

TERCERO.- En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

VISTOS , siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado Don JOSÉ HERRERA TAGUA



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de Don Sabino , se presentó demanda contra la entidad Andaluza de Sales Marinas, S.L., impugnado los acuerdos sociales adoptados en la Junta de socios celebrada el día 28 de noviembre de 2.013, al haberse quebrantado su derecho de información, y por existir abuso de derecho y mala fe. La demandada, en el trámite correspondiente, se opuso, al considerar que se había informado correctamente al actor. Tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que desestimó la demanda, contra la que interpuso recurso de apelación el actor que reiteró sus pretensiones.

SEGUNDO.- En orden a garantizar los derechos de los socios, sustancialmente los de la minoría, además de los requisitos formales y temporales que han de concurrir en la convocatoria de las juntas, se torna esencial el derecho de información de los socios que, en el caso concreto analizado en la presente litis, su conculcación, es el fundamento de la pretensión del actor.

Este derecho, como ya han tenido ocasión de declarar esta Sala en innumerables ocasiones, está regulado en el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital , y se caracteriza por la facultad de todo accionista para acceder a los datos contables referidos a las cuentas anuales, en los términos que establece el artículo 272 de la citada Ley , y a obtener todas las aclaraciones verbales, durante la celebración de la junta, sobre la marcha de la sociedad y los asuntos que se traten. El derecho de información supone, como señala la Sentencia de 26 de septiembre de 2.001 : "un derecho de información para el accionista concreto que deviene el derecho a ser informado que, con carácter general, establece el artículo 112 de dicha Ley societaria.

Pues bien, el derecho de información es un derecho consustancial e irrevocable del accionista, que se traduce para los administradores en la obligación inexcusable de informar y rendir cuentas, y que solo puede tener como límite el perjuicio grave para la sociedad.

También hay que decir que el derecho a la información está concebido para evitar atropellos, pero no para obstaculizar la marcha social". En definitiva, como señala la Sentencia de 5 de octubre de 2.005 : "la trascendencia del derecho de información de los accionistas, subrayando la importancia que ha concedido a tal derecho, como instrumental del derecho de voto, la jurisprudencia (vgr., entre otras, SSTS 29 de julio de 2004, n. 869 ; 12 de noviembre de 2003, n. 1058 ; 22 de mayo de 2002 , n. 483). Ciertamente es que tal derecho no es ilimitado, sino que ha de ceñirse a los extremos concretos sometidos a la Junta (SSTS de 22 de mayo de 2002, núm. 483 ; de 3 de diciembre de 2003 , núm. 1141; entre otras), ni puede ser llevado al paroxismo, esto es a una situación en que se impida o se obstaculice gravemente el funcionamiento correcto y normal de la sociedad, como han dicho las Sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 2003, núm. 439 ; de 31 de julio de 2002 , núm. 804, y muchas otras, sino que ha de ser ejercitado de buena fe, como todos los derechos subjetivos (vgr., STS 10 de noviembre de 2004 , núm. 1093, y las que allí se citan) por lo que se han de rechazar los modos de ejercicio que resulten abusivos".

En este mismo sentido, la Sentencia de 3 de julio de 2.013 declara que: "Las sentencias 766/2010, de 1 de diciembre , 204/2011, de 21 de marzo , 858/2011, de 30 de noviembre , y 986/2011, de 16 de enero de 2012 , entre otras muchas, precisaron que el derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del socio, constituye un derecho autónomo que puede cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto y atribuye a su titular la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en las respectivas normas, a fin de que le sean facilitados determinados datos relativos al objeto de la misma. Como afirma la sentencia 194/2007, de 22 de febrero , "trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del accionista, que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto, por ello la doctrina de esta Sala ha venido reiterando que tal derecho de información, que es inderogable e irrenunciable, se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar los datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día". En esta misma línea, la Sentencia de 23 de julio de 2.010 declara que: "la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo representada por las sentencias de 29 de julio de 2004 , que desestima la alegada vulneración del derecho de información considerando legítima la negativa a entregar al socio demandante la documentación original consistente en libros de contabilidad, facturas y pagos a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social, 12 de noviembre de 2003, que también niega la vulneración del mismo derecho cuando no se le prohíbe al socio el examen de la contabilidad sino el examen en compañía de un letrado, y 16 de diciembre de 2002, que igualmente rechaza la alegada vulneración cuando la información requerida exija un análisis más particularizado, caso en el que las contestaciones verbales no tienen por qué ser exhaustivas, "tanto más cuanto que el accionista ha tenido la posibilidad legal de pedir las informaciones por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta", pues de otra manera "el ejercicio del derecho de información se puede convertir en un entorpecimiento innecesario y perjudicial para la vida de las sociedades".



