



Roj: **SAP M 747/2009 - ECLI:ES:APM:2009:747**

Id Cendoj: **28079370282009100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/01/2009**

Nº de Recurso: **105/2008**

Nº de Resolución: **18/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION **NN**. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00018/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 105/08

Materia: Sociedades. Impugnación de acuerdos **sociales**

Órgano judicial de origen: Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid

Autos de origen: Proceso núm. 856/04

Parte recurrente: D. Juan Antonio , D.ª Marcelina , D.ª Angelina y D. Luis Francisco

Parte recurrida: ALMORCHON NUEVO, S.L

SENTENCIA NÚM. 18

En Madrid, a 30 de enero de 2009.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Enrique García García y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 105/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2007 dictada en el proceso núm. 856/04 **seguido** ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante/s D. Juan Antonio , D.ª Marcelina , D.ª Angelina y D. Luis Francisco , representado/s por el/los Procurador/es D. Juan Manuel Caloto Carpintero y defendido/s por el/los Letrado/s D.ª Margarita Pineda Arnáiz y como apelado/s la mercantil ARMORCHON NUEVO, S.L representado/s por el/los Procuradores D.ª Margarita López Jiménez y defendido/s por el/los Letrados D. Francisco Javier Quiralte Paredes.

Es magistrado ponente D. Rafael Sarazá Jimena, que expresa el parecer del tribunal

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 9 de agosto de 2004 por la representación de D. Juan Antonio , D.ª Marcelina , D.ª Angelina y D. Luis Francisco contra la mercantil ALMORCHON NUEVO, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:



"Que habiendo por presentado este escrito con los documentos acompañados al mismo y sus copias, lo admita y tenga por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en nombre de los socios DON Juan Antonio , su esposa DOÑA Marcelina y de los hijos comunes de ambos DOÑA Angelina Y DON Luis Francisco , en DECLARACIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de Accionistas de 30 de junio de 2004 de la entidad S.L., Almorchón Nuevo con domicilio en el Paseo de la Castellana, nº 176-1º de Madrid, y, previo emplazamiento de la entidad demandada, y cumplimiento de los demás trámites de rigor, con recibimiento a prueba de las actuaciones, servirse dictar Sentencia en su día por la que, con estimación de la presente demanda, se declare nula y sin efecto la Junta General de Accionistas de la entidad, así como los acuerdos adoptados en la misma, o bien que, subsidiariamente, si así lo estimara pertinente este Juzgador, se declare la nulidad y anulabilidad del punto primero del orden del día de la Junta, por ser contrario a los intereses **sociales** y haberse **acordado** en **beneficio** particular de solo algunas de los socios y en perjuicio de nuestros mandantes, todo ello con expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid dictó sentencia, con fecha 13 de marzo de 2007 , cuyo fallo era el siguiente: "Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda formulada por el Juan Antonio , Marcelina , Angelina , y Luis Francisco representado por el Procurador D. JUAN MANUEL CALOTO CARPINTERO contra ALMORCHON NUEVO, S.L. representado por el Procurador/a D./Dña. MARGARITA LOPEZ JIMENEZ debo ABSOLVER Y ABUELVO a la demandada, con expresa condena en costas al actor."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Juan Antonio , D.ª Marcelina , D.ª Angelina y D. Luis Francisco se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado Juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha **seguido** con arreglo a los trámites de los de su clase, siendo señalada la deliberación, votación y fallo del recurso el día 29 de enero de 2009.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes D. Juan Antonio , D.ª Marcelina , D.ª Angelina y D. Luis Francisco interpusieron en su día demanda de impugnación de acuerdos **sociales** contra la sociedad "ALMORCHÓN NUEVO, S.L.", concretamente de los aprobados en la junta general ordinaria de 30 de junio de 2004. En el suplico de su demanda pedían se declarara la nulidad de la Junta General de Accionistas de la entidad, así como los acuerdos adoptados en la misma, y, subsidiariamente" la nulidad y anulabilidad del punto primero del orden del día de la Junta, por ser contrario a los intereses **sociales** y haberse **acordado** en **beneficio** particular de solo algunas de los socios y en perjuicio de nuestros mandantes".

La demandada se opuso a la pretensión impugnatoria de dichos acuerdos **sociales**, y tras seguirse el proceso se dictó sentencia en la que se desestimaba plenamente la demanda y se condenaba en costas a la parte actora.

Los demandantes han recurrido en apelación dicha sentencia, recurso que ha dado lugar a la formación de este rollo y que es resuelto por la Sala en esta sentencia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se refiere a la indebida aplicación del art. 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (que sería aplicable, como los demás de la Ley de Sociedades Anónimas relativos a la impugnación de acuerdos **sociales**, en virtud de la remisión contenida en el art. 56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , dado que la sociedad demandada no es anónima sino de responsabilidad limitada). La sentencia de instancia entendió que los demandantes no estaban legitimados para impugnar los acuerdos **sociales** aprobados en la junta de 30 de junio de 2004 porque "falta el requisito de procedibilidad alegado por el demandado conforme al art. 117.2 LSA ".

