



Roj: **SAP B 6979/2015 - ECLI: ES:APB:2015:6979**

Id Cendoj: **08019370152015100171**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/07/2015**

Nº de Recurso: **316/2014**

Nº de Resolución: **198/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 316/14-2ª

Juicio Ordinario núm. 1/2013

Juzgado Mercantil núm. 9 Barcelona (refuerzo)

**SENTENCIA núm. 198/2015**

Composición del tribunal:

LUÍS GARRIDO ESPA

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

En la ciudad de Barcelona a veintisiete de julio de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 9 de esta localidad, por virtud de demanda de Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador contra Jumarfe SA, pendientes en esta instancia al haber apelado Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 7 de enero de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador , representada por el procurador de los tribunales Jaime Castell y defendida por el letrado José Mª Bargalló, así como Jumarfe SA en calidad de apelada, representada por el procurador Beatriz Aizpún y defendida por el letrado Pedro Nuevo de Tuya.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente FALLO: «Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador , con expresa condena en costas a la parte actora».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 11 de junio pasado.

Actúa como ponente el magistrado LUIS RODRÍGUEZ VEGA.



## FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente procedimiento se inició mediante demanda presentada por Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador , en la que los demandantes ejercitan el derecho de separación de la sociedad Jumarfe SA, por modificación sustancial del objeto **social** y, en consecuencia, pretenden que la sociedad les reintegre el valor de dichas acciones conforme a la Ley de Sociedades de Capital.

2. Jumarfe SA compareció para oponerse a la demanda por dos motivos, primero, por falta de legitimación activa de los demandantes al haber transmitido sus acciones a un tercero y, segundo, por no haberse producido modificación alguna del objeto **social** de la compañía ni haberse cumplido los requisitos legales.

3. El juez de lo mercantil desestimó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, reconociendo a los actores su condición de accionistas de Jumarfe SA, pero desestimó igualmente la demanda al no reconocer a aquellos el derecho de separación ejercitado.

4. Los actores recurren los pronunciamientos desfavorables de la sentencia. Por su parte la sociedad demandada se opone a que se estime el recurso, pero consiente el pronunciamiento sobre la legitimación activa de los demandantes, por lo que, conforme con el art. 465.5 LEC , hemos de partir de aquel pronunciamiento del juez de lo mercantil.

5. Son hechos relevantes y no controvertidos en esta segunda instancia, como resulta de la sentencia de primera instancia y de los escritos formalizando el recurso de apelación y oposición, los siguientes:

a) La sociedad Jumarfe SA se constituyó, el día 17 de octubre de 1973, por tres hermanos, Marcelino , Nicanor y Raimundo , como sociedad patrimonial de la sociedad industrial Puig Codina SA, dedicada a su vez a la fabricación y comercialización de tejidos.

b) La sociedad Puig Codina SA fue declarada y en concurso y liquidada en el correspondiente procedimiento judicial.

c) **OBJETO SOCIAL** . Según el art. 2 de los estatutos de la sociedad demandada Jumarfe SA: "el objeto de la sociedad lo constituye la adquisición de fincas rústicas o urbanas, la edificación, parcelación y explotación bien por ocupación directa, cesión en arrendamiento (no financiero) o enajenación de terrenos y edificios, en bloque o por pisos, así como naves industriales, acogiéndose o no en su caso a la legislación de Viviendas de Protección Oficial".

d) Actualmente los accionistas de la sociedad, son los herederos de los socios fundadores, los actores, herederos de Marcelino , que el demandante denomina con el nombre de Amador Baltasar Antonieta Felisa ; los herederos de Nicanor : Abel , Esperanza , Guadalupe y Macarena ; y que el actor denomina Abel Esperanza Macarena Guadalupe ; y los herederos de Raimundo : Dimas , Eusebio y Violeta y Adelina ; que el actor identifica como grupo Eusebio Dimas Violeta Adelina .

e) La sociedad está administrada por Abel y tiene como apoderados **generales** a Eusebio y Dimas , habiéndose revocado el poder de Baltasar .

f) Conforme a la cuentas del 2010 y el 2011 la sociedad Jumarfe SA era titular de participaciones en las siguientes sociedades:

f.1) Stickhouse BCN S.L.: Jumarfe SA es titular del 97% del capital **social** y administradora de la compañía, que ha designado como persona física a Abel , y que tiene por objeto **social** "la compraventa de productos para heladería y su maquinaria, así como la importación, exportación y distribución en **general**. Otorgar y conceder franquicias a terceros para el uso de bienes".