7) Como en el caso examinado consta que el socio luego demandante no acudió al domicilio social a examinar la documentación que estaba a su disposición ni solicitó ningún informe ni formuló cuestión alguna por escrito antes de la Junta, sino que durante su celebración solicitó esa misma documentación y requirió la contestación a innumerables preguntas contenidas en un escrito de seis folios, su ejercicio del derecho de información debe considerarse abusivo y orientado únicamente a impedir el desarrollo armónico de la celebración de la Junta". Más adelante declara que: "no puede entenderse ajustada al contenido del derecho de información del socio la conducta del demandante que, haciendo caso omiso de las facilidades que le brindaba el órgano de administración, dejó pasar la oportunidad de consultar, antes de la celebración de la Junta General, la documentación que pudiera interesarle y sin embargo, al iniciar la celebración de la Junta, presentó una larguísima serie de preguntas que desde luego le fueron contestadas y muchas de las cuales hubiera podido aclarar por sí mismo consultando los documentos en el domicilio social.

Faltó por tanto, en el socio demandante, una mínima colaboración por su parte que demostrara verdadero interés en la información, ya que si se pretende un examen total y exhaustivo de la actividad social durante el ejercicio correspondiente a las cuentas objeto de examen por la Junta, y además en comparación con el ejercicio anterior, no es exigible al órgano de administración que antes de celebrarse la Junta General remita al socio absolutamente toda la documentación correspondiente a la actividad social, original o por fotocopia, ni que durante la celebración de la Junta aclare al detalle lo que esté necesitado de una previa consulta de toda esa misma documentación. En suma, el derecho de información del socio, en casos como el presente, tiene un correlativo deber de mínima colaboración por su parte que el demandante no cumplió al prescindir, por su sola voluntad, de consultar en el domicilio social todos los documentos originales que podían interesarle para preparar la larguísima serie de preguntas que presentó durante la celebración de la Junta General.

En consecuencia se ratifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en las siguientes sentencias citadas en el recurso:

Sentencia de 16 de diciembre de 2002 (rec. 1742/97), sobre el art. 112 LSA en su redacción anterior a la Ley 26/2003 pero aplicable también a la interpretación de los arts. 86 y 51 LSRL , según la cual para decidir sobre la infracción del derecho de información del socio "ha de atenderse a la mayor o menor complejidad de las cuestiones suscitadas al ejercitar el derecho. Habrá veces en que una elemental información baste objetivamente, y otras que exijan análisis más particularizados. Para estos últimos casos, las contestaciones verbales no tienen por qué ser exhaustivas, tanto más cuanto que el accionista ha tenido la posibilidad legal de pedir las informaciones por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta. De otra manera, el ejercicio del derecho de información se puede convertir en un entorpecimiento innecesario y perjudicial para la vida de las sociedades".

Sentencia de 12 de noviembre de 2003 (rec. 4219/97), sobre el art. 26 LSRL de 1953 tras su reforma de 1989, pero igualmente trasladable a la interpretación de los arts. 86 y 51 LSRL de 1995 , según la cual no se vulnera el derecho de información del socio cuando a éste no se le prohíbe el examen de la contabilidad de la sociedad y si no lo realiza es por su propia voluntad, debiendo valorarse, para apreciar o no tal vulneración, la postura omisiva del socio.

Sentencia de 29 de julio de 2004 (rec. 1369/98), también sobre el art. 26 LSRL de 1953 tras su reforma de 1989, según la cual no se vulnera el derecho de información cuando no se niega al socio el acceso a la documentación contable de la sociedad sino únicamente la entrega de la documentación original consistente en libros de contabilidad, facturas y pagos a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social.

Esta doctrina jurisprudencial se mantiene en sentencias posteriores al escrito de interposición del recurso como las siguientes:

Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (rec. 4361/99), sobre el derecho de información de los accionistas de sociedades anónimas pero trasladable a las de responsabilidad limitada, según la cual es relevante, para apreciar un posible ejercicio abusivo del derecho a impugnar los acuerdos sociales, que el socio impugnante hubiera tenido a su disposición, antes de la Junta General, la documentación que luego consideró esencial.

Y Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (rec. 1248/00), sobre el art. 86 LSRL de 1995 , según la cual no cabe apreciar vulneración del derecho de información cuando el socio, después de personarse en el domicilio social para examinar los documentos que sirven de soporte y antecedentes de las cuentas anuales y no poder hacerlo por no hallarse presente en ese momento ningún miembro del Consejo de Administración, mantiene un actitud pasiva tras el ofrecimiento de la documentación por el Consejo mediante llamada telefónica e incluso remisión por conducto notarial".

Es indudable, como ha reiterado la jurisprudencia, que no se puede asumir un a concepción restrictiva de del esencial derecho de información. En este sentido, la Sentencia de 12 de noviembre de 2.014 declara que: "Esta



Sala ha rechazado la concepción restrictiva del derecho de información del socio de la sociedad anónima, pervivencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, cuya exposición de motivos (apartado V, último párrafo) no dejaba lugar a dudas sobre el ámbito restringido de tal derecho. En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 652/2011 de 5 octubre, declaró: « El ámbito restringido del derecho de información que propone el primer motivo del recurso de casación no solo carece del apoyo normativo y jurisprudencial que se pretende, como ya declaró esta Sala en sus anteriores sentencias sobre motivos idénticos de la misma parte ahora recurrente, sino que además contradice las tendencias normativas de la Unión Europea en pro de la ampliación de ese ámbito, como demuestra la reciente Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas ».