Respecto de cuándo puede entenderse cumplido este requisito, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 171/2001, de 21 febrero , resume la doctrina jurisprudencial existente, cuando afirma:

"El punto esencial del presente litigio es la interpretación que debe darse a la legitimación activa que prevé el artículo 117.2 para los accionistas presentes en la Junta; concretamente, el sentido de hacer «constar en acta su oposición al acuerdo».

Por una parte, no puede exagerarse esta exigencia: no es preciso una fórmula sacramental que recoja la frase del texto legal. Por otra parte, no se puede minusvalorar: es precisa la oposición al acuerdo, sin que baste el manifestarse en contra del mismo antes de la votación. En el caso presente, los demandantes se opusieron,



antes de la votación, claramente, a uno de los puntos debatidos -la suspensión de la ampliación del capital- y no al otro -renuncia a reclamar a los Bancos- pero, aparte de votar en contra, una vez tomado el acuerdo por mayoría no hicieron constar su oposición al mismo. Como destaca la sentencia de la Audiencia Provincial el acuerdo sólo existe cuando ha sido tomado, no antes en que media la discusión e intercambio de pareceres, que pueden ser opuestos y se acuerda lo que vota la mayoría. Tras la adopción del acuerdo, hay que hacer constar la oposición.

La jurisprudencia, aparte de que siempre ha mantenido que el voto en contra no es suficiente para mostrar la oposición que exige el artículo 117.2, se planteó en la sentencia de 18 de septiembre de 1998 específicamente esta cuestión y estimó que no eran precisas frases sacramentales, pero sí la clara manifestación de la oposición, desde luego tras perder la votación y tomado el acuerdo; dice así: «La legitimación para impugnar un acuerdo **social** anulable, como el del caso presente, se atribuye, entre otros, por el artículo 117.2 a los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo. No es suficiente votar en contra del mismo, ni perder una votación. Ha de constar en acta la oposición al acuerdo, si bien no es preciso que conste literalmente, como si fuera una fórmula sacramental, sino que es suficiente que conste y así ha sucedido en el presente caso, en que la sentencia de instancia dice literalmente que "sí consta en acta la voluntad explícita y clara de oponerse al acuerdo" lo que deduce correctamente del acta de la Junta General de 10 de julio de 1992 ya que el esposo de la demandante, parte recurrida en casación, actuando en nombre de la misma, tras perder la votación, hace una serie de manifestaciones que indican claramente su oposición al acuerdo adoptado y ahora impugnado».

Asimismo, dice la de 14 de julio de 1997: «Volviendo al extremo de dejar constancia a la oposición del acuerdo, la propia redacción de la norma legal es clara en cuanto a señalar que la "oposición" ha de recaer sobre el "acuerdo", no, sobre la propuesta o la aprobación del asunto fijado en los puntos del orden del día». La de 13 de noviembre de 1989 se refiere explícitamente a la constancia de la oposición tras haberse tomado el acuerdo, no antes: «limitando el aludido artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas la legitimación para el **ejercicio** de las acciones de impugnación de los acuerdos **sociales**, cuando los accionistas hubiesen concurrido a la Junta, a los que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, esta Sala tiene sentada como doctrina interpretativa del indicado precepto que el mismo no habla de emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo, sino que sólo legitima a quienes hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, debiendo entenderse que éste nace en el momento en que, terminada la votación sobre un extremo sometido a resolución, el cómputo de votos emitidos arroja un resultado favorable a lo que hasta ese momento era una propuesta y es entonces cuando queda adoptado el acuerdo y cabe que el socio que se oponga al mismo haga constar su oposición». Y la de 22 de junio de 1988 recoge la doctrina plasmada en las sentencias anteriores de 22 de diciembre de 1986, 15 de junio de 1987, 30 de noviembre de 1987 en los siguientes términos: «Para el **ejercicio** de una acción impugnatoria por el procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas es indispensable que quienes concurran a la Junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado con absoluta claridad, no siendo suficiente a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación del acuerdo, ya que no existiendo éste en tanto no se verifique el recuento de votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar, sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo»"

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, cuya claridad excusa a la Sala de innecesarias consideraciones adicionales, ha de afirmarse que no son correctos los argumentos de los recurrentes de que a efectos de cumplir dicho requisito de legitimación basta el voto en contra de los socios, y la alegación del representante de uno de los demandantes de que se le estaba coaccionando es intrascendente, pues no hay prueba de que existiera tal coacción, y menos aún en términos tales que le impidiera manifestar su oposición al acuerdo aprobado (si pudo decir que le estaban coaccionando, pudo decir también que mostraba su oposición al acuerdo aprobado).