La adquisición de aquellas participaciones supuso una inversión de 97.000 euros.

f.2) Preoceli Turull S.L.: Jumarfe SA es titular del 25% del capital **social** y administradora de la compañía, que ha designado como persona física a Abel . Su objeto **social** es "la fabricación, compra, venta, comercialización, distribución, importación y exportación en **general** de productos de pastelería, confitería, bollería, panadería, chocolatería, heladería y platos cocinados y precocinados".

La adquisición de aquellas participaciones supuso una inversión de 2.000.000 euros.

f.3) Gico Sistemas de Gestión S.L.: Jumarfe SA es titular del 23% del capital **social** y forma parte del consejo de administración de la compañía administradora de la compañía, que ha designado como persona física a Abel , del que también forma parte Eusebio . Su objeto **social** es "el asesoramiento y consultaría en materia de seguridad en el trabajo, organización de la producción, calidad y medio ambiente, así como la realización de estudios económico-financieros, etc".



La adquisición de aquellas participaciones supuso una inversión de 239.200 euros.

g) Conforme a las cuentas del 2010 y el 2011 son de destacar los siguientes datos:

En el año 2010 la partida del activo que comprende aquellas inversiones está valorada en 2.336.200 euros, el total del activo en 14.210.952'59 euros y el patrimonio neto en 8.892.132'16 euros.

En el año 2011 la partida del activo que comprende aquellas inversiones está valorada en 2.260.614'09 euros, el total del activo en 11.025.236'52 euros y el patrimonio neto en 8.749.311'53 euros.

h) A instancia de los demandantes, el 20 de septiembre de 2012 se celebró **junta general** extraordinaria con el siguiente orden del día: primero.- adaptación del objeto **social** a la actividad real que desarrolla la compañía; segundo, modificación del objeto **social** conforme el **acuerdo** preferente; tercero, reconocimiento del derecho de separación de los accionistas; y cuarto, distribución de dividendos a los accionistas.

i) El presidente de la **junta** no reconoció el poder del representante de los actores que acudió a la **junta**, la cual rechazó las tres propuestas del orden del día por el 66'66% del capital correspondientes a los votos de los otros dos grupos familiares.

6. La actora sostiene que, por una parte, las inversiones realizadas en participaciones de aquellas sociedades suponen de hecho una modificación del objeto **social** de Jumarfe SA. Por otra parte, el haber rechazado por mayoría la modificación de los estatutos para incluir aquel tipo de inversiones en el objeto **social**, implica un ejercicio abusivo del derecho de la mayoría, que no debería de impedir a la minoría, contraria a aquella modificación, el ejercicio del derecho de separación.

7. El objeto **social**, que es la actividad a la que ha de dedicarse sociedad, junto con el fin común de los socios, constituye la causa del contrato **social** del que nace la compañía. Es pues uno de los elementos esenciales de dicho contrato, que necesariamente ha de ser definido en los estatutos. Así se desprende de los art. 22.1.d ) y 23 b) de la LSC y 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996 de 19 julio 1996 , RRM). La conclusión de la empresa que constituye el objeto de la sociedad o la imposibilidad de conseguir el fin **social**, determinan la disolución de la sociedad, art. 363.1. b y c LSC. Por todo ello, su modificación sustancial, al implicar la alteración de uno de los elementos esenciales del pacto **social**, es competencia exclusiva de la **junta**, exige unos trámites especiales y una mayoría reforzada, según lo dispuesto en los art. 285 y siguientes LSC. Pero además, la Ley reconoce a los socios disidentes el derecho a separarse de la sociedad (art.346.1.a. LSC), que consiste en desvincularse de la misma a cambio de obtener de la sociedad el valor razonable de sus participaciones o acciones, que a su vez la sociedad adquiere o amortiza (art. 356.1 LSC).

