



Roj: **SAP OU 270/2018 - ECLI:ES:APOU:2018:270**

Id Cendoj: **32054370012018100138**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **202/2017**

Nº de Resolución: **181/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Ourense, núm. 4, 22-09-2016,  
SAP OU 270/2018**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00181/2018**

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

**N.I.G.** 32054 42 1 2015 0005613

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000202 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de OURENSE

**Procedimiento de origen:** ORDINARIO IMPUGN. ACUERDOS SOCIALES-249.1.3 0000856 /2015

Recurrente: **GALLEGA DE ANALISIS Y SERVICIOS HOSTELEROS SL**

Procurador: D<sup>a</sup> MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO

Abogado: D. FRANCISCO OLIVEIRA COBELAS

Recurrido: D. Calixto

Procurador: D. FRANCISCO PEREZ PEREZ

Abogado: D. JOAQUIN GONZALEZ VILA

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 00181/2018**

En la ciudad de Ourense a seis de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Ourense, seguidos con el n.º 856/15, Rollo de apelación núm. 202/17, entre partes, como apelante la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros, S.L., representada por la procurador de los tribunales D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la



dirección del letrado D. Francisco Oliveira Cobelas y, como apelado, D. Calixto, representado por el procurador de los tribunales D. Francisco Pérez Pérez, bajo la dirección del letrado D. Joaquín González Vila.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 22 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por el procurador Sr. Francisco Pérez Pérez en nombre y representación de don Calixto contra la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros, S.L. debo declarar y declaro:

· La nulidad del Acuerdo de la Junta General de Socios de 15 de junio de 2015 de la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros S.L., por el que se aprueba el punto 2º del Orden del Día.

· La nulidad del Acuerdo de la Junta General de Socios de 15 de junio de 2015 de la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros S.L., por el que se aprueba el punto 6º del Orden del Día referido al demandante.

· En consecuencia se condene a la demandada la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros S.L. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos realizando cuantos actos societarios resulten necesarios para reponer a Don Calixto en el cargo de administrador social que venía ostentando con anterioridad a la fecha de aprobación de los acuerdos aquí impugnados para lo cual deberá proceder a la subsanación en su caso, de todos los actos societarios que se hayan adoptado con posterioridad y que resulten necesarios para dicha reposición.

· Se aplicarán todos los efectos propios de la declaración de nulidad.

Se condena en costas a la parte demandada".

Por dicho órgano judicial y con fecha 28 de octubre de 2016 se ha dictado Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**PARTE DISPOSITIVA:** Corresponde aclarar la sentencia de 22 de septiembre de 2016 dictada en el Procedimiento Ordinario 856/15 y en consecuencia en el penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Tercero donde dice "respecto al punto 6º no existió en la convocatoria el texto alternativo requerido y puesto de manifiesto además en el Auto Judicial de 24 de abril de 2015" debe constar "respecto al punto 2º no existió en la convocatoria el texto alternativo requerido y puesto de manifiesto además en el Auto Judicial de 24 de abril de 2015".

Corresponde aclarar la sentencia de 22 de septiembre de 2016 dictada en el Procedimiento Ordinario 856/15 y en consecuencia en su encabezado en vez de la expresión "...a instancia de don Calixto representado por el procurador Sr. Francisco Pérez Pérez y asistido por el letrado Sr. Joaquín González Vila contra don Iván representado por la procuradora Sra. María Gloria Sánchez Izquierdo y asistido por el letrado Sr. Francisco José Oliveira..." deberá constar la expresión "...a instancia de don Calixto representado por el procurador Sr. Francisco Pérez Pérez y asistido por el letrado Sr. Joaquín González Vila contra la ENTIDAD GALLEGA DE ANALISIS Y SERVICIOS HOSTELEROS S.L. representada por la procuradora Sra. María Gloria Sánchez Izquierdo y asistida por el letrado Sr. Francisco José Oliveira...".

Corresponde complementar la sentencia de 22 de septiembre de 2016 dictada en el Procedimiento Ordinario 856/15 y en consecuencia en el penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Tercero donde dice "...cuantos actos societarios resulten necesarios para reponer a don Calixto en el cargo de administrador social" deberá constar "cuantos actos societarios resulten necesarios para reponer a don Calixto y don Iván en el cargo de administrador social...".

