



Roj: **SAP BI 812/2012 - ECLI: ES:APBI:2012:812**

Id Cendoj: **48020370042012100106**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **28/12/2012**

Nº de Recurso: **460/2012**

Nº de Resolución: **974/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA BELEN IRACHETA UNDAGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 812/2012,**  
**STS 5346/2014**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 4ª/4.

SARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax/Faxa: 94-4016992

N.I.G./IZO: 48.04.2-11/021002

R.apela.merca.L2 / E\_R.apela.merca.L2 460/2012

O. Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de (Bilbao) / (Bilbo)ko 2.zk.ko Merkataritza-  
arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 577/2011 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

Abogado/a / Abokatua: JAVIER GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ

Recurrido/a / Errekurritua: IBERDROLA S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN APALATEGUI CARASA

Abogado/a / Abokatua: PEDRO LEARRETA OLARRA

**SENTENCIA Nº 974/2012**

ILMOS. SRES.

Dña. ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA

D. JOSÉ ÁNGEL ODRIUZOLA FERNÁNDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de diciembre de dos mil doce.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA., constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 577/2011, seguidos



en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, a instancia de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A., apelante - demandante, representado por el Procurador Sr. GERMÁN ORS SIMÓN y defendido por el Letrado Sr. JAVIER GARCÍA DE ENTERRIA LORENZO- VKLAZQUEZ contra IBERDROLA S.A., apelado - demandado, representado por el Procurador Sr. GERMÁN APALATEGUI CARASA y defendido por el Letrado Sr. VEDRO LEARRETA OLARRA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra dictada por el mencionado Juzgado, de fecha.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la resolución recurrida es del tenor literal siguiente:

"FALLO

1.- DESESTIMAR la demanda formulada por la entidad RESIDENCIAL MONTE CARMELO SA; representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Ors Simón; frente a la entidad IBERDROLA SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Apalategui Carasa; absolviendo a la demandada de todas las pretensiones contenidas en la demanda.

2.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes, si las hubiere, por mitad."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el número 460/2012 de Registro, y que se ha sustanciado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la lltma. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda formulada por la mercantil Residencial Monte Carmelo SA, que es titular de acciones que representan el 6,194% del capital social de Iberdrola SA, sociedad cotizada, se impugnan los acuerdos adoptados por la Junta de socios de dicha sociedad en sesión celebrada el 27 de mayo de 2011, con relación a los puntos del orden día decimotercero y decimocuarto, que fueron aprobados con el voto en contra del grupo Actividades de Construcciones y Servicios, en adelante ACS, del que forma parte Residencial Monte Carmelo SA, titular de acciones que representan en conjunto el 19,026% del capital, y que se refieren a la modificación de determinados artículos de los Estatutos de Iberdrola y del reglamento de la Junta general de accionistas y aprobación de texto refundido de los Estatutos. En concreto, se impugnan por contrarios a ley los artículos 20 apartado 3 de los Estatutos y 9 apartado 3º, letra c ) y art. 28 c) del Reglamento de la Junta , referentes al derecho de información; art. 27 apartado 1º de los Estatutos, relativo a las facultades del Presidente del Consejo en materia de suspensión o limitación de derechos políticos; art. 29 2º Estatutos sobre cesión y delegación de derecho de voto; art. 30 apartado 1º Estatutos relativo a la privación de derecho de voto por conflicto de interés art. 36.1 Estatutos referente a composición del Consejo de Administración y nombramiento de Consejeros, por contrarios a ley. Además, se cuestiona la aprobación de la nueva redacción de los artículos 29, apartados 3º a 5º, y 30, 56, 57 y 58, por infracción de los Estatutos, por haber sido aprobados sin el régimen de mayorías establecido en los Estatutos para la supresión o modificación de tales normas.

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda al no apreciar que los acuerdos cuya nulidad se postula vulneren disposiciones legales ni estatutarias, y frente a la misma se alza la actora, con e) postulado de revocación de aquella resolución y el dictado de otra en su lugar que estime la impugnación en los términos que se solicita Ct1 la demanda, excepto en lo referente al nuevo art. 36.1 de los Estatutos (Composición del Consejo de Administración y nombramiento de consejeros) de cuya impugnación ha desistido en el escrito de interposición, con base en los argumentos que serán objeto de examen en los fundamentos siguientes.

SEGUNDO.- Con carácter previo se señala que el estudio del recurso se abordará con el mismo sistema y orden que sigue la sentencia apelada, analizando de forma conjunta las disposiciones estatutarias y del reglamento de la Junta de las que se predica infracción del mismo derecho o norma legal.