Pero la tesis sostenida en la sentencia no puede admitirse por varias razones. La primera es que el requisito de legitimación exigido por el art. 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas lo es solamente para la impugnación de acuerdos anulables, pero en el caso de autos se ha ejercitado también la acción de impugnación de acuerdos nulos para cuyo **ejercicio** "están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo" (art. 117.1 de la Ley de Sociedades Anónimas), sin que sea aplicable por tanto el requisito de legitimación apreciado por la sentencia apelada.

La segunda es que ejercitándose también una acción de impugnación de acuerdos anulables en base a la pretendida lesividad del acuerdo de no repartir los **beneficios** del inciso final del art. 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (ya se analizará en qué términos fue ejercitada tal acción), aunque **tres** de los demandantes asistieron a la junta por sí mismos o debidamente representados y no hicieron constar su



oposición al acuerdo aprobado en los términos exigidos por la jurisprudencia citada, otro de los demandantes estuvo ausente en la junta, por lo que estaría legitimado conforme al art. 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que no existe obstáculo alguno para analizar y resolver el fondo de la causa de impugnación.

En todo caso, como reconocen los recurrentes, los motivos de nulidad fueron analizados en la sentencia en cuanto al fondo, y desestimados, por lo que la invocación respecto de los mismos del art. 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas carece de importancia práctica.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso se formula al amparo del art. 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, regulador del derecho de información en relación a la junta general de la sociedad limitada, alegándose una indebida apreciación de las pruebas practicadas.

Tras unas citas jurisprudenciales sobre la naturaleza, alcance y trascendencia de dicho derecho de información, y tras una larga exposición de determinadas circunstancias colaterales que reflejan la conflictividad existente en la sociedad demandada (lo que, por otra parte, no es inusual en este tipo de litigios), pero que en ningún momento pueden, por sí solas, determinar la existencia de una infracción del derecho de información en relación a los concretos acuerdos impugnados, la parte recurrente concreta los extremos en los que considera que la sentencia ha errado por no apreciar la infracción del derecho de información de los demandantes.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006 el derecho a la información tiene dos vertientes: a) aquella que se concreta en el momento de recibir el orden del día de la junta y antes de su celebración; y b) la que se concreta **durante** la celebración de la propia junta.

A estas dos vertientes hace referencia el invocado art. 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cuando establece:

"Los socios podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta General o verbalmente **durante** la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique los intereses **sociales**. Esta excepción no procederá cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital **social**".

Todas las infracciones de dicho derecho que se alegan por los recurrentes habrían tenido lugar en relación a preguntas formuladas oralmente en la junta de socios y otras incidencias acaecidas en relación a la intervención del representante de uno de los actores en dicha junta, puesto que los demandantes que comparecieron a la junta personalmente o mediante representantes (pues otro no compareció, por lo que en momento alguno pudo infringirse su derecho de información) ejercitaron, concretamente uno de los demandantes a través de su representante Sr. Constantino, su derecho de información en la segunda de las modalidades que contempla dicho precepto, esto es, en el curso de la junta. Pese a que la falta de solicitud de información por escrito, o la falta de **ejercicio** por los socios de la facultad que les concede el art. 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de "examinar en el domicilio **social**, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirven de soporte y de antecedente a las cuentas anuales", facultad directamente relacionada con el derecho de información del art. 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no priva a los socios del derecho de solicitar oralmente información **durante** la junta, tampoco puede desconocerse que el momento en que se solicita la información y la naturaleza de la información solicitada condiciona el rigor del escrutinio a que puede ser sometida la respuesta, necesariamente menor si la información se solicita **durante** la celebración de la junta y se refiere a cuestiones detalladas o complejas que requieren poder consultar detenidamente la documentación societaria y ser expuestas por escrito con la precisión propia de la respuesta escrita.

En el extremo a) (f. 503) no se hace referencia a infracción alguna del derecho de información que no hubiera sido apreciada por la sentencia. Tampoco en el extremo b) (f. 504) se hace referencia a vulneración alguna de derecho de información, pues no se manifiesta de qué modo se infringió tal derecho de información, por lo que parece que se está introduciendo más bien lo que se alega en el siguiente extremo. En este extremo, el c), se hace referencia a la vulneración del derecho de información consistente en la falsedad de las contestaciones dadas a las solicitudes de información realizadas, distinguiéndose al efecto varios apartados.

En el apartado 1) de ese punto c) se refieren los recurrentes a que es falsa la afirmación realizada en la junta por el Sr. Braulio, contestando a una pregunta hecha por Don. Constantino, de que la producción de Almorchón Nuevo, S.L. en el **ejercicio** 2004 fuera de 450.000 kgs de aceituna, que no se correspondería con los soportes contables de los que resultaría una producción de 227.000 kgs.





La impugnación no se admite, y ello por varias razones. La primera de ellas es que en la demanda no se alegó ese extremo como fundamento de la acción ejercitada. Lo que se decía respecto de la contestación a dicha solicitud de información es que a los actores les resultaba sospechoso que la cosecha hubiera bajado hasta 450.000 kgs cuando en **ejercicios** anteriores había sido mayor, manifestando expresamente que "no se comprende por qué se ha producido una disminución tan drástica de los **beneficios** de la sociedad". Con lo cual, de basar la imputación de infracción del derecho de información en haberse facilitado una cifra inferior a la que los actores suponían que era la real, que es lo hecho en la demanda, ahora, al interponer el recurso de apelación, la imputación de falsedad resulta de haber facilitado un cifra superior a la real.