Corresponde complementar la sentencia de 22 de septiembre de 2016 dictada en el Procedimiento Ordinario 856/15 y en consecuencia en su Fallo donde dice "...realizando cuantos actos societarios para reponer a Don Calixto en el cargo de administrador social que venía ostentando con anterioridad a la fecha de aprobación de los acuerdos aquí impugnados..."deberá constar "...realizando cuantos actos societarios para reponer a Don Calixto y don Iván en el cargo de administrador social que venía ostentando con anterioridad a la fecha de aprobación de los acuerdos aquí impugnados...".

El resto de pronunciamientos se mantendrán tal y como fueron dictados sin que proceda aclaración alguna ni ningún otro complemento".

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros, S.L., recurso de apelación en ambos efectos y, seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.



## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en tanto no contradiga lo expuesto a continuación.

**PRIMERO.-** Se impugna en el recurso de apelación el pronunciamiento dictado en el fundamento jurídico 3º de la sentencia apelada, que estimó vulnerado el artº 174 de la Ley de Sociedades de Capital por un defecto de la convocatoria a la Junta General celebrada en 15 de junio de 2015, por omisión del texto alternativo del artículo de los Estatutos cuya modificación se pretendía en dicha Junta, según el punto segundo del orden del día y que se pretendía someter a aprobación de la Junta General, al no haberse publicado en el BORME y en el diario Voz de Galicia, pese a que así se había dispuesto en el Auto dictado por el juzgado (de 24 de abril de 2015) que acordó la convocatoria de tal Junta General, según había sido solicitado por los socios que representaban el porcentaje previsto en la Ley. En la parte dispositiva de dicha resolución judicial, se acordaba, que uno de los puntos a tratar, como se había interesado, sería la modificación del artículo 28 de los Estatutos Sociales, debiendo incorporarse a la convocatoria el texto del artº 28 que se pretendía someter a aprobación. Es lo cierto que en los diarios oficiales se había publicado el Edicto del juzgado, el cual no contenía el nuevo texto del artº 28 de los Estatutos que se iba a someter a aprobación de la Junta General, pese a que así se había interesado del juzgado por los socios solicitantes de la convocatoria y que en su solicitud sí se había incluido el texto del nuevo artículo 28. Conocido, por otra parte, por el socio-administrador demandante, puesto que así constaba en el requerimiento notarial previo que le había sido formulado para la convocatoria de junta general (a lo que se opuso) y cuya negativa había dado lugar a la solicitud de convocatoria judicial, en la que se había vuelto a incluir dicho texto alternativo. Solicitud, de la que se dio traslado también al demandante en el curso del expediente judicial de convocatoria de junta general de accionistas, seguido con el nº 188/2015 ante el Juzgado de instancia. También constaba el texto alternativo en las convocatorias individuales realizadas a cada uno de los socios, de conformidad con el artº 20 de los Estatutos sociales, notificación realizada conforme a las prescripciones legales, tal como se hizo constar en el Acta notarial que documenta la Junta celebrada en 15 de junio de 2015 y en su complementaria otorgada en 3 de septiembre de 2015. Pero es que, además, la convocatoria individual a dicha Junta General que se había dirigido a cada uno de los socios, había sido firmada por el administrador demandante y, en la misma, se comprendía el mismo texto alternativo que se iba a someter a aprobación, sobradamente conocido por todos los socios y más concretamente por el administrador demandante.

En definitiva, el nuevo texto a aprobar en dicha Junta general del artº 28 de los Estatutos sociales, había sido conocido por todos y cada uno de los socios con la debida antelación, pues se comprendía en la convocatoria individual legalmente realizada. Por ello, que cuando se sometió a la consideración de la Junta general el punto dos del orden del día, que tenía por objeto modificar el artº 28 de los Estatutos para otorgarle la nueva redacción, en ningún momento se alegó por el demandante, ni por ningún otro socio, desconocimiento del nuevo texto que se sometía a aprobación y que resultó aprobado, mediante el voto favorable de los socios que representaban el 65% del capital social en los siguientes términos: "se aprueba la redacción del artº 28 de los Estatutos sociales con un 65% del capital social, a favor y un 35% en contra". Limitándose el demandante evidenciar su oposición en la junta porque consideraba insuficiente dicha mayoría para la modificación estatutaria, pero no porque desconociese el texto alternativo aprobado. De cuya postura adoptada en Junta, ha de inferirse también, racionalmente, su conocimiento previo del nuevo texto, sin realizar salvedad alguna por tal causa.