## I. Modificaciones que afectan al derecho de información.

La mercantil demandante alega que el derecho de información del accionista se vulnera en la redacción modificada de los siguientes preceptos; artículo 20.3 de los Estatutos., referente a las limitaciones del derecho de información, en el que se sustituye el inciso final "salvo en los casos en que resulte legalmente improcedente", por "salvo en los casos en que resulte improcedente o inoportuna" y, el mismo precepto, en lo que se refiere a la facultad del presidente de denegar información; la anterior redacción que decía "cuando la publicidad perjudique, los intereses sociales", se sustituye por "cuando la publicidad pueda perjudicar el interés social". En la misma línea de restricción contraria al derecho de información del accionista, se denuncia el contenido del artículo 9 apartado 3º, letra c) del Reglamento de la Junta general, que contempla la denegación de la información demandada por el accionista por el Consejo de Administración, cuando ésta sea "improcedente, inoportuna o innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general de accionistas o, por cualquier causa, merezca la consideración de abusiva o contraria al principio de igualdad de trato y a los derechos o intereses de otros accionistas"; y así mismo, por la misma razón de desconocimiento del derecho de información, se ataca el artículo 28 apartado 2º, letra c) del Reglamento de la Junta de accionistas, que prevé la misma posibilidad de denegar informaciones o aclaraciones en junta cuando "la información o aclaración solicitada sea innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general de accionistas o, por cualquier causa, merezca la consideración de abusiva".

El derecho de información, derecho fundamental, consustancial e irrenunciable del accionista, recogido en el artículo 93.d) de la Ley de Sociedades de Capital con carácter general para las sociedades de capital, está regulado para las anónimas en el art. 197 del mismo texto legal, que dispone que "Los accionistas podrán solicitar de los administradores, acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la Junta general. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de la información solicitada perjudique el interés social". Y el número 4 del precepto señala que "no procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada parte el por accionistas que representen la cuarta parte del capital social".

Ley 25/2011, de 1 de agosto, posterior a la adopción de los acuerdos que se impugnan (Junta 27 de mayo de 2011) y, por tanto, no vigente cuando se adoptaron los acuerdos, incorpora algunas singularidades cuando se trata de sociedades cotizadas. Así, el art. 520 LSC actual dispone que "el ejercicio del derecho de información de los accionistas se rige por lo previsto en el artículo 197. Además, los accionistas podrán solicitar a los administradores, por escrito hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, o verbalmente durante su celebración,- las aclaraciones que estimen precisas acerca de la información accesible al público que la sociedad hubiera facilitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general y acerca del informe del auditor. Los administradores no estarán obligados a responder a preguntas concretas de los accionistas cuando, con anterioridad a su formulación, la información solicitada esto clara y directamente disponible para todos los accionistas en la página web de la sociedad bajo el formato-pregunta respuesta".

Pero singularidades aparte, la extensión y límites del derecho de información del accionista han sido objeto de un profuso estudio por parte de nuestro Tribunal Supremo. Entre las muchas sentencias que tratan sobre la materia cabe señalar:

La ST 22 de febrero de 2007 que dice: "En relación con éste derecho de información, esta Sala tiene reiterado que es aquel que 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 - Sentencias de 22 de septiembre de 1992, 9 de diciembre de 1996, 9 de octubre de 2000, 29 de julio de 2004 y 21 de marzo de 2006."

Por su parte, la ST 21 Marzo 201.1 declara que:



"1) El derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista a tenor de lo previsto en el artículo 48.2.d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93.d) de la Ley de Sociedades de Capital -, constituye un derecho autónomo -sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto- que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 del referido texto refundido -hoy 197 de la Ley de Sociedades de Capital -, a fin de que le sean facilitados determinados datos referidos a la marcha de la sociedad, o, 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 - Sentencias de 22 de septiembre de 1992 , 9 de diciembre de 1996 , 9 de octubre de 2000 , 29 de julio de 2004 y 2) de marzo de 2006 -".

2) El ejercicio del derecho está sometido por la norma a las siguientes limitaciones específicas, ya que no cabe demandar cualquier información sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que:

a) Es necesario que la información que se demande se refiera a asuntos que estén comprendidos en el orden del día de una junta convocada, sin que sea precisa una relación "directa y estrecha", debiendo estarse para determinar la suficiencia de su conexión entre la información demandada y el orden del día al juicio de pertinencia en el caso concreto.

b) Las informaciones o aclaraciones que se estimen, precisas, o las preguntas escritas que se estimen pertinentes deberán realizarse desde la convocatoria de la junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, o verbalmente durante la celebración de la junta general.

c) Si se ejercita por escrito antes de la junta debe requerirse hasta el séptimo día antes de la celebración de la junta, y durante la misma cuando se ejercite verbalmente-.

d) La publicidad de los datos interesados no debe perjudicar los intereses sociales, sin perjuicio de que en este caso deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