8. El objeto **social**, no solo determina la actividad de la compañía, sino que también delimita el ámbito de representación de la sociedad por parte de los administradores **sociales**, ya que el art. 234.1 LSC establece que "la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto **social** delimitado en los estatutos".

9. Si la sociedad quiere alterar su objeto **social**, como decíamos, ha de acudir a las normas previstas en los citados art. 285 y siguientes LSC, pero hasta ese momento su actividad ha de verse constreñida a la realización o consecución del objeto definido en los estatutos.

10. Una de las garantías del socio, en particular en sociedades cerradas como la de autos, es que la actividad de la compañía debe limitarse al objeto pactado estatutariamente, la mayoría no puede imponer a la minoría un cambio sustancial de actividad sin un cierto consenso. Por una parte, el **acuerdo** de modificación requerirá una mayoría reforzada y, por otra, en todo caso, los socios disidentes tienen la posibilidad legal de abandonar la compañía, con el reembolso del valor razonable de sus participaciones en el capital **social**.

11. La primera cuestión que se plantea en el caso enjuiciado es si efectivamente la sociedad ha variado sustancialmente su actividad con la adquisición de aquellas participaciones **sociales** y asumiendo o participando directamente en la administración de dichas sociedades.

12. En su redacción original el art. 346.1 la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) decía que "los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente **acuerdo**, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes: a) Sustitución del objeto **social**". Su redacción fue modificada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, por lo que su texto actual dice "a) Sustitución o modificación sustancial del objeto **social**", es decir, equipara la sustitución a la modificación sustancial.

13. El Tribunal Supremo ya había anticipado en sentencia nº 438/2010, de 30 de junio (Roj: STS 3538/2010 ) que:



"la sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta - conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra -, **sino relativa**, atendiendo como razón identificadora del objeto **social** a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella".

Añadiendo que:

**"No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos**, a los que se ha referido en numerosas ocasiones la Dirección **General** de los Registros y del Notariado - resoluciones de 17 de febrero y 8 de junio de 1.992, 18 de agosto y 11 de noviembre de 1.993... -, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio **social** tenga un destino distinto del previsto en los estatutos..."

En el caso enjuiciado el Alto Tribunal consideró que se daba la causa de separación porque:

*"Borrás, SL ha sido una sociedad exclusivamente dedicada a la fabricación y a la venta consiguiente de productos derivados del chocolate. Y, por virtud de la modificación estatutaria a que se refiere la demanda pasará a dedicarse, por sí o por medio de otras sociedades, a las explotaciones hortofrutícolas y a las actividades extractivas pesqueras, así como a vender tanto aquellos productos como estos".*

13. El Tribunal Supremo ratifica dicha doctrina en su sentencia 102/2011, de 10 de marzo (Roj: STS 2033/2011) en la que partiendo expresamente de aquella posición añade que:

*"que la toma de participaciones en otras sociedades no comporta necesariamente actuación fuera del objeto ya que, deben atenderse las circunstancias del caso y, como afirma la resolución de la Dirección **General** de Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990 "Crear filiales o tomar participación en otras Sociedades que tengan el mismo objeto **social** constituye, cuando así se ha previsto específicamente, una modalidad indiscutible de ejercicio del objeto", (...)"*.