En segundo lugar, pese a que ya manifestó Don. Braulio, al contestar a la pregunta formulada en la junta, respecto a que las campañas olivарeras no se corresponden con los años naturales sino que abarcan la parte final de uno de ellos y la parte inicial del siguiente, la recurrente refiere su impugnación a la falsedad en el dato sobre la cosecha de un **ejercicio**, esto es, de un año natural, y no a una campaña, sin más precisiones.

Tampoco explican los demandantes de dónde sacan la cifra de 227.000 kgs, aparte de una referencia genérica a "los propios recibos y soportes contables de la sociedad demandada". No parece razonable que cuando han sido aportados a autos numerosos documentos y soportes contables, la parte actora, en su recurso, denuncie un error en la apreciación de la prueba refiriéndose en general a "recibos y soportes contables de la sociedad demandada", sin una mínima concreción, lo que en la práctica impide la comprobación de si ha existido tal error en la valoración de la prueba. En todo caso, observa la Sala que en el informe y documentación contable aportados **durante** la sustanciación del litigio consta que la cosecha del **ejercicio** 2002-2003 ascendió a 170.924 y la del **ejercicio** 2003- 2004 ascendió a 467.764 kgs (cuadro al f. 262 y documentos a los f. 288 a 291).

Por otra parte, la lectura del acta de la junta de socios (f. 85 y 85 vuelto) no deja claro si la cifra de 450.000 kgs que menciona Don. Braulio en su contestación a la información solicitada por Don. Constantino se refiere a la cosecha 2002-2003 o a la 2003-2004, pues a ambas hace referencia en su contestación; en todo caso, parece que se refiere a la campaña 2003-2004, última a la que había hecho referencia en su anterior contestación, y con la que efectivamente es bastante coincidente la contestación dada (450.000 kgs, cuando en los documentos citados aparece una cosecha de 467.764 kgs).

En todo caso, las imprecisiones que puedan provocarse al contestar oralmente a una información sobre un dato como el del número de kgs de la "cosecha correspondiente al **ejercicio**" (cuando, como se ha dicho, ni siquiera existen cosechas que se correspondan con el año natural y, por tanto, con el **ejercicio social**, sino que abarcan parcialmente dos años consecutivos) no pueden determinar la nulidad del acuerdo aprobado en relación al punto del orden del día al que se refiere la pregunta formulada. Como se ha dicho, el momento y forma de pedir la información y de facilitarla (en la junta y oralmente) y la naturaleza de la información solicitada (a cuánto ascendió una cosecha, que ni siquiera se identifica bien por el solicitante de la información) determina el rigor en el control de la posible vulneración del derecho de información. Se trata de un dato cuya forma lógica de solicitud hubiera sido la solicitud escrita de información previa a la junta o el examen por el socio o su experto contable de los soportes contables de las cuentas sometidas a aprobación (art. 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Si no lo hizo así, el socio ha de arriesgarse a una mayor imprecisión en la información solicitada, sin que ello pueda justificar que se declare la nulidad del acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales por vulneración del derecho de información.

CUARTO.- En el apartado 2) del punto c) se refieren a la información facilitada por Don. Braulio sobre el apartado de "otros ingresos de la explotación" de la cuenta de pérdidas y ganancias, también a preguntas Don. Constantino. En la junta, Don. Braulio informó que correspondía al alquiler a terceros de una máquina, mientras que, se dice en el recurso, dichos ingresos proceden de las subvenciones percibidas por la explotación agropecuaria.

De nuevo la parte actora está introduciendo una cuestión nueva, pues lo expresado en el recurso para impugnar la sentencia no había sido alegado en la demanda. Lo que en ella alegaba la parte actora es que dicha partida "ha experimentado una reducción de más del cincuenta por ciento respecto del **ejercicio** anterior, sin que se dé explicación para ello por parte de los miembros del Consejo de Administración. Tampoco, siguiendo la pauta de oscuridad en que se desarrolla toda la actividad del Consejo de Administración, se concreta quiénes sean los terceros, personas físicas o entidades, que tienen relación con la entidad Almorchón Nuevo, S.L., y que arriendan su maquinaria, bajo qué condiciones y por qué circunstancia. Ninguna otra explicación se da a los socios, sobre una operación que no puede comprenderse, dado que se desconoce por completo por qué motivos la entidad adquiere una maquinaria agrícola que no va a ser de uso, y qué terceros y con qué finalidad se **haya** podido alquilar la misma" (f. 12 y 13). Se pasa, por tanto, de denunciar la infracción del derecho de información por la falta de explicaciones complementarias respecto de la reducción de una partida contable de ingresos y de las circunstancias en que se habría hecho el alquiler de maquinaria a que respondería tal



partida, así como la falta de "libertad" en que se desarrolló la junta y la inconcreción e insuficiencia de las respuestas recibidas, que es lo alegado en la demanda, a denunciar ahora que la infracción del derecho de información ha consistido en haber mentido sobre dicha partida contable porque no correspondía a un alquiler de maquinaria sino a subvenciones.