3) Además de las limitaciones específicas impuestas por la legislación societaria, como en todos los derechos subjetivos, constituye un límite genérico su ejercicio abusivo cuando concurren los requisitos precisos para el abuso del derecho o, dicho en otros términos, como afirma la sentencia 753/2008, de 4 de septiembre "es necesario que el derecho se ejercite con la extralimitación, por causas objetiva o subjetiva - sentencias de 29 de diciembre de 2004 y 28 de enero de 2005 -, en que;e asienta dicho concepto -sentencias de 18 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2007 -, lo que no puede afirmarse oculta sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso"

4) Finalmente, tratándose del derecho de información cuando se somete a la junta la aprobación de las cuentas anuales, la específica manifestación del derecho de información documental regulada en el artículo 212.2 del repetido texto de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 272 de la Ley de Sociedades de Capital ", no excluye ni limita el alcance del atribuido con carácter general o en otras palabras, novada de contenido el derecho de información reconocido en el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas , de tal forma que el derecho de información no queda constreñido al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la Junta."

Y la reciente STS 13 de junio 2012 dice "(34) Hemos declarado en reiteradas ocasiones (entre las más recientes, sentencias 766/2010, de 1 de diciembre , 204/2011, de 21 de marzo y 986/2011, de 16 de enero de 2012 ) que el derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista a tenor de lo previsto en el artículo 48.2.d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93.d) de la Ley de Sociedades de Capital - no carece de límites ya que: 1) la sociedad puede tener interés en no difundir ciertos datos, ni siquiera eh el limitado ámbito interno de los accionistas -lo que no puede identificarse con el eventual de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión-, cuando la información, incluso dentro del referido círculo, puede perjudicar los intereses sociales, sin perjuicio de que deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital - artículo 112.3 TRLSA (hoy 197.3 TRLSC)-; y 2) además de las limitaciones impuestas por la legislación societaria, el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente.

(35). La limitación societaria al derecho de información tiene carácter excepcional."



Pues bien, si se examina el texto de los artículos modificados de los Estatutos y del Reglamento desde la regulación legal del derecho de información y la interpretación jurisprudencial de tal derecho se llega a conclusiones diversas:

De una parte, no se aprecia incompatibilidad entre el derecho de información del accionista y la nueva redacción del inciso último del artículo 20.3 de los Estatutos que dice "salvo en los casos en que resulte improcedente o inoportuna", en el concreto aspecto de incorporar la "inoportunidad" a las causas de denegación de información (la denegación por causa de improcedencia que se menciona en el recurso figuraba en la anterior redacción de la norma convencional) pues, como se ha dicho, el derecho de información está sometido por disposición legal a exigencias de tiempo y forma, en su ejercicio e "inoportuno" (adj) significa fuera de tiempo o de propósito, según el diccionario de la RAE. En el mismo precepto la sustitución de la expresión "perjudique" los intereses sociales por "pueda perjudicar" el interés social, tampoco supone poda del derecho de información, pues uno de los límites al derecho de información es el interés de la sociedad y, consecuentemente, la protección frente a la eventualidad del daño al interés social que puede causar determinada información, y es que la aportación de una información determinada no es un hecho que en sí mismo perjudique el interés social, sino que el perjuicio dependerá del uso que se haga de la información recibida, así, que la información "pueda perjudicar" el interés social no significa otra cosa que determinada información por su contenido sea potencialmente susceptible de perjudicar el interés social.

Por el contrario, se considera que la modificación introducida en art. 9 apartado 3º letra c) el Reglamento de la Junta General de Accionistas, que faculta al Consejo de Administración para denegar la información cuando sea "...innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la Junta General de accionistas (sobre la denegación por improcedente e inoportuna nos remitimos a lo dicho) o...contraria al principio de igualdad de trato y a los derechos e intereses de otros accionistas", comporta una restricción del derecho de información carente de cobertura legal.

La norma faculta al accionista para recabar información sobre los asuntos comprendidos en el orden del día y no vincula la obligación de la sociedad a aportar la información recabada a la necesidad de conocimiento de la información solicitada para la emisión fundada del voto, y hasta tal punto no cabe supeditar la aportación de información al voto sobre la cuestión de que se trate que el Alto Tribunal, al precisar al contenido del derecho de información, después de declarar que es necesario que la información demandada se refiera a asuntos que estén comprendidos en el orden del día de una junta convocada, advierte que no se precisa una relación "directa y estrecha" ( STS 21 Marzo 2011, antes citada). De otro lado, no necesariamente hay coincidencia ni, por tanto, un criterio unánime sobre los concretos aspectos de interés para la adopción de una postura u otra en relación a un tema, así, un dato con una conexión más o menos próxima con alguno de los asuntos del orden del día puede ser indiferente para un accionista y tener cierta importancia para otro.