El TRLSC, como antes el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas EDL 1989/15265 de 1989, otorga al derecho de información el carácter de derecho inherente a la condición de accionista (art. 93.d TRLSC). La ley lo reconoce como un derecho "mínimo" en el estatuto del accionista de una sociedad anónima. Es irrenunciable, sin perjuicio de que el accionista sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia.

Esta Sala ha afirmado también que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, y lo mismo puede decirse del TRLSC, lo configura como un derecho autónomo sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto. Atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en la forma prevista en el artículo 197 TRLSC, solicitando a los administradores las informaciones o aclaraciones que estime precisas o formulando por escrito las preguntas que estime pertinentes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, con anterioridad a la celebración de la junta; o, durante el desarrollo de la junta, faculta al socio para solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. La ley atribuye a los administradores la obligación de facilitar dicha información salvo en los casos en que la publicidad de la información solicitada perjudique el interés social, si bien no procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

2.- Estas características determinan que la regulación legal del derecho de información del socio tenga carácter imperativo, en el sentido de que no puede ser restringido ni limitado por los estatutos de la sociedad ni por normas de régimen interno como el reglamento de la junta de socios.

Los estatutos pueden contener una regulación del derecho más favorable para el socio (por ejemplo, fijando un porcentaje menor al veinticinco por ciento de los accionistas, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social, para impedir que se deniegue la información por perjudicar el interés social, art. 197.4 TRLSC), respetando siempre los principios configuradores de las sociedades de capital en general, y del concreto tipo societario en particular. También pueden regular la forma de ejercicio del derecho para que el socio conozca los cauces a través de los que puede formular la solicitud de información.

3.- No es admisible que los estatutos sociales restrinjan el ámbito legalmente reconocido al derecho de información del socio. Tal restricción se produce cuando se prevén causas de denegación de la información que van más allá de las que resultan de la regulación legal del derecho, o cuando se otorga a los administradores o al presidente de la junta una excesiva discrecionalidad para denegar la información solicitada por el socio, mediante la inclusión en los estatutos de cláusulas generales muy amplias para definir los supuestos de rechazo de una solicitud de información".

Relacionado con ese derecho del socio, en definitiva con lo que representa esa condición, se torna indispensable el cumplimiento de los requisitos que establece la Ley en relación a la convocatoria de las juntas, en cuanto órgano de expresión de la voluntad colectiva, que va a conformar o constituir la voluntad societaria. Requisitos que ineludiblemente se han de cumplir y que son tanto de orden temporal como formal.

En relación al orden del día, se discute si basta una referencia genérica o es necesario una descripción detallada. Es innegable el derecho de todo socio a tener una información veraz de los asuntos a tratar, que se ha de articular por dos vías: primero, facilitar con carácter previo, si así se interesa por el socio, toda la documentación que posean los órganos de gobierno sobre el asunto concreto, y, segundo, que la descripción del asunto en el orden del día sea detallado y clarificador sobre la cuestión a analizar, es decir, que las indicaciones sean lo suficientemente concretas, expresivas y plenamente inteligibles. Con ello, se pretende que los socios, previamente a la junta, conozcan cuál va a ser el asunto o asuntos a tratar, a fin de reflexionar sobre los mismos y que no se les sorprenda en su buena fe. En este sentido, la Sentencia de 13 de febrero de 2.006, referidas a las sociedades de capital, declara que: "1ª) La Ley 2/1995 exige que la convocatoria cumpla una serie de formalidades con la función empírica de posibilitar información al socio y, al fin, servir de medio de defensa de su derecho a asistir a las juntas generales, votar de modo consciente y reflexivo en ellas,



solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, permitir al ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos que se adopten mediante la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos que son de difícil ejercicio en caso de convocatorias incompletas, ambiguas o indeterminadas.

2ª) En concreto, la convocatoria debe contener el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, como se ha dicho con el doble fin de que la emisión del voto vaya precedida de la necesaria reflexión y de que la buena fe de los socios que decidieron no asistir no se vea sorprendida por la inclusión de cuestiones no anunciadas (sentencias de 17 de mayo de 1995 y 12 de julio de 2005).

3ª) La antes referida exigencia, contenida con carácter general en el artículo 46.4 de la Ley 2/1995 , se refuerza para robustecer el derecho de información de los socios en el caso de que se proponga a la junta la modificación de estatutos, al mandar el artículo 71.1 que se exprese en la convocatoria, con la debida claridad, no incompatible con la sencillez y la brevedad, los extremos que hayan de modificarse.

4ª) Si la junta tiene por objeto la aprobación de las cuentas anuales, el artículo 86.1 de la Ley 2/1995 exige la mención en la convocatoria del derecho de los socios a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que van a ser sometidos a la aprobación, así como el informe de gestión y, en su caso, el de los auditores de cuentas. Se trata de una mención exigida también con fines funcionales, en la medida en que está destinada a informar al socio de un derecho que la norma le concede y a expresar la disposición de la sociedad a facilitar su ejercicio.

5ª) Las referidas formalidades las eleva la Ley, con la fuerza que deriva de las normas de ius cogens, a la condición de exigencias inexcusables como garantías básicas de la regular constitución de la junta en cada caso y, por repercusión, como presupuesto de validez de los acuerdos en ella adoptados (sentencia de 9 de diciembre de 1999).