A pesar de dicha irregularidad, que se considera meramente formal, no resultó infringido el artº 20 de los Estatutos sociales, conforme al cual, "toda junta general deberá ser convocada mediante carta certificada con acuse de recibo dirigida a cada uno de los socios. Las comunicaciones individuales deberán cursarse de forma que entre la última que se remita y la fecha fijada para la celebración de la junta medie un plazo de al menos quince días...En la comunicación se expresará el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar. Se harán constar en las mismas las menciones obligatorias que en cada caso exija la ley en relación a los temas a tratar". Requisitos todos ellos cumplidos en el presente caso, puesto que en dichas comunicaciones individuales sí se contenía el texto alternativo sometido a aprobación de la Junta general, siendo, por ello, que la escritura de modificación estatutaria fue inscrita por el Registrador Mercantil conforme a lo dispuesto en el artº 195 del Reglamento del Registro Mercantil. Además, a dicha irregularidad formal no fue ajeno el juzgado de instancia, puesto que el Edicto de convocatoria entregado a la parte para su publicación en el BORME había sido redactado por la Sra. Secretaria del juzgado de instancia y en el mismo no se comprendía el texto alternativo de los Estatutos, como se acordaba en la parte dispositiva del Auto del juzgado y tal como le había sido solicitado por la parte que había interesado la convocatoria judicial de la Junta. Por lo que no se considera infringido el artº 174 de la Ley de Sociedades de Capital.



Pero es que, además, como alega la parte apelante, la sentencia apelada infringe lo dispuesto en el artº 206-5 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual, no podrán alegarse defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo, por quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiese hecho, como no lo fue en el acto de celebración de la Junta general, por el demandante, que no cuestionó su conocimiento del nuevo texto del Artº 28 de los Estatutos sociales, ni formuló protesta alguna en tal sentido. Siendo por tal motivo su formulación extemporánea, más aun teniendo en cuenta lo dispuesto en el artº 204.3ºa) de la Ley de Sociedades de Capital. Consideraciones que conducen a la estimación del motivo segundo del recurso de apelación interpuesto.

**SEGUNDO.-** En cuanto al fondo, alega la parte apelante, que en contra de lo sostenido en la sentencia apelada en ausencia de previsión legal o estatutaria expresa, no se requería la mayoría reforzada de los dos tercios para la modificación del artº 28 de los Estatutos sociales, en el que se regulaba la duración del cargo de administrador; siendo suficiente para dicha modificación estatutaria el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, conforme a lo dispuesto en el artº 199 a) de la Ley de Sociedades de Capital, que había sido obtenida en el presente caso. En efecto, el artº 15 de los Estatutos sociales, establece, que la voluntad de los socios expresada por mayoría regirá la vida de la sociedad. Salvo que por la Ley o por los Estatutos se disponga otra cosa, los acuerdos se adoptarán por la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen, al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales. Y el artº 16 de los Estatutos, dispone, "para que la Junta pueda acordar válidamente el aumento o disminución del capital social o cualquier otra modificación estatutaria, deberán votar a favor del acuerdo más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que esté dividido el capital social (texto idéntico al artº 199-a) de la Ley de Sociedades de Capital) salvo que en los propios Estatutos se exigiera otra mayoría cualificada, lo que no sucede en el caso. Bastando, por ello, para tal modificación estatutaria, contar con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones sociales. Como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de febrero de 2011 (Sección 15ª) "No cabe confundir el quórum necesario para la modificación de los estatutos y, por tanto, para la modificación de un artículo de los estatutos, con el contenido del artículo ni, por tanto, con el quórum que, como contenido del artículo, puede éste fijar para determinada decisión de la que trata el precepto". El quórum requerido para determinadas actuaciones de gestión de la sociedad como es la de cese de los administradores sociales, no guarda relación con el requerido para la modificación de los Estatutos Sociales. En similar sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña (Sección 4ª) de 2 de junio de 2006, al señalar, "el acuerdo social impugnado fue adoptado con las exigencias formales exigidas por la legislación societaria, siendo perfectamente viable que una entidad, con cumplimiento de los requisitos previstos en los artºs 103 y 144 de la Ley de Sociedades Anónimas, modifique sus estatutos para adoptarlos a las previsiones legales, eliminando mayorías cualificadas". En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25) de 27 de enero de 2006, analizando un supuesto análogo al aquí enjuiciado, también se establece, en un criterio que se comparte, "el artículo 7 de los Estatutos de la sociedad demandada solo requiere mayoría cualificada de dos tercios para cuatro supuestos entre los que no se encuentra la modificación de los Estatutos, para la que prevén una mayoría consistente en "más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que esté dividido el capital social". Esa mayoría ya se entendía como cualificada, pues no se limita a la mitad más uno de quienes estuvieran presentes, como se contempla en la mayoría ordinaria sino que los votos mayoritarios han de suponer también la mitad más uno del total de participaciones, en lugar del tercio previsto para la mayoría simple u ordinaria.