El eventual perjuicio al interés de un socio como causa de denegación de la información solicitada no está contemplado en la norma ni se colige de la misma mas allá de lo que representa su integración en el interés común, salvo que incida en ámbitos protegidos por normas singulares, para los que es innecesaria la restricción convencional, pues operaría la restricción legal correspondiente. Y en cuanto a la incorporación de la afectación a la igualdad de trato como causa de denegación de información no contemplada en la ley ni mencionada por la jurisprudencia, no se argumenta por la actora apelante, ni se alcanza a representar en qué medida el principio de igualdad de trato, exigencia que se impone a la sociedad respecto al accionista (art. 97 LSC), puede resultar afectado por la aportación de determinada información.

I. Facultades del Presidente de la Junta para decidir sobre la suspensión o derecho de voto de los accionistas.

Ni en el recurso, ni antes en la demanda, cita la actora norma legal con la que esto en contradicción la disposición convencional. En realidad, con la impugnación del precepto estatutario de nueva incorporación, se introduce en la controversia la posibilidad de que en el ejercicio de la facultad conferida en el art. 27 el Presidente pueda suspender o limitar arbitrariamente el derecho de voto, así como la legalidad del establecimiento de restricciones o suspensiones convencionales del derecho de voto.

Las suspensión convencional del derecho de voto es objeto de cuestionamiento específico en la impugnación de los artículos que la establecen donde tiene mejor encaje su estudio. Y la adecuación del ejercicio de la competencia que asigna al Presidente el art. 27 de los Estatutos a las disposiciones legales y, en su caso, a las estatutarias nada tiene que ver con la legalidad de tal atribución.

La decisión sobre legalidad de la atribución al Presidente de la Junta de la resolución sobre el derecho de voto requiere una reflexión sobre dos cuestiones: competencia para la decisión sobre la suspensión del derecho de voto y atribuciones de la mesa de la Junta y de su Presidente en particular.



Como advierte la sentencia apelada, el código de sociedades prevé la suspensión del derecho de voto en determinados supuestos, tales como los contemplados en los arts. 152.2 LSC (incumplimiento de normativa sobre participaciones recíprocas) o 83 (mora en el pago de desembolsos pendientes), pero el cuerpo legal no contiene ninguna previsión sobre el órgano social al que corresponde decidir sobre la suspensión en tales casos.

Y en ausencia de previsión legal al respecto, conviene analizar la admisibilidad de la atribución discutida por vía convencional.

El principio de autonomía de la voluntad, que rige en materia de contratación ( art. 1.255 CC ), es también de aplicación en materia de sociedades; de manera que las sociedades mercantiles, al igual que otros entes asociativos, tienen un amplio margen de autonomía organizativa con los límites derivados del respeto a la ley, concepto en el que deben incluirse las disposiciones legales, leyes fundamentales, leyes reguladoras del ordenamiento societario y las de la actividad social de que se trate de carácter imperativo y los **principios configuradores del tipo** social de que se trate (art. 28 LSC).

Es oportuno señalar que las normas que regulan las sociedades de capital son predominantemente imperativas, señaladamente en la sociedad anónima y, en mayor medida dentro de éstas, en las sociedades cotizadas, y en este sentido la Exposición de Motivos del Texto refundido de las Sociedades de capital en el apartado IV dice que "... el importante papel de las sociedades cotizadas en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección al inversor y por otra a la estabilidad eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros. "

El segundo límite al principio de autonomía de la voluntad está determinado por "los principios configuradores" del tipo social. El concepto de **principios configuradores del tipo** societario no se ha precisado bastante doctrinal ni jurisprudencialmente, bien que en algunas resoluciones del Alto Tribunal se han identificado con los elementos básicos de cada tipo societario. En esta línea, los "principios configuradores" se pueden identificar con los rasgos estructurales básicos de la sociedad que se pueden deducir de la ley, es decir, de los elementos tipológicos esenciales de cada tipo societario, de manera que en el ámbito societario no sería posible la constitución de organizaciones atípicas. Ahora bien, el problema de la falta de concreción y determinación que se ha señalado dificulta enormemente establecer su proyección en el principio general de libertad de pactos. Precisamente, por su indeterminación, la doctrina ha advertido la conveniencia de interpretarlos de manera restrictiva. En todo caso, deben distinguirse principios configuradores comunes de las sociedades de capital y principios configuradores de cada tipo de societario concreto.

La regulación que efectúa la Ley de Sociedades de Capital sobre la Mesa de Junta y las funciones de quienes la integran es excesivamente parea, como también lo son las reglas sobre el particular contenidas en la LSA y LSRL, Las disposiciones de la Ley dedicadas a la materia son escasas y dispersas y se completan con la regulación que contiene en el RRM. Conforme a las disposiciones de la ley y del Reglamento son funciones del Presidente de la Junta, entre otras, autorizar la asistencia de personas ajenas a la Junta que considere conveniente, sin perjuicio de la ulterior revocación de la decisión por parte de la Junta ( art. 181 LSC), decidir sobre el potencial perjuicio al interés social de la información recabada por el socio ( art. 197 LSC) y supervisar de la lista de asistentes ( art. 98 RRM ). En definitiva, como señala la doctrina, corresponde al Presidente de la Junta la dirección y control de la sesión.