La naturaleza imperativa de dichas normas y la correlación entre su incumplimiento, la inválida constitución de la junta y la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados han sido destacadas por la jurisprudencia para estas y otras sociedades capitalistas (sentencias de 31 de mayo de 1983 , 17 de diciembre de 1986 , 7 de abril de 1987 , 5 de noviembre de 1987 , 18 de diciembre de 1987 , 25 de marzo de 1988 , 26 de enero de 1993 , 15 de noviembre de 1994 y 14 de marzo de 2005).

En particular, la falta de precisión y claridad del orden del día relativo a modificaciones estatutarias determina la nulidad de los acuerdos e, incluso, de la propia constitución de la junta".

TERCERO.- Sobre la base de estas premisas, tendremos que determinar si efectivamente se ha conculcado ese derecho del actor. Cuestión distinta, de modo que tendrá un necesario análisis separado, será si se ha producido un supuesto de abuso de derecho o mala fe, en el que será ineludible determinar si se está conculcando el interés social o de un socio en particular.

El actor no pone en duda que el orden del día fuese preciso y clarificador sobre las cuestiones a tratar, de modo que no inducían a la confusión, ni era oscuro. Básicamente lo sustenta en el hecho de que le entregaron la documentación que requirió, con tardanza.

El actor, en el ejercicio de ese derecho de información, formuló requerimiento notarial con fecha 9 de octubre de 2.013, en la que interesó, como se refleja en la copia que se aporta con la demanda, folios 72 y siguientes, que se le entregase copia del libro de actas, del de socios e informe sobre si el administrador obtiene retribución, en qué concepto y su cuantía

Es incuestionable que este derecho del socio regulado en los artículos 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital , según se trata de sociedades limitadas o anónimas, es en relación a las juntas de socios, en orden a tener un perfecto conocimiento de los asuntos que se van a tratar, en fin, que se han debido incluir en el orden del día. Con ello queremos señalar que ese requerimiento que realiza el actor, aunque trata en gran medida, en la demanda, de referirlo a que se ha conculcado o perjudicado su derecho de información, no puede tenerse en cuenta a los efectos de la presente litis, porque esa información que requirió, no se refiere a puntos del orden del día de la junta que se celebraría con fecha 28 de octubre de 2.013, aparte que la realizó con anterioridad a recibir la convocatoria, por tanto, debemos entender con anterioridad a conocer las cuestiones que se iban a tratar.

Sí ha de tenerse en cuenta el segundo requerimiento que realiza a la demandada, el día 15 de octubre, folios 91 y siguientes de los autos, una vez que es convocado a la junta, que según afirma recibió la oportuna convocatoria el día 14 de octubre de 2.013. En ese requerimiento el actor admite, folio 92 vuelto de los autos, así ha de entenderse, que la documentación no tiene por qué entregársela en el acto al Notario, cuando éste realice el requerimiento, sino que es posible, y así lo admite, que se la remitan a su domicilio. El actor admite que la



documentación la recibió en su domicilio con fecha 25 de octubre, es decir, tres días antes de la celebración de la junta. A priori, ello no supone ninguna conculcación de sus derechos como socio, porque la legislación no precisa un plazo máximo de entrega de la documentación que se requiera para el pleno desarrollo del derecho de información. Deberá entenderse que sea el prudencial, aquel que se estime, sobre la base de parámetros de normalidad, que es adecuado para un pleno y cabal conocimiento por parte del socio de los asuntos que se van a tratar y de su contenido. En ningún momento, el actor determina qué perjuicio le ha provocado recibir esa documentación, en la fecha mencionada. No alega, ni siquiera insinúa que su complejidad le ha impedido examinarla adecuadamente. Por supuesto, tampoco acredita qué perjuicio le ha provocado esa recepción, que él califica de tardía, que pudiera ser, pero ello es intrascendente en sí misma, porque lo esencial, es que se le haya causado perjuicio, hasta el extremo de que no ha podido formarse una opinión sobre el fondo del mismo. Entendemos, y así se ha de concluir, que no ha existido ese quebrantamiento de su derecho, cuando no detalla datos concretos, ni usó su derecho, inherente a ese derecho de información, como es el de obtener las oportunas aclaraciones en el acto de la junta y, en su caso, formular las oportunas protestas. En todo momento, la persona que intervino en representación del actor se refirió al contenido de los puntos del orden del día. Se realizó el oportuno debate, en que claramente se observa la existencia de dos posturas enfrentadas entre los socios, por un lado el actor, y por el otro todos los demás, exclusivamente en cuanto al fondo de cada uno de los puntos, pero nada más. El debate, en todo momento, insistimos, es preciso sobre el contenido del mismo, el representante del actor aduce, siempre, motivos de fondo para mostrar su disconformidad con el punto concreto, pero en nada refiere que carezca de la información adecuada, que le impida realizar un análisis del fondo del mismo y llegar a tener una postura concreta y singular.

Por todo ello, se ha de concluir que no se ha conculcado su derecho de información.