Como se dijo antes, la parte actora, hoy recurrente, está modificando las bases fácticas de su demanda, criticando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia por no haber considerado probados hechos que no habían sido oportunamente alegados en la demanda o en la audiencia previa (en los términos posibles al amparo del art. 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y pretende introducir esta nueva base fáctica en la segunda instancia.

La prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental del recurso de apelación, positivizado en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al exigirse que en el recurso se apelación podrá perseguirse que se revoque una sentencia "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia". Impide que ante el tribunal "ad quem" se puedan plantear recursos de apelación sobre cuestiones no alegadas oportunamente en la primera instancia y, por tanto, respecto de las que no se ha dado al juzgado de instancia explícitamente la posibilidad de resolverlas.

No se trata de un formalismo retórico o injustificado, sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir con la planteada en la primera instancia. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez de instancia conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución jurídicamente correcta. El recurrente puede pretender que el tribunal de segunda instancia revoque la sentencia de primera instancia porque ésta no **haya** resuelto oportunamente las cuestiones de hecho y de derecho planteadas oportunamente en los trámites alegatorios de la primera instancia (fundamentalmente, la demanda, la contestación y las alegaciones complementarias de la audiencia previa).

No puede alterarse el objeto del proceso tal y como fue conformado en la primera instancia. De acuerdo a nuestra tradición histórica, la LEC 1/2000 acoge un modelo de segunda instancia limitada, como "revisio prioris instantie". Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo.

Declara al efecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005

"Es cierto que, por el respeto debido a la congruencia, la preclusión y la contradicción, en cuanto principios informadores del proceso civil, la jurisprudencia rechaza, como nuevas, las cuestiones planteadas después de la fase procesal destinada a definir el objeto del proceso, en la primera instancia. Así lo declaró esta Sala en las Sentencias invocadas en el motivo. Concretamente, en la de 15 de abril de 1991 se definieron las cuestiones nuevas como aquellas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba; y en la de 19 de diciembre de 1986 se declararon inviables en casación, puesto que los escritos hábiles para sustentar una tesis fáctica o jurídica que pueda reproducirse en este recurso extraordinario son solamente los de demanda, contestación, réplica y duplica".

La prueba practicada en la primera instancia está destinada a acreditar los hechos alegados por las partes sobre los que no exista conformidad y que sean relevantes para resolver la cuestión controvertida, pero no para introducir hechos no alegados oportunamente ni para modificar el sustrato fáctico de la acción. No es posible que la parte vaya reconfigurando la acción ejercitando a la vista del resultado de la prueba practicada, porque ello implica una "mutatio libelli".

La parte actora decidió interponer su demanda de impugnación de acuerdos **sociales** sin haber hecho uso de la posibilidad que le otorga el art. 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de examinar los soportes contables de las cuentas a aprobar y sin hacer uso tampoco de la posibilidad que le otorga el art. 256.1.4º de exigir la exhibición de documentos de la sociedad para preparar la demanda. Si como consecuencia de tal opción hay circunstancias de hecho que desconocía cuando interpuso la demanda, ello sólo es imputable a los demandantes que decidieron interponer la demanda en tales circunstancias, pero ello no les autoriza a modificar los términos en que formularon la acción impugnatoria de los acuerdos **sociales** a la vista del resultado de la prueba practicada y a pretender que el tribunal de segunda instancia resuelva sobre tal impugnación sobre bases fácticas distintas a las expresadas en la demanda.



Por otra parte, estando reconocido por la propia recurrente la existencia de un alquiler de maquinaria a terceros, pues la "ocultación" de este alquiler al informarse sobre la cifra de negocios motiva el siguiente punto de su motivo de impugnación, parece que lo ocurrido en relación a este extremo es un simple error sobre la partida contable a que correspondía el ingreso por tal alquiler. Y, como se ha dicho antes, la opción de los socios por no solicitar información por escrito previamente a la junta o no examinar los soportes contables en el domicilio **social** como les permite el art. 86.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, debe llevar a un menor rigor en el control de los errores o inexactitudes de la información sobre partidas contables concretas solicitada oralmente en la junta.

QUINTO.- En el apartado 3) del punto c) ( f. 506 y siguientes) se critica la sentencia apelada por no haber apreciado la infracción del derecho de información en relación a que al preguntar Don. Constantino sobre el origen de la partida correspondiente al importe neto de la cifra de negocio, "al contestar a los socios, el Sr. Braulio oculta la existencia de un ingreso de especial importancia, sobre el que se ha tenido conocimiento ahora, tras la práctica de la prueba pericial por Doña Olga ", partida que sería una de 3.900 euros por el alquiler de una maquinaria.