Pues bien, con tales premisas no se aprecia contravención a la legalidad vigente por la asignación al Presidente de la Junta de la decisión de los conflictos que se susciten en el seno de la Junta sobre la suspensión del derecho de voto del socio.

Y es que la asignación no contraviene norma legal sobre asignación de competencia y tampoco es contraria a los principios configuradores de las sociedades de capital y de las anónimas en particular sino que, por el contrario, es de todo punto razonable a criterio del Tribunal. El conflicto sobre el ejercicio del derecho de voto planteado en la Junta requiere una decisión inmediata a fin de posibilitar, que continúe la reunión, que lógicamente debe adoptar quien la preside, sin perjuicio, claro está, de la ulterior impugnación de la decisión Sí no es conforme a la legalidad vigente.

## II. Restricción de cesión y delegación de derecho de voto.

Sostiene la demandante que la prohibición de cesión onerosa de derecho de voto que establece el art. 29.2 de los Estatutos, que dispone "el derecho de voto no podrá ser cedido ni siquiera a través de la delegación de la representación, a cambio de ningún tipo de contraprestación o ventaja patrimonial ", contraviene, el art. 184,1 LSC, que reconoce el derecho del accionista a hacerse representar en la Junta por medio de otra persona, aunque no se accionista, y el art. 522.1, en su redacción conforme a la reforma operada por la ley 25/2011 (no vigente en la fecha de celebración de Junta), que preceptúa la nulidad de las cláusulas estatutarias que



limiten el derecho del accionista de hacerse representar en las juntas, y en apoyo de su tesis señala que los acuerdos de cesión de voto a cambio de contraprestación están expresamente reconocidos, en derecho español -RD 1362/2007, de 19 de octubre por la que se desarrolla la Ley 24/1988 por el que se desarrolla el mercado de Valores en relación a los requisitos de transparencia y Directiva 2004/109/CE, sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado- y denuncia que la sentencia apelada ha preterido el contenido de los cuerpos normativos citados a los que no hace alusión.

Pues bien, la normativa nacional y comunitaria sobre transparencia en sociedades cotizadas que cita la demandante recurrente no aporta nada a la controversia sobre la legalidad o ilegalidad de la prohibición de la cesión onerosa del derecho de voto. La normativa nacional y la comunitaria sobre transparencia de la que es, básicamente, una trasposición la española, establecen una serie de exigencias con vocación uniformizadora, que pretenden transparencia en los mercados secundarios oficiales como instrumento de protección al inversor actual y potencial, y, precisamente, uno de los aspectos en los que se proyecta la exigencia de transparencia es en las adquisiciones o transmisiones de acciones con derecho a voto realizada por el accionista de una sociedad cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en cualquier otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea cuando superan o reducen el porcentaje en el accionariado por debajo de determinados límites, es decir, lo que persigue la normativa es que se conozca cuando un accionista detenta un número de acciones significativo que le posibilita influir de manera estable en la marcha de la sociedad, que es precisamente lo que trata de evitar la mercantil Iberdrola en esta norma estatutaria y en otras.

Y es que se debe distinguir entre la limitación del derecho del accionista a hacerse representar en la junta general por medio de otra persona que no sea accionista, que en la regulación general contenida en el art. 184 LSC admite restricción por vía convencional que sin embargo veta el art. 522 en la redacción actual (no vigente cuando se adoptó el acuerdo) para las sociedades cotizadas, y la prohibición de cesión onerosa del derecho de voto, que es lo que regula el art. 29.2 de los Estatutos de Iberdrola, cuya eventual efusión mediante la representación veda el inciso estatutario "ni siquiera a través de la representación", es decir, que el precepto no impone ninguna limitación al derecho del accionista a hacerse representar en la Junta por tercero, sea o no accionista, en los términos establecidos en los artículos 184.2, 187 y 189 LSC, sino que advierte sobre la aplicación de la prohibición para el caso de que se tratara de eludir mediante la utilización de la figura de la representación.