CUARTO.- En orden a analizar el posible abuso de derecho y comportamiento de mala fe, entendemos que es necesario tener en cuenta la distinción de actos nulos y anulables, más bien qué supuestos se encuadran uno y otro. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en realizar una interpretación restrictiva de los supuestos de nulidad, de ahí que señalan que no son nulos todos los acuerdos contrarios a la ley, sino que se exige que se trate de la ineficacia o violación de normas de carácter imperativo, es decir, de las *Cogens*. En este sentido, la Sentencia de 23 de noviembre de 2.001 declara que: "Tal como mantiene la sentencia de instancia se trata de acuerdos que podrían ser anulables, pero en ningún caso nulos de pleno derecho, lo que es excepcional y consecuencia de una oposición clara y total de una norma imperativa". Sin embargo, se entiende que es nulo de pleno derecho y no anulable, cuando el acuerdo es contrario a lo dispuesto en alguna de las normas estatutarias, pero ésta es mera transcripción o reproducción de una disposición legal.

Con respecto al acto anulable que lesionen los intereses sociales, es necesario que los lesiones en beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero. La cuestión es determinar el contenido del interés social que nunca puede equipararse o confundirse con el interés particular de uno o varios socios. En nuestro sistema jurídico predomina la denominada teoría contractualista, que identifica el interés social con el interés común de los socios. En este sentido, la Sentencia de 19 de febrero de 1.991 señala que: "En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una "institución-corporación", en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social. Ahora bien, este daño o lesión no es necesario que efectivamente se haya producido, para deducir la pretensión impugnatoria, la doctrina de esta Sala tiene declarado "que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra, para poder ejercitar la acción" (Sentencias de 2 de julio de 1963 , 11 de mayo de 1968 y 11 de noviembre de 1980). El requisito del beneficio de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta, debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio (Sentencias de 23 de junio de 1962 , 22 de noviembre de 1970 , 4 de marzo de 1967 y 11 de mayo de 1968)".

En términos parecidos, más recientemente, la Sentencia de 17 de enero de 2012 declara que: "57. A diferencia de otros ordenamientos, como el portugués -que en el artículo 58.1.b) del Código das Sociedades Comerciais tutela de forma explícita los intereses de los minoritarios-, en nuestro sistema los intereses tenidos en cuenta de forma expresa por la norma, como uno de los límites al poder de decisión de la mayoría, son exclusivamente los de la sociedad



58. Por ello la sentencia 172/2003, de 20 de febrero, afirma que "(l)as sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1961 y 25 de enero de 1968, en relación al artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, declaran que se habla de lesión de los intereses de la sociedad y no de los intereses del accionista en particular y que el procedimiento regulado en este artículo y siguientes está establecido para ventilar en el mismo los intereses generales de la sociedad y no los intereses particulares contrarios a la misma", en la 186/2006, de 7 marzo, que "los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad" y en la sentencia 377/2007, de 29 de marzo, que "la acción impugnatoria prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la lesión de los intereses de la sociedad, y no los del accionista en particular".

59. Como hemos declarado en la sentencia 873/2011, de 10 de noviembre, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre los defensores de las teorías institucionalista y contractualista -a las que cabe añadir otras: monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.- y así, mientras el artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio -hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital - parece inclinarse por un concepto institucionalista -"(l)os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..."-, la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de innegable valor doctrinal, opta por una interpretación contractualista que pone énfasis " en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" porque responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

60. La jurisprudencia de esta Sala no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios"; la 825/1998 de 18 de septiembre, reproduciendo la de 19 febrero 1991, lo hace a que "no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social"; la 193/2000, de 4 de marzo, a que "para que un acuerdo sea impugnabile es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios); la 1086/2002, de 18 de noviembre, a que "ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios"; la 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que " éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"; y la 400/2007, de 12 de abril, a que "(e)l interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados (sentencias de 29 de noviembre de 2002 y 20 de febrero de 2003), sino el común a todos ellos (sentencias de 11 de noviembre de 1983, 19 de febrero de 1991, 30 de enero de 2001 y 29 de noviembre de 2002), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto", dando a entender que, dentro del respeto a la sociedad institución, se permite la heterointegración del pacto societario, de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil, que veta comportamientos contrarios a la buena fe.

61. Por ello, la sentencia 1086/2002, de 18 de noviembre, se refiere a la "proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios" y, la referida sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, a que " los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital - silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre -.

2.3. La existencia de lesión.

62. Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983, aquel "escapa por entero al control de la Jurisdicción". Pese a lo cual, como sostuvimos en la sentencia 569/2010, de 6 de octubre, la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados,



pero como precisa la 377/2007, de 29 de marzo "siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales".