Al igual que se dijo en el fundamento anterior, difícilmente la sentencia apelada pudo infringir precepto legal alguno al no apreciar vulneración del derecho de información de los socios actores en base a este extremo porque el mismo no había sido alegado oportunamente en la demanda, por lo que se trata de una cuestión nueva, que debe ser rechazada, sin que la parte pueda utilizar el resultado de la prueba para "reformular" su impugnación de los acuerdos **sociales**.

Por otra parte, el simple examen del acta notarial de la junta de socios muestra (f. 86) que Don. Constantino no hace pregunta alguna sobre el origen de la partida correspondiente al importe neto de la cifra de negocio que sea contestada por el Sr. Braulio en los términos que se pretende. Lo que recoge el acta notarial de la junta (la fe pública notarial al redactar el acta de la junta alcanza, conforme al art. 199 del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, a "la realidad o verdad del hecho" que motivaba su autorización y hubiera "sido objeto de su percepción personal", según recuerda la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 1374/2007, de 5 enero, y por tanto a lo dicho y sucedido en el desarrollo de dicha junta) es lo siguiente: " Don Constantino, en relación con el apartado XII de la memoria, sobre el importe neto de la cifra de negocios, por 84.602,25 euros, que corresponde a transacciones con la aceitera Froilán Albacete, S.L., se opone a la interrelación entre ambas Sociedades, habida cuenta de los vínculos familiares existentes entre los miembros del Consejo de Administración de las mismas, y la existencia de procedimientos judiciales en curso sobre este particular que pudieran general un **beneficio** particular a algunos de ellos, manifestando además la circunstancia de que se hace a su juicio una manipulación sistemática del derecho de voto de una incapaz, al objeto de formalizar y obtener acuerdos **sociales**, todo ello sin el debido conocimiento y aprobación judicial, según su criterio" (f. 86).

No es cierto, por tanto, que Don. Constantino preguntara a los administradores **sociales** por el origen de la partida de la cifra neta de negocios y el consejero Sr. Braulio le mintiera al ocultarle que parte de dicha partida correspondía a un alquiler de maquinaria (alquiler al que por cierto sí había hecho mención, al parecer erróneamente, al contestar a la pregunta objeto del anterior fundamento, por lo que no hubo ocultación de que se había alquilado maquinaria sino, en todo caso, un error sobre la partida contable donde se había recogido tal ingreso), que es lo que se dice en el recurso, sino que fue Don. Constantino el que mencionó que esa partida correspondía a transacciones con la aceitera Froilán Albacete, S.L. porque así se recogía en la memoria de las cuentas anuales.

No hubo, pues, infracción alguna del derecho de información de los demandantes por haber recibido una respuesta falsa en la junta. Lo que sería erróneo en todo caso sería ese apartado de la memoria, que podría determinar, si la importancia relativa de dicha partida fuera suficiente, la infracción del principio de imagen fiel, pero eso tampoco ha sido objeto de alegación en la demanda ni en el recurso, por lo que no puede entrar a considerar sobre tal cuestión.

SEXTO.- Como cuestión 4) de este apartado c) (f. 506 y siguientes), se impugna que el Juez de Primera Instancia no **haya** entendido lesionado "el derecho de voz de los socios" al suspender el presidente de la junta el uso de la palabra Don. Constantino.

Lo alegado en la demanda como base de la impugnación así como en el propio recurso al enunciarse el motivo del recurso es la infracción del derecho de información de los socios recogido en el art. 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El derecho de información recogido en dicho precepto legal está vinculado fundamentalmente al derecho de voto sobre las cuestiones objeto del orden del día.



Las alegaciones realizadas por Don. Constantino cuando se le retiró el uso de la palabra, transcritas literalmente en el anterior fundamento de derecho, no constituían **ejercicio** alguno del derecho de información. Lo que hacía dicho señor era formular críticas, oponiéndose a la actuación de los administradores **sociales**, sobre varias cuestiones que habían provocado las disputas entre los sectores **sociales** (relación del sector mayoritario de los socios, detentadores de la administración **social**, con otras sociedades con las que ALMORCHÓN mantenía relaciones comerciales, y el **beneficio** particular que podrían estar obteniendo de estas relaciones, la manipulación del derecho de voto de la incapaz representada por una socia del sector mayoritario, etc). La manifestación de críticas a actuaciones reales o supuestas de los administradores y sus allegados no constituye **ejercicio** alguno del derecho de información, por lo que mal puede infringirse tal derecho por suspender el uso de la palabra a quien formula tales críticas. Por otra parte, consta que tras la réplica que dio el presidente de la junta a las críticas formuladas, Don. Constantino volvió a tomar la palabra, no para solicitar información alguna sino para replicar algunas de las manifestaciones del presidente de la junta, concretamente que las resoluciones judiciales que desestimaban las denuncias y demás reclamaciones de los hoy actores habían sido recurridas por estos. Dado además que el citado Don. Constantino había formulado con anterioridad numerosas preguntas que habían sido contestadas, no puede considerarse que se infringiera el derecho de información de su representada. Y que dicho señor manifestase estar siendo coaccionado en el uso de la palabra no significa que tal coacción existiese realmente y menos que la misma la privase de solicitar las informaciones que tuvo por convenientes sobre los asuntos objeto del orden del día, a la vista de las numerosas preguntas y críticas que formuló **durante** la junta.