El ejercicio de derecho de voto a través de representante y la cesión onerosa del derecho de voto no se cohonestan. El ejercicio de derecho de voto por medio de representante supone que el voto que emite el representante sobre los distintos asuntos del orden del día sometidos a aprobación de la Junta responde al criterio y al interés del representado, como toda actuación a través de mandatario ( arts. 1719 , 1714 y 1715 CC ), y al objeto de preservar, siquiera sea desde el punto de vista formal, la vinculación entre la condición de socio y el voto cuando se proyecta su ejercicio a través de representante el legislador impone una serie de cautelas de aplicación general en los artículos 184 y 186 LSC, tales como la exigencia de otorgamiento de representación para cada junta, previo conocimiento de los asuntos a tratar, posibilidad de dación de instrucciones en relación al voto a emitir e indicación del sentido en el que votara el representante en el supuesto carencia de instrucciones ejercicio a la que se suman otras singulares para las sociedades cotizadas en el art. 522, 523 (y 526 en el caso de representación por administrador) (texto vigente), como la obligación de conservar las instrucciones durante el plazo de un año, identificación del accionista y del representante e información detallada en el caso de conflicto de intereses con prohibición de voto si la representación la ejerce administrador salvo instrucciones, mientras que en la cesión onerosa de voto se produce un desmembramiento de la condición de socio y el derecho de voto que se traslada al cesionario de forma incondicional, para que lo ejercite en el sentido que considere más conveniente a su propio interés, a cambio de una contraprestación que puede consistir en una ventaja de índole patrimonial o de otra naturaleza, de lo que se sigue que en el caso de actuación de la cesión a través de la figura representación, esta se convierte en mero instrumento de aquella cuyo contenido desvirtúa y vacía hasta el punto de resultar ajena al instituto de la representación.

#### IV. Privación de derecho de voto por conflicto de interés.

Los estatutos de Iberdrola en su anterior redacción privaban de derecho de voto al accionista en determinados supuestos de conflicto de interés. Así, el art. 30 apartado 1º decía "Los accionistas que participen en un proceso de fusión o escisión con la sociedad o que estén llamados a suscribir una ampliación de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente o adquirir por cesión global el conjunto de activos de la sociedad no podrán ejercitar su derecho de voto para la adopción de los acuerdos de la Junta general". La reforma del precepto de reciente aprobación amplía la restricción del derecho de voto en los siguientes términos "No podrán ejercitar su derecho a voto por sí mismos o a través de representante en la junta general de



accionistas, en relación con los asuntos o propuestas acuerdo a los que el conflicto se refiera, los accionistas que se hallen en situación de conflicto de interés y, en particular, los que participen en un proceso de fusión o escisión con la sociedad o que estén llamados a suscribir una ampliación de capital con exclusión de los derechos de suscripción preferente o se vean afectados por acuerdos en virtud de los cuales la sociedad les conceda un derecho, y, en general, los accionistas meramente formales y aparentes que carezcan de interés real y efectivo y no actúen de forma plenamente transparente frente a la sociedad".

De la contraposición del texto originario y el que se aprobó en Junta de 27 de mayo de 2011 resulta que la modificación estatutaria con relación al derecho de privación de derecho de voto por conflicto de interés consiste en la incorporación de una cláusula general "los accionistas que se hallen en situación de conflicto de interés" y de los siguientes supuestos particulares "los accionistas que (...) se vean afectados por acuerdos en virtud de los cuales la sociedad les conceda un derecho, les libere de una obligación, les dispense, en el caso de ser administradores de la prohibición de competencia o apruebe una operación o transacción en que se encuentren interesados y en general, los accionistas meramente formales y aparentes que carezcan de interés real y efectivo y no actúen de forma plenamente transparente frente a la sociedad".

La mercantil demandante introduce el alegato sobre la nulidad del art. 30 apartado 1º de los Estatutos indicando que la ilegalidad de la norma es tan palmaria que no precisa de gran desarrollo argumentativo, y tras advertir sobre la indisponibilidad del derecho de voto y la imposibilidad de someterlo a cualquier forma de privación o restricción, a continuación, señala los dos aspectos que evidencian, la ilegalidad de la suspensión del derecho de voto que incorporan los Estatutos estatutaria: que la previsión legal de privación de derecho de voto por conflicto de interés está contemplada exclusivamente para la sociedad de responsabilidad limitada y únicamente para supuestos tasados ( art. 190 LSC), y que el art. 515 LSC (redacción anterior a la reforma Ley 25/2011 de ) de agosto) decreta la nulidad de las cláusulas estatutarias limitativas del derecho de voto en las sociedades cotizadas, que aduce que trató de eludir lberdrola con el manto o pretexto del conflicto de interés.

La sanción de nulidad impuesta a las cláusulas que fijen un número de votos por accionista que establecía el art. 515 LSC en la redacción vigente en la fecha que se adoptó el acuerdo impugnado "En las sociedades anónimas cotizadas serán nulas de pleno derecho las cláusulas estatutarias que directa o indirectamente fijen con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un accionista o un grupo de sociedades pertenecientes a un mismo grupo", modificado por la DA primera dos de la Ley 1/2012 de 22 de junio , que admite implícitamente la validez, de tales cláusulas (establece que quedarán sin efecto en el supuesto de oferta publica de adquisición en el que el oferente haya adquirido un porcentaje igual o superior al 70% del capital) no afecta a la validez de la norma convencional de que se trata pues es obvio que una cosa es establecer una limitación de carácter general al derecho de voto del accionista respecto al número máximo de votos y otra suspender el ejercicio del derecho de voto en situaciones predeterminadas.