63. Por otro lado, en contra de lo que apunta la recurrente, no es preciso que la lesión sea "actual", afirmó la sentencia 641/1997, de 10 de julio, que "no es necesario que el daño o la lesión efectivamente se produzca, y tenga constancia materializada, ya que es suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione (SS. 19 febrero 1991 que cita las de 11 mayo 1968 y 11 noviembre 1980). Ello quiere decir que no basta con que subjetivamente se sospeche que se va a causar el daño, pues es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes"; la 898/2000, de 9 de octubre, que "(r)esulta evidente, como ha declarado la Jurisprudencia, que la lesión para la sociedad a que se refiere el art. 115.1 LSA no tiene que ser actual, y puede consistir en un daño potencial"; y la 400/2007, de 12 de abril, con cita de otras muchas, que "como la lesión de ese interés común normalmente será consecuencia de la ejecución del acuerdo, la jurisprudencia admite la anulación de éste aunque la lesión sea potencial conforme a una previsión o prognosis razonable (...) Por otro lado, al menos en ese grado de probabilidad fundada, ha de probarse la realidad, efectiva o futura, de la lesión para que la impugnación pueda alcanzar éxito (...).

2.4. El beneficio de uno o varios accionistas o terceros.

64. Precisamente porque la asunción de riesgos empresariales no está sujeta a control de los Tribunales, la norma exige que se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría, de tal forma que se pueda identificar que el acuerdo lesivo para los intereses de la sociedad lo es en beneficio de alguno o varios socios -en este sentido la sentencia de 12 de julio de 1983, apunta a que es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de la impugnación- o de terceros, en el bien entendido de que, como sostiene la sentencia de 19 febrero de 1991, reiterada en la 1086/2002, de 18 de noviembre que "(e)l "requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional".

2.5. La carga de la prueba

65. En la sentencia de 5 de julio de 1986, reproducida en la 172/2003 de 20 de febrero, con cita de otras muchas, hemos declarado que "el resultado lesivo debe probarse en cuanto afecten a la Sociedad misma, no bastando su mera alegación". Carga de probar que la sentencia 825/1998, de 18-09-98, reiterada en las 193/2000, de 4 de marzo, y 1131/2002, de 29 de noviembre, amplía a la totalidad de los requisitos precisos para la viabilidad de la impugnación, sin que baste la mera alegación".

En ente mismo orden de consideraciones generales, debemos recordar que, todo caso, es esencial que la buena fe ha de regir en toda relación contractual, así lo declaran los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio. A estos efectos, es unánime la jurisprudencia al definir la buena fe. Así la Sentencia de 11 de mayo de 1.988 declara que: "La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos que el artículo 7.1 del Código Civil consagra, conlleva, como ya proclamaron las sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1981, 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, en definitiva, conforme a lo que por un autorizado sector de la doctrina científica se concreta, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija". De ahí que como señala la Sentencia de 1 de marzo de 2.001: "El ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil; y para procesal arts. 11.2 LOPJ y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000) equivale a sujetarse en su ejercicio a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo (Sentencias 4 marzo 1985, 5 julio 1989, 6 junio 1991). Implica la necesidad de tomar en cuenta los valores éticos de la honradez y la lealtad (Sentencias 21 septiembre de 1987, 8 marzo 1991, 11 mayo 1992, 29 febrero 2000), es decir los imperativos éticos que la conciencia social exige (Sentencia 11 mayo 1988)".

En cuanto al concepto de mala fe, en contraposición al de buena fe, se ha entendido como toda conducta de uno respecto de otro, con el que se halle en relación, que no se acomoda a los imperativos éticos que la conciencia social y jurídica exija en un momento histórico determinado. En definitiva, supone un ataque frontal a los valores éticos de la honradez y lealtad, SSTs 11-5-88, 29-2-00 y 1-3-01, entre otras.



La doctrina clásica consagrada por los artículos 434 y concordantes del Código Civil, dispone que la buena fe se presume, de ahí que quien lo alega, ha de probar la mala fe.

Por lo que se refiere al abuso de derecho, cuyo fundamento se encuentra en los límites intrínsecos y extrínsecos del derecho, supone que el ejercicio de un determinado y concreto derecho, tiene una clara finalidad de dañar a otro o es utilizado en contradicción con sus fines económicos y sociales, en definitiva la idea que subyace es que la facultad del titular para ejercitarlo no es ilimitada, si se incurre en algunas de las conductas descritas, provocará la nulidad del acto concreto y la necesaria indemnización de los daños y perjuicios que se hayan acreditados, sin olvidar que se trata de un remedio extraordinario, al que puede acudir el titular del derecho afectado cuando ningún otro medio directo para restablecer su derecho. Como señala la Sentencia de 30 de mayo de 1.998: "El abuso del derecho sólo procede, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con la intención bien decidida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal y contradictorio de la armónica convivencia social. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)". Por lo que se refiere a sus requisitos una reiterada y unánime doctrina jurisprudencial señala que es necesario: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva; con respecto a este último requisito la Sentencia de 5 de junio de 1.972 señala que: "Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio (sentencias de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964), es decir, a un "animus nocendi" o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (sentencias de 17 de febrero de 1959, 22 de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima "qui jure suo utitur nomen laedit" (sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1954 y 12 de febrero de 1966), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de "justa causa litigantis" (sentencias de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942)". En definitiva como señala la Sentencia de 21 de diciembre de 2.000: "con el abuso del derecho, mejor dicho con el principio que lo prohíbe, se trató de frustrar el éxito del ejercicio de derechos nominalmente reconocidos por el ordenamiento, lesionadores de intereses no cubiertos por una estricta legalidad, pero sí por normas éticas o principios sociales, como se viene a proclamar en el art. 7.2 del C.c., al disponer que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, detectando como acto abusivo todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero (13-10-83)".