SÉPTIMO.- El tercer motivo del recurso se refiere a la desestimación de la impugnación del acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales por no reflejar la imagen fiel de la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad.

Según la parte recurrente, "el hecho de que las cuentas anuales reflejen la imagen fiel de la sociedad no es una cuestión que se contraiga meramente a la existencia de una fría matemática y de un informe de auditoría.". Mucho se teme esta Sala que el respeto al principio de imagen fiel por las cuentas anuales sí es cuestión de "fría matemática", más exactamente, cuestión de técnica contable y de Derecho mercantil. Si las cuentas anuales están redactadas conforme a las exigencias de las normas del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicables a la sociedad demandada en virtud de la remisión contenida en el art. 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ), dicho principio se respeta, y sólo si tales exigencias fueran infringidas o desconocidas el acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales sería nulo por infringir el principio de imagen fiel que establecido en las citadas normas.

Pues bien, ni una sola norma del Código de Comercio o de la Ley de Sociedades Anónimas, ni una sola norma técnica de auditoría es citada en el recurso como infringida. Por el contrario, del informe pericial realizado por una auditora de cuentas a instancias de la parte actora (f. 392 y siguientes) no resulta la existencia de infracción significativa de la normativa contable, salvo la discrepancia mostrada por la perito con la aplicación de algunos criterios contables, la mayoría de ellos en relación a partidas económicas de muy escasa entidad. Es significativo que los recurrentes no hagan siquiera mención a este informe al formular el motivo del recurso relativo a la infracción del principio de imagen fiel.

Los recurrentes se limitan a imputar a los administradores actuaciones desleales y perjudiciales para la sociedad. Tales actuaciones, de ser ciertas, pueden motivar la interposición de una acción de responsabilidad de administradores, pero no pueden fundamentar una acción de impugnación de acuerdos **sociales** de aprobación de cuentas anuales.

Asimismo basan este motivo de impugnación en la existencia de un informe de un ingeniero agrícola sobre el aforo de la cosecha (f. 97 y siguientes) del que resultaría que la cosecha esperada en el año agrícola 2003-2004 (679.086 kgs) era muy superior a la que se dice fue obtenida (467.764 kgs).

Tampoco puede estimarse la acción de impugnación en base a este dato. En primer lugar, porque una previsión anterior al inicio de la cosecha no es prueba suficiente de que la cosecha real se atuvo a tales previsiones, sobre las que, incluso de ser correctas, pueden incidir numerosos factores **durante** la cosecha que provoquen una disminución de lo inicialmente esperado. Si lo acaecido es que los administradores **sociales** gestionaron pésimamente la recolección, ello podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidades, pero no provoca la nulidad del acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales.

En todo caso, no puede considerarse una prueba adecuada de la infracción de ningún precepto contable. No habiendo sido declarada la falsedad de ninguno de los soportes contables sobre los que se asientan las cuentas anuales, lo importante es la correlación entre tales cuentas y los soportes contables y la correcta aplicación de la normativa contable en cuanto al encuadramiento de los distintos datos contables en las diversas partidas del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Si, como insinúan





los recurrentes, los administradores **sociales** se hubieran quedado con parte de la cosecha, privando de ella ilícitamente a la sociedad, la cuestión podría constituir un ilícito penal o, como mínimo, podría dar lugar al **ejercicio** de una acción **social** de responsabilidad contra los administradores. Pero en todo caso las cuentas aprobadas serían fiel reflejo de la situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad, puesto que en ningún caso podrían recoger unos ingresos que no son tales, por haberse apropiado de ellos los administradores **sociales**. Sería una vez ganada la acción **social** de responsabilidad ejercitada contra los administradores cuando el importe de esa parte de la cosecha supuestamente apropiada por los administradores tendría que reflejarse en las cuentas, bien como crédito si la sentencia no hubiera sido aún ejecutada, bien como ingreso de efectivo si la condena dineraria hubiera sido hecha efectiva.

Por otra parte, dado que las cosechas no coinciden con el **ejercicio social**, y que la mayor parte de la cosecha 2003-2004 fue recolectada en este segundo año (cuadro obrante al f. 262), es poco relevante para el **ejercicio** 2003 (cuyas cuentas anuales son las aprobadas en el acuerdo impugnado) un informe de la cosecha 2003-2004.

OCTAVO.- El último motivo del recurso se refiere "la cuestión de los dividendos", lo que debe ser entendida como relativa al acuerdo de no repartir dividendos y aplicar los **beneficios a reservas** voluntarias.