Y tampoco es relevante en la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del artículo que se cuestiona la ausencia de previsión específica que establezca la prohibición de! ejercicio derecho de voto en los casos en los que el legislador aprecia conflicto de interés en términos parejos a los establecidos para la sociedad limitada en el art. 190 LSC. Y es que una cosa es que la ley no suspenda el derecho devoto del accionista en caso de conflicto de interés y otra que tos accionistas reunidos en Junta no puedan acordar introducir por vía estatutaria la privación del derecho en el cases de conflicto de interés.

Ya se ha dicho que el principio de autonomía de la voluntad ( art. 1255 CC ) es también de aplicación en materia de sociedades con los límites derivados del respeto a la ley y a los **principios configuradores del tipo** social de que se trate (art. 28 LSC).

Como señala la sentencia apelada ninguna norma prohíbe expresamente la privación del derecho de voto al accionista por conflicto de interés.

Por tanto, deberá examinarse si la privación del derecho de voto al accionista por conflicto de interés atenta a los principios configuradores de las sociedades de capital o de la sociedad anónima en particular.

El art. 93 LSC dispone que el socio tendrá como mínimo, entre otros, los siguientes derechos: c) asistir y votar en la junta e impugnar los acuerdos sociales, La doctrina considera que la norma que reconoce el derecho de voto al accionista es de carácter necesario e imperativo y consustancial a la condición de socio. Sin embargo, de la normativa reguladora de las sociedades de capital, y ya antes de la LSA ( artículos 90 , 104 y 105 TRLSA , entre otros), resulta que es un derecho débil en contraposición con otros derechos que conforman el estatuto de socio, tales como el de participación en ganancias o el de información, pues el código de sociedades permite la creación de acciones o participaciones sin voto (art. 98 LSC), faculta la imposición de límite máximo de votos para un accionista o para los pertenecientes al mismo grupo, por vía estatutaria (art. 179.1) y la exigencia de un número mínimo de acciones para ejercitar el derecho de voto. De otra parte, la previsión, la suspensión O privación del derecho de voto en situación de conflicto de interés para la sociedad





de responsabilidad limitada -art. 190 LSC- evidencia que la privación del derecho de voto en caso de conflicto de interés no conculca la ley ni principios configuradores de las sociedades de capital.

Así, el tema a dilucidar es si la suspensión del derecho de voto del accionista en caso de conflicto de interés, actuación prevista legalmente para la sociedad limitada, afecta a los principios configuradores de la sociedad anónima (o de las cotizadas en particular) y, por tanto, no es susceptible de incorporación por vía estatutaria.

La sociedad anónima, sociedad de capital por excelencia, tiene como centro la acción, sobre todo si se trata de sociedad abierta. La habitual fragmentación del capital entre gran número de accionistas hace que la incidencia del voto del accionista individual en la gestión de la sociedad sea mínima. De ahí que el eventual conflicto de interés que pudiera surgir entre el accionista y la sociedad, en principio, no sea relevante, pues el voto del accionista individualmente considerado, no tiene capacidad de influenciaren las decisiones de la sociedad. Por el contrario, en lo que respecta a los administradores cuyas actuaciones y decisiones son decisivas en la gestión de la sociedad, la ley les impone la obligación de comunicar al consejo de administración y, en su caso, a los demás administradores o, en el caso do administrador único a la Junta General, cualquier situación de conflicto directo o indirecto que pudiera tener con el interés de la sociedad y abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación en conflicto (art. 229 LSC), disposición normativa que no es sino una manifestación del deber de lealtad que les impone el art. 226, que conlleva la obligación de actuar en interés de la sociedad en situación de conflicto de intereses.

Sin embargo, no cabe excluir que en la sociedad anónima el accionista individual o el conjunto de accionistas que formen parte del mismo grupo sean titulares de un numero de acciones que les confiera la capacidad de incidir de forma decisiva en la gestión de la sociedad, de manera que pueden imponer la prevalencia de su interés particular sobre el interés social en situación de interés contrapuesto.

Así, desde esa perspectiva, que es la que inspira la reforma del precepto, defensa del interés social frente al particular de los socios que en situación de contraposición es susceptible de perjudicar a la sociedad y al resto de los socios, no se aprecia inconveniente a la suspensión del derecho de voto por vía estatutaria.

Ahora bien, la privación del derecho de voto comporta obviamente una restricción en los derechos políticos del socio y como tai debe ser objeto de interpretación restrictiva y no dejar margen de duda ni de subjetividad en cuanto a su aplicación. De ahí que el art. 190 LSC, en aras de la seguridad jurídica, en vez de establecer una cláusula genérica o una definición de conflicto de interés, contenga una relación de supuestos en los que se presume "iuris et de iure".