QUINTO.- Sobre la base de estas consideraciones jurisprudenciales, extensas, pero que entendemos que han sido necesarias recogerlas a efecto de centrar la cuestión debatida, no consideramos que los acuerdos sean contrarios a la ley, ni se oponen a los estatutos ni lesionan el interés social en beneficio de uno o varios socios, al menos la parte actora no ha sido capaz de fundamentarlo y acreditarlo adecuadamente.

En cuanto al punto referido a la ampliación de capital, sobre el que no se hace referencia en esta alzada, lo cual, nos lleva a concluir que se ha consentido la decisión recurrida en ese extremo, quizás como consecuencia de que sobre dicha cuestión no se llegó a adoptar acuerdo de fondo alguno, hasta el extremo de que se retiró del orden del día. Al parecer, según se refleja en el acta, la finalidad de dicha ampliación no era espuria, sino que trataba de obtener capital para poder adquirir el inmueble donde se habían llevado las nuevas instalaciones, pero resulta que se retiró del orden del día en la misma junta, como consecuencia de haber surgido inconvenientes en la negociación de compra, de modo que, en ese momento, no era necesario ese capital.

En cuanto a qué se haya fijado como medio para solventar las controversias entre las partes, la de acudir al **arbitraje** no es un acto, que en sí, perjudique al actor, cuestión que parece que también consiente, aunque realice esa impugnación genérica que realiza de la junta.

Es incuestionable que en el proceso se pretende el reconocimiento de un interés controvertido, que se considera jurídica y socialmente prevalente, de ahí el derecho al proceso que se contempla en el artículo 24-1º de la Constitución. Ante los defectos que aquejan al sistema jurisdiccional, se ha considerado necesaria la búsqueda y establecimiento de medios alternativos o sustitutivos del proceso, y entre ellos se puede destacar la conciliación, la mediación y especialmente el **arbitraje**, que tienen plena virtualidad, pero no absoluta, para el acuerdo, eludiendo el proceso.



El acceso al **arbitraje** siempre será voluntario por cuanto afecta al derecho a la jurisdicción, pero una vez sometido, vinculará a las partes su resolución y desde luego a los Tribunales a los que se podrán acudir, una vez que ha adquirido firmeza el laudo, para su ejecución coactiva cuando no se cumple voluntariamente. Las partes expresamente pueden aceptar someterse a **arbitraje** por aplicación del principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, y en esos términos se expresa el artículo 9 de la vigente Ley de **Arbitraje** de 2.003, pero nunca pueden imponerlo con carácter imperativo una norma. Este carácter voluntario del **arbitraje** se reitera por el Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia de 11 de noviembre de 1.996 al declarar que: "Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al **arbitraje**, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988 , 233/1988 , 15/1989 , 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1,1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al **arbitraje** de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su "equivalente jurisdiccional" arbitral, SSTC 15/1989 , 62/1991 y 174/1995 legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir CE, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985 , 50/1990 y 149/1995 , entre otras)".

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el actor no acierta a alegar, ni por supuesto a acreditar que estemos ante un comportamiento de mala fe, ni por supuesto de abuso de derecho, porque se haya decidido someter las controversias al **arbitraje**.

En consecuencia, este motivo ha de decaer.

En cuanto al punto referido a las modificaciones sobre el derecho de transmisión, en el que se establece que no es libre la transmisión entre socios, cónyuges, ascendientes o descendientes del socio ni a sociedades perteneciente al mismo grupo que la transmitente, y el régimen para su valoración, es una modificación estatutaria, en fin, un sistema que no es contrario, en principio, a la legislación especial. El artículo 107-1º de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: "*Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley*". Como vemos, la norma permite establecer un sistema especial, de modo que la regulación legal es aplicable en defecto de norma estatutaria, de la voluntad colectiva de la persona jurídica, aunque, es indudable que el sistema que se establezca no lo puede ser en perjuicio de un socio concreto y determinado, con manifiesto abuso de derecho o de mala fe. El sistema no beneficia al actor, pero tampoco a los demás socios. Los intereses sociales no pueden quedar supeditado al socaire del interés particular de un socio, que no representa el deseo de la mayoría, cuando esas posibles limitaciones a sus familiares más directo no ha existido con anterioridad, de modo que ese interés que ahora se manifiesta de disponer a favor de esos familiares, ni se acredita y podía haber realizado esa transmisión con anterioridad a dicha modificación estatutaria, sin embargo, en ningún momento ha expresado que esa fuera su voluntad.

En definitiva, estamos ante una modificación admisible, que no es contraria a la legislación, ni se acredita que perjudique exclusivamente al actor. En consecuencia, este motivo ha de rechazarse.