La interpretación de la estipulación no ofrece duda alguna, y resulta evidente que en ella se está abarcando cualquier modificación de los Estatutos que por Ley no tenga prevista una mayoría distinta. De modo que no es necesario acudir a otras pautas hermenéuticas de las contenidas en el capítulo IV del Título II del Libro IV del Código Civil distintas de la prevista en el primer párrafo del artículo 1.281 de ese texto legal, y menos si en la labor exegética se pretende desnaturalizar su sentido para atribuirle otro más conveniente a sus intereses con el que se pretende que la modificación estatutaria relativa al artículo que regula la mayoría necesaria para cesar a los administradores deba requerir la misma cualificación que en la norma convencional se establece para conseguir el cese.

Son cuestiones completamente diferentes, pues mientras la modificación de los Estatutos supone la alteración del contrato societario, el cese de los administradores es una medida de oportunidad y utilidad distinta de aquél, que se desarrolla en el ámbito organizativo de la sociedad y cuyas pautas o directrices pueden ser alteradas en cualquier momento aunque para ello deban ser modificados los Estatutos, sin que el artículo 57 LSRL exija para ello una especial cualificación en los acuerdos que decidan sobre la materia.

Por esas mismas razones, tampoco puede hablarse de abuso de derecho. Que uno de los dos socios aprovecha su mayoría absoluta para realizar un ajuste del órgano de la administración más acorde con sus intereses no puede catalogarse como acto de mala fe ni ejercicio antisocial del derecho, sino la consecuencia lógica del



sistema de mayoría de capital que permite a quien lo domine gracias a su mayor esfuerzo económico en la adquisición de aquél, obtener la dirección de la sociedad y ajustarla a sus intereses."

En consecuencia, salvo disposición estatutaria o legal en contra, nada impide que los socios, bien por necesidad o bien por conveniencia, puedan modificar los estatutos sociales adicionando o suprimiendo algún precepto o darle una nueva redacción siempre que el acuerdo se adopte en Junta general, previa legal convocatoria, y se adopten con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social tal como dispone el artº 199 a) de la Ley de Sociedades de Capital . Sin que ello pueda considerarse como una lesión a los intereses sociales, ni que constituya abuso de derecho o fraude de ley.

Es por ello, que se estima que la demanda rectora del proceso debió ser íntegramente desestimada, de modo que procede la estimación del recurso de apelación interpuesto.

**TERCERO.-** Al estimarse el recurso de apelación interpuesto no procede efectuar expresa imposición de las costas de la alzada y, al estimar íntegramente la demanda rectora, se imponen las costas de la instancia a la parte demandante.

De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se decreta la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

#### **FALLO:**

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Gallega de Análisis y Servicios Hosteleros, S.L., la procurador de los tribunales Dª Mª Gloria Sánchez Izquierdo, contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2016 , aclarada por auto de fecha 28 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Ourense , en autos de Juicio Ordinario nº 856/15, Rollo de apelación nº 202/17, que se revoca y, en su virtud, desestimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D. Calixto , el procurador de los tribunales D. Francisco Pérez Pérez, se absuelve a la entidad demandada de las pretensiones en su contra deducidas; todo ello imponiendo a la actora las costas causadas en la instancia y sin hacer expreso pronunciamiento en torno a las causadas en esta alzada.

Devuélvase a la recurrente la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.