Para concluir en su sentencia que:

*"1) Que en aquellos supuestos en los que la sociedad procede a tomar participaciones o realizar simples "inversiones de participación" en **sociedades del mismo sector en el que actúa la inversionista**, en cuyo caso no existe sustitución de empresa, constituyendo simples actos de ejecución de la actividad -en este sentido, mientras por un lado la sentencia de 9 mayo 1986 afirma que la inversión en una compañía "que pertenece prácticamente a la demandada en su totalidad y que, según la documentación aportada tiene por objeto el comercio y distribución, entre otros, de productos alimenticios, cuales los de la ahora participada" no modifica o altera el objeto **social**, sino que contribuye al objeto **social**, por otro el artículo 2361 del Código Civil italiano, dispone que "L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo" (No está permitida la compra de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista de forma genérica en el acto constitutivo, si por el volumen y el objeto se modifica sustancialmente el objeto **social** especificado en el acto constitutivo).*

*2) Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar "directamente, la distribución de energía eléctrica", la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante **la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una "sustitución de la actividad" de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la "sustitución del objeto", con alteración de las bases determinantes en su momento de la affectio societatis**, ya que al no alterarse la estructura propia de la "sociedad isla", sustituir la "explotación directa" de una actividad industrial por la "explotación de acciones y participaciones" **sociales**, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los **acuerdos anulables** de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital - al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio".*

En el caso enjuiciado por el Tribunal, este considera que:



"27. En el presente caso en el que pese a tratarse de una sociedad anónima, la desinversión de los socios minoritarios está dificultada por tratarse de una sociedad cerrada, la modificación estatutaria constituye una sustitución o reemplazo del objeto **social** como lo evidencia el " traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad", transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones, sin que a ello sea obstáculo que la participada desarrolle su actividad en el mismo sector del mercado, máxime cuando la singularidad de la actividad es determinante de su sumisión a un control que se trata de eludir precisamente mediante una alteración estatutaria cuya transcendencia permite calificarla razonablemente de "sustitución del objeto" que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad."

14. Así pues, conforme a la doctrina legal expuesta, no existirá sustitución o modificación sustancial del objeto **social** cuando " **la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente (...) y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos** " ( STS 438/2010 ), ni tampoco cuando " **la sociedad procede a tomar participaciones o realizar simples "inversiones de participación" en sociedades del mismo sector en el que actúa la inversionista** " ( STS102/2011 ). Podemos deducir que, en sentido contrario, habrá modificación sustancial cuando la adición de una actividad resulte cuantitativamente significativa y cuando consista en la toma de participaciones en sociedades que se dediquen a sectores diferentes del que estatutaria y actualmente desarrolla la sociedad.

15. En el caso enjuiciado es indudable que la toma de participaciones en las otras sociedades enumeradas es cuantitativamente significativa, ya que en las cuentas del 2011 estaban valoradas en 2.236.200 euros, lo que supone aproximadamente un 21% del activo total de la compañía. Desde este punto de vista no se puede decir que son <<intrascendentes>>. Creemos que el Juez de lo mercantil ha analizado la cuestión cuantitativa desde otro punto de vista, ha partido de cuál es la actividad principal de la sociedad y si estas inversiones, por su importancia económica en el patrimonio **social**, suponen la reorientación de su objeto, por ello concluye que si esta nueva actividad sólo representa el 21% de la actividad total de la compañía no se puede afirmar que la actividad principal de la compañía sea la nueva y, por tanto, haya sustituido la actividad inmobiliaria. Sin embargo, no podemos compartir este respetable punto de vista, ya que la jurisprudencia no habla sólo de sustitución del objeto **social** en términos absolutos, como cambio de un objeto por uno nuevo, sino relativos, como adición de nuevos objetos **sociales** al definido originariamente.

16. También creemos que, dados los términos del precepto, lo determinante de la modificación contemplada por la norma, no es la importancia cuantitativa de la nueva actividad en los resultados de la compañía, sino su diferencia cualitativa del objeto **social** primitivo. En tanto que, en su diseño legal, el derecho de separación no surge del ejercicio de una actividad diferente, sino que es previo en cuanto que está vinculado a la mera modificación estatutaria, por lo tanto, teóricamente anterior a su ejercicio.

17. Cualitativamente la actividad (objetos **sociales**) de las sociedades participadas no tienen relación alguna con la actividad de la compañía. Aquellas se dedican a la heladería y su maquinaria, a la pastelería, confitería, bollería, panadería, chocolatería y platos cocinados y precocinados, así como a la consultoría en materia de seguridad en el trabajo, organización de la producción, calidad y medio ambiente. Se trata de actividades radicalmente diferentes de la actividad inmobiliaria de Jumarfe SA.