De las premisas expuestas se concluye que es permisible la incorporación a los estatutos de supuestos concretos de privación de derecho de voto por conflicto de interés, siempre que en los supuestos para los que se contemple la suspensión del voto se aprecie objetivamente la posibilidad de conflicto de interés.

En los concretos supuestos de suspensión de derecho de voto que se han incorporado a los Estatutos de Iberdrola que se refieren a acuerdos que "... les libere de una obligación, les dispense, en el caso de ser administradores de la prohibición de competencia o apruebe una operación o transacción en que se encuentren interesados", se aprecia objetivamente la eventualidad de conflicto de interés, de lo que es evidencia la coincidencia con supuestos de privación de derecho de votó en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 190 TRSC) y obligación de abstención de ios administradores en la anónima, por tanto, no se ve razón para su expulsión de los Estatutos. Por el contrario, no se considera admisible la suspensión del derecho de voto por conflicto de interés mediante la incorporación de cláusulas genéricas, indeterminadas e imprecisas, con excesivo margen subjetivo de interpretación, como las que representan las formulas "los accionistas que se hallen en, conflicto de interés" y "...en general, los accionistas meramente formales y aparentes, que carezcan de un interés real y efectivo y no actúen de forma plenamente transparente frente a la sociedad", y, por tanto, deberán eliminarse de los Estatutos.

#### IV. Cómputo de mayorías.

Por último, denuncia la actora apelante que la modificación de los Estatutos y del reglamento de la Junta no se aprobó con el régimen mayorías cualificadas establecido en los Estatutos de Iberdrola - tres cuartas partes del capital presente en la Junta- art. 56 antiguo y 58 nuevo-.

El porcentaje del capital presente en la junta -accionistas titulares de 4.794.218.771 acciones, que representan el 82,34% del capital social, y el de los votos a favor, 3.458.926.453, que a su vez representan el 72,148% del capital presente en la junta-, son indiscutidos. La discrepancia se sustenta en la validez legal de la aplicación del art. 29.5 de los Estatutos, que dispone la deducción en el cómputo de mayorías de las acciones que excedan el máximo de votos por accionista o grupo, lo que determino la privación de 525.516.686 acciones que representaban 9,026% del capital al grupo ACS.



Como razona la sentencia apelada en el F.D. noveno, carecería de sentido establecer por vía estatutaria una limitación sobre el máximo de votos que puede emitir cada accionista individual o grupo de accionistas si el capital que representan, las acciones a las que se ha privado del derecho de voto por exceso se tomase en consideración en el computo de las mayorías, pues ello supondría equiparar el voto no emitido al voto en contra. Pero es que además la LSC (vid. arts. 83 y 190 LSC) dispone la deducción del capital que representan las acciones a las que se ha privado del derecho de voto en el computo de mayorías.

En consecuencia, siendo indiscutido que el capital que representaban las acciones cuyos titulares votaron a favor representaban el 81,03% del capital que podía ejercitar el derecho de voto, se cumplió el régimen de mayoría reforzada establecido en los estatutos para la modificación y supresión de los acuerdos de qué se trata.

TERCERO.- Dado que lo expuesto y razonado comporta la estimación parcial del recurso y de la demanda, no se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas causadas en ninguna de las instancias ( arts. 394 y 398 LEC ).

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

En nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español, y su Constitución,

## FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A. contra, la sentencia dictada por la Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao en los Autos de Procedimiento Ordinario nº 577/11, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada y, en su lugar, estimando en parte la demanda interpuesta por la representación de RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A. contra IBERDROLA S.A, declaramos la nulidad parcial de los artículos modificados de los Estatutos y del Reglamento de Régimen de la Junta General de Accionistas aprobados por Iberdrola en Junta General de Accionistas celebrada el 27 de mayo de 2011, comprendidos en los puntos decimotercero y decimocuarto del orden del día que siguen:

Artículo 9 apartado 3 y 28. Apartado 2 letra c), del Reglamento de la Junta, referentes al derecho de información de accionistas, respecto a la inclusión como supuestos de denegación de información recabada por el accionista antes de la Junta "... información innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la Junta general de accionistas... o contraria al interés de otro accionista o el principio de igualdad de trato y a los derechos o interés de otro accionista" (art. 9.3) y "la información o aclaración sea innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la Junta general de accionistas..." (art. 28.2 letra c), como causa de denegación del derecho de información durante la Junta.

Artículo 30, apartado primero de los Estatutos, referente a la suspensión del derecho de voto del accionista por conflicto de interés, respecto a los supuestos contenidos en los siguientes enunciados "los accionistas que se hallen en conflicto de interés" y "... en general, los accionistas meramente formales y aparentes, que carezcan de un interés real y efectivo y no actúen de forma plenamente transparente frente a la sociedad".

No se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Devuélvase a RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470,1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0460 12. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el



recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos ( DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