Idéntica decisión se ha de adoptar respecto a la cuestión de la valoración de las participaciones. Qué el precio se decida por un auditor nombrado por el administrador, distinto del auditor de la sociedad, cuando exista divergencia sobre el precio demandado y el ofrecido, no entendemos que sea indicador de un comportamiento abusivo o de mala fe. Es cierto que el nombramiento de ese auditor queda supeditado a la decisión del administrador, pero ese acto no presupone que la valoración, que es lo trascendente, pueda realizarse arbitrariamente. Siempre le es posible al socio vendedor acudir al amparo judicial, si la valoración es claramente descabellada, absurda, desproporcionada y subjetiva. La valoración siempre tendrá en cuenta criterios objetivos, de acuerdo con los principios deontológicos que presiden la actividad del auditor, de modo que siempre estará sometida a la posible revisión judicial, como toda controversia entre particulares.

En consecuencia, este motivo ha de rechazarse.



SEXTO.- Mención singular y diferenciada merece las alteraciones que se introducen al socaire de realizar una refundición de los estatutos. Es indudable que una mera adaptación a la legislación vigente de los Estatutos, era un punto que se incluían en el orden del día, concretamente en quinto lugar, pero al socaire de esa refundición, de esa adaptación, no se pueden incluir alteraciones, porque no se han descrito, no se han detallado en el orden del día, consecuentemente el socio, en este caso el actor, no ha tenido posibilidad de formar su voluntad. Además, no se realiza el oportuno debate, en el que se analice la necesidad de esa alteración. En definitiva, no se han cumplido las prescripciones, en relación al orden del día, porque, como anteriormente hemos señalado: *"las referidas formalidades las eleva la Ley, con la fuerza que deriva de las normas de ius cogens, a la condición de exigencias inexcusables como garantías básicas de la regular constitución de la junta en cada caso y, por repercusión, como presupuesto de validez de los acuerdos en ella adoptados"* STS 9-12-99 .

En base a ello, es evidente que no se pueden introducir modificaciones en la convocatoria de la junta de socio, concretamente en el artículo 10, donde se fija que la convocatoria se realizará por la web de la demandada, porque no es una imposición legal, según expresa el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital . Es indudable que es el régimen legal, pero en defecto de lo que acuerden los estatutos. Es decir, siempre impera la voluntad colectiva, y si con anterioridad aquél no era el sistema que regía la convocatoria, resulta que si se introduce, no estaremos ante una mera adaptación a la legalidad vigente, sino que claramente estaremos ante una modificación estatutaria que requerirá del oportuno acuerdo adoptado por la mayoría societaria. Qué no exista dicha página en la actualidad, es intrascendente, porque en cualquier momento se puede poner en funcionamiento, y consecuente tendrá plena vigencia.

Igualmente ocurre con las modificaciones del artículo 12 sobre la limitación en el número de administradores que no pueden ser más de cuatro; la figura del Vicepresidente y Vicesecretario, artículo 14, que antes no existían; las modificaciones de los artículos 11 y 17, sobre la forma de constituir tanto las juntas como las reuniones del Consejo de Administración, así como el objeto social en el artículo 3.

En conclusión, este motivo ha de prosperar, de modo que se han de anular los estatutos, en la redacción que se le dio en la Junta de 28 de octubre de 2.018, dejando a salvo las modificaciones que se realizaron por acuerdos singulares en la citada junta, al ser puntos concretos del orden del día, como son los referidos al **arbitraje** y el régimen de transmisión de las participaciones sociales.

SÉPTIMO.- Las precedentes consideraciones han de conducir, con estimación parcial del recurso de apelación, a la revocación parcial de la Sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, procede anular los Estatutos en la redacción dada en la Junta celebrada el día 28 de octubre de 2.013, salvo en los puntos referidos a cambio de domicilio social, **arbitraje** y transmisión de las participaciones sociales, sin declaración sobre las costas de primera instancia, confirmándola en los demás pronunciamientos que no se opongan a la presente, y sin declaración sobre las costas de esta alzada, dada la estimación parcial del recurso.

VISTOS , los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS.-

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de Don Sabino , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, con fecha 31 de Enero de 2017 , en el Juicio Ordinario nº 1516/13, la debemos revocar y revocamos parcialmente, y, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, debemos anular y anulamos los Estatutos en la redacción dada en la Junta celebrada el día 28 de Octubre de 2.013, salvo en los puntos referidos a cambio de domicilio social, **arbitraje** y transmisión de las participaciones sociales, sin declaración sobre las costas de primera instancia, confirmándola en los demás pronunciamientos que no se opongan a la presente, y sin declaración sobre las costas de esta alzada, dada la estimación parcial del recurso.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS :

Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo (artículos 466 y 478 y disposición final decimosexta LEC).



En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley (disposición final decimosexta LEC).

El recurso de casación y, en su caso, el extraordinario de infracción procesal, se interpondrán ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla (artículo 479 y disposición final decimosexta LEC), previo pago del depósito estipulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la tasa prevista en la Ley 10/2012.

Artículo 477 LEC . Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. *El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.*

2. *Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:*

1º *Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución .*

2º *Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.*

3º *Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional .*

3. *Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 469. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. *El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:*

1.º *Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.*

2.º *Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.*

3.º *Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.*

4.º *Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .*

2. *Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.*

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON JOSÉ HERRERA TAGUA, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.