18. Por último, es importante añadir que, en este caso, la sociedad no se ha limitado a adquirir participaciones **sociales**, sino que en dos de ellas es la administradora de la sociedad y en la tercera participa en su consejo de administración, de lo que se deduce, primero, que no son simples inversiones de excesos de tesorería, como dice la demandada, sino que la sociedad ha asumido la gestión de la actividad de dichas empresas, y, segundo, que la compañía demandada está asumiendo una importante responsabilidad como administradora de las participadas.

19. El art. 346.1.a LSC en su redacción actual establece, como hemos dicho, que "los socios **que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo** , incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes: a) Sustitución o modificación sustancial del objeto **social**". El precepto comienza refiriéndose a los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente **acuerdo**, por lo que el reconocimiento de este derecho presupone, a nuestro juicio claramente, la existencia de un **acuerdo** de sustitución o de modificación del **acuerdo social**. Por lo tanto, entendemos que, en principio, la modificación de hecho de la actividad de la compañía, derivando al menos una parte significativa de la misma hacia sectores económicos diferentes, no da derecho a los socios disidentes a separarse de la compañía en aplicación del supuesto contemplado en el art. 346 LSC. El socio, que quiere permanecer en la compañía, tiene otras armas para tratar de corregir la situación, como la **impugnación** de los **acuerdos** de la **junta** que ratifiquen dichas decisiones, sin modificación de los estatutos, o las acciones de responsabilidad contra los administradores.



Lo que ocurre es que no podemos descartar a priori tener que acudir a otras instituciones **generales** como el abuso de derecho o el fraude de ley.

20. En este caso, el **acuerdo** de modificación sencillamente no existe, precisamente los demandantes pretendieron que se adoptara tal **acuerdo**, propuesta que fue expresamente desestimada por la **junta general** extraordinaria de 20 de diciembre de 2012.

21. El juez de lo mercantil, acogiendo los argumentos de la demandada, entiende que la propuesta de modificación estatutaria formulada por los actores adolecía de un defecto esencial, ya que junto a la misma no se redactó el necesario informe de justificación de dicha propuesta al tratarse de una sociedad anónima, al que se refiere el art. 286 LSC, lo que le permitiría desestimar la demanda por este motivo.

22. Aunque el argumento es perfectamente razonable, ya que parte del entendimiento que el derecho de separación del socio presupone un **acuerdo** "válido" de modificación de los estatutos, lo que permitiría deducir que si la propuesta no cumple los mínimos requisitos legales no podría dar satisfacción a dicho presupuesto. Sin embargo, en nuestra opinión, resulta irrelevante que no se hayan cumplido las formalidades previas a la adopción del **acuerdo** de modificación de los estatutos, cuando sencillamente este no se llegó a adoptar.

23. La cuestión decisiva de este pleito estriba en si la modificación de hecho del objeto **social**, es decir, sin **acuerdo** estatuario de adaptación de los estatutos, implican un abuso de derecho o un fraude de Ley.

24. Al desestimar la propuesta de la minoría, la mayoría en el acta de la **junta** de 20 de septiembre de 2012 quiso adoptar el siguiente **acuerdo**:

Primero.- La actividad real no ha cambiado, sigue siendo la misma. En consecuencia, aprobar que la actividad económica desarrollada por Jumarfe SA es la inmobiliaria, tal y como recoge su objeto **social**.

La adquisición de participaciones en otras compañías por parte de Jumarfe SA, son operaciones internas que no constituyen actividad empresarial, dado que en ellas se concreta la utilización de los excesos de tesorería de que dispone Jumarfe SA la compañía está actuando como un mero inversor particular.

Dada la crisis que esta viviendo el sector inmobiliario, se está invirtiendo temporalmente la liquidez en la adquisición de participaciones en otras entidades, con el único objeto de afrontar con los rendimientos obtenidos inversiones inmobiliarias futuras.