En la demanda se impugnaba el acuerdo de no repartir dividendos, alegando que tal acuerdo implicaba que se llevaban ya 3 años (**ejercicios** 2001, 2002 y 2003) sin reparto de dividendos, aplicando los **beneficios a reservas**.

Ni en la demanda ni en el recurso resulta claro cuál es la impugnación concreta que se hace del citado acuerdo, esto es, si se ejercita una acción de impugnación de acuerdo nulo o de acuerdo anulable. Pero al hacerse referencia siquiera indirecta a ambas cuestiones, habrá que analizar tanto una como otra.

En el primer motivo de impugnación del recurso, relativo a la indebida aplicación del art. 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se decía que ello había impedido la estimación de la impugnación de tal acuerdo. Dado que dicho precepto regula la legitimación en los acuerdos anulables, y dado que en el suplico de la demanda se pedía, subsidiariamente a la petición de nulidad, "se declare la nulidad y anulabilidad del punto primero del orden del día de la Junta, por ser contrario a los intereses **sociales** y haberse **acordado** en **beneficio** particular de solo algunos de los socios y en perjuicio de nuestros mandantes", habrá que entender que se impugna este pronunciamiento absolutorio por cuanto que dicho acuerdo es impugnabile como anulable por la causa prevista en el inciso final del art. 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En la demanda no se razonaba de qué modo el acuerdo **social** lesionaba el interés **social**, y en qué modo lo hacía "en **beneficio** particular de solo algunos socios", como se dice en el suplico. No alcanza el tribunal a entender, y desde luego ni en la demanda ni en el escrito de recurso se explica, de qué modo el acuerdo de no repartir dividendos y de aplicar los **beneficios a reservas** voluntarias puede perjudicar el interés **social** y cómo puede beneficiar sólo a algunos socios.

En el recurso, los recurrentes se remiten a lo razonado en la sentencia de instancia. En la misma se dice que la aplicación de los **beneficios a reservas** careció "de toda justificación, debidamente probada, ni tampoco se acreditó situación alguna de iliquidez", lo que llevaría a que el acuerdo de no repartir dividendos fuera "contrario a Derecho", aunque no se precisa si por constituir una infracción legal o estatutaria o incurrir en la lesividad prevista en el último inciso del art. 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La operatividad de esta causa legal de impugnación no puede conducir a la suplantación por parte del juez de la figura del empresario en la adopción de sus particulares decisiones estratégicas a la hora de valorar la lesividad del acuerdo para el interés **social**. Ello lo pone de relieve el examen de los antecedentes legislativos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, pues no prevista inicialmente en el Proyecto de Reforma la inclusión del requisito del "provecho particular" dentro del art. 115-1 de la Ley de Sociedades Anónimas, finalmente resultó incorporado en el texto definitivo con el propósito, como indica el profesor Garrigues, de evitar la conversión del juez en órgano fiscalizador "del desacierto económico" de las decisiones empresariales o en órgano dictaminador de lo que en cada momento **haya** de resultar conveniente para la sociedad (en idéntico sentido se pronuncian los profesores Aranguren Urriza, Rodríguez Artigas, Quijano González y Salelles Climent, y en la jurisprudencia las Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981, 12 de julio de 1983, 17 de abril de 1997 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 28 de febrero de 1996, y de esta Sala de 14 de febrero, 12 de mayo y 18 de julio de 2008, entre otras). Así las cosas, el acuerdo de la junta de aplicar los **beneficios a reservas** puede tener una explicación empresarial perfectamente razonable, puesto que supone un aumento de la financiación propia que elimina o reduce la necesidad de acudir a la financiación ajena. Es el órgano **social** y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión, y no puede exigirse una prueba que justifique la adopción de dicha decisión empresarial, que supone un ámbito de libertad de la sociedad en el que el juez no puede entrar.



En cuanto a si el acuerdo supone una infracción legal, se dice en el recurso que el acuerdo vulnera el derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias **sociales**. Aunque en la sociedad de responsabilidad limitada no existe, al contrario de lo que sucede con la sociedad anónima, un precepto legal que reconozca expresamente el derecho del socio a la participación en el reparto de las ganancias **sociales**, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia entiende que se trata de un derecho incuestionable por derivar de disposiciones esenciales en materia de sociedades (art. 116 del Código de Comercio ) y de ahí que el art. 85 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establezca que "salvo disposición contraria en los estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital **social**".

Ahora bien, es doctrina jurisprudencial que el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias **sociales** puede determinar la invalidez de un acuerdo de exclusión a un socio de la participación en los **beneficios sociales** o la ineficacia de una cláusula estatutaria que impidiese el reparto de forma general, capitalizando todos los **beneficios**, pero no impide que la junta pueda decidir libremente, en relación con un determinado o determinados **ejercicios**, el reparto de los **beneficios** obtenidos del modo que estime más conveniente, pudiendo incluso acordar la