Sometido a votación se aprueba con el voto favorable de los accionistas presentes y representados que suma un 66'66% sobre el total del capital.

Segundo.- No puede someterse a votación dicho **acuerdo** (modificación del objeto **social**) por defecto invalidante, a tenor de lo dispuesto en el art. 285 LSC (...).

25. Este **acuerdo** es relevante porque hace patente cuál es la posición de la mayoría de socios que, apoyándose en su derecho a votar libremente y conforme a sus intereses (art.93.c LSC), ratifica de forma incontestable la realización de actividades que, a nuestro juicio, se desarrollan fuera de los límites del objeto **social**, lo que priva a los socios disidentes del derecho de separación.

26. La jurisprudencia ha acudido al abuso de derecho en materia societaria para reparar o limitar algunos desafueros de la mayoría, por ejemplo la sentencia 873/2011, de 7 de diciembre (Roj: STS 9284/2011), cuyos fundamentos 36 y 37 dicen:

*"36. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa del negocio societario, 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-*

37. *Tratándose en concreto de **acuerdos** referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la **impugnación** de **acuerdos** por falta de reparto de beneficios -a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg-, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo , que "[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva*



afectada de notoria ilicitud, que justifica la **impugnación** promovida y estimada del **acuerdo** de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría".

27. En el mismo sentido podemos citar la sentencia 125/2012, de 20 de marzo (Roj: STS 2215/2012), en cuyo fundamento noveno apartado 4 se dice:

"4ª) (...) Lo que sucede en realidad es que la jurisprudencia de esta Sala hubo de suplir la imprevisión de la LSA de 1951 interpretándola conforme a las normas **generales** de las obligaciones y contratos en relación con las reglas del usufructo. Y si bien es cierto que la LSA de 1989 y la LSRL de 1995, por remisión, arbitró un remedio expreso en el art. 68 de la primera, este se ha revelado insuficiente frente a actuaciones abusivas o de mala fe del nudo propietario, que deben seguir siendo evitadas por los tribunales si conducen a que el usufructo quede, de hecho, vacío de contenido. Esto se advierte también, como ha puesto de manifiesto esta Sala en su sentencia de 7 de diciembre de 2011 (rec. 1857/08), en materia de derecho al dividendo, **pues también la jurisprudencia hubo de buscar remedio al abuso de derecho o al abuso de poder de la mayoría que, de hecho, negara a la minoría el derecho al dividendo** y luego el legislador, recientemente y por Ley 25/2011, de 1 de agosto, ha incorporado a la Ley de Sociedades de Capital, texto refundido de 2010, el art. 348 bis para reconocer el derecho de separación al socio que hubiera votado a favor de la distribución de beneficios si la **junta general** no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación.

28. El art. 7.2 CC comienza diciendo que "la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo", para añadir que "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, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". El Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera ley del Código civil de Cataluña), en relación al primer inciso del anterior precepto, establece que "en las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos" (art. 111.7). En este mismo sentido, el art. 11.2 LOPJ establece que "los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal". Por su parte el art. 6.4 CC define el fraude de ley, diciendo "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

29. El abuso de derecho requiere: a) el uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestándose de forma subjetiva (el autor solo tiene la intención de perjudicar) o bajo una forma objetiva (cuando el daño procede del exceso o de la anormalidad de su ejercicio).

30. Así el primero de los requisitos es el uso de un derecho subjetivo: en este caso la **junta** de socios, órgano rector de la sociedad, adopta sus **acuerdos** por mayoría, conforme el art. 159 LSC, **acuerdos** que vinculan también a los disidentes. Es indudable que los socios pueden votar libremente conforme a sus intereses, pero es dudoso que la Ley reconozca a los socios el derecho a votar en contra de los estatutos, autorizando actividades que, como hemos dicho, se encuentran fuera de las actividades permitidas por el objeto **social**. Lo que indudablemente tienen sus socios es el derecho a modificar los estatutos para adaptar el objeto **social** y permitir aquellas actividades. Hay que recordar que la Ley incluye dentro del concepto de actos abusivos no solo el ejercicio sino también la omisión. En el caso enjuiciado, lo que podría resultar abusivo es la omisión de la mayoría de los socios de modificar los estatutos e incluir las actividades que expresamente han aceptado desarrollar.

31. Esa omisión priva indebidamente a los socios minoritarios demandantes de su derecho de separación, en la interpretación mantenida del art. 346 LEC, por lo que causa un daño a sus intereses. Por último, la **junta** es perfectamente consciente de que ese proceder priva a los minoritarios de aquel derecho y obliga a estos a seguir formando parte a perpetuidad de una sociedad que de facto ha modificado sustancialmente la actividad, en contra de sus estatutos.

32. Los límites entre el abuso de derecho y el fraude de ley son realmente difusos. Se dice que la diferencia está en la base de una y otra institución; el abuso implica el ejercicio anormal de un derecho subjetivo, como ocurre en este caso, mientras que en el fraude de ley hay un mal uso del derecho objetivo.

33. En cualquier caso, a la misma conclusión llegaríamos aplicando ésta última técnica. En este supuesto, la norma de cobertura sería la que permite a la **junta** autorizar la labor de los administradores realizada fuera del objeto **social**, sin modificar los estatutos, actuación que persigue una finalidad prohibida por el ordenamiento, en cuanto que la sociedad y sus administradores deben limitar su actividad al objeto estatutario. La falta de



modificación del objeto estatutario priva a los socios disidentes de la posibilidad de ejercitar su derecho de separación.

34. En ambos supuestos, abuso de derecho o fraude de ley, la consecuencia será reconocer a los actores su derecho de separación y, en consecuencia, el valor razonable de sus participaciones **sociales** o acciones en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amortizan, según lo dispuesto en el art. 356.1 LSC.

35. Como establece el art. 353 LSC, "a falta de **acuerdo** entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones **sociales** o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad", pero como dichas actuaciones han de realizarse en ejecución de sentencia parece lógico que el auditor lo designe el Juzgado sin mayor dilación, el cual deberá presentar un informe en el plazo máximo de dos meses desde la aceptación del cargo, el cual podrá ser lógicamente objeto de contradicción, todo ello conforme los tramites del art. 712 y siguientes de la LEC .

36. La demandada describe como los actores, o alguno de ellos, han tratado de simular o ha simulado diversas operaciones de venta de acciones para provocar que la sociedad ejercitara su derecho de adquisición preferente, con algunos éxitos y otros fracasos. Esa actuación, aunque sea jurídicamente reprochable, podría haber obedecido a un intento de los actores vendedores de engañar a los demandados, pero también podría haber sido la respuesta a un supuesto abuso de la mayoría, que habría tratado que los actores "traguen" con todas sus decisiones. No decimos que haya sido así, sino que esa puede ser simplemente una hipótesis plausible. Lo cierto es que dichos comportamientos, que podrían haber tenido alguna consecuencia en cuanto a la legitimación activa, resultan irrelevantes al ser firme el pronunciamiento sobre la legitimación activa. Por otra parte, no tiene relevancia alguna en los demás aspectos del caso enjuiciado, ya que el abuso de uno no justifica el abuso del otro.

37. No procede hacer especial imposición de las costas de primera instancia por las dudas jurídicas que el asunto suscita, y, conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 7 de enero de 2014 dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y, en su lugar se acuerda estimar la demanda presentada por Teodora y Felisa , Baltasar , Antonieta y Amador , reconocer a los actores el derecho a separarse de la sociedad Jumarfe SA, y en consecuencia, condenar a Jumarfe SA a pagar a los actores el valor razonable de sus acciones, a determinar por **acuerdo** entre las partes en el periodo de ejecución voluntaria de la sentencia, y en su defecto, por el que se determine por un auditor nombrado por el Juzgado, que deberá emitir y presentar su informe en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo, que podrá ser sometido a contradicción conforme a lo indicado, todo ello sin especial imposición de las costas en ninguna de las instancias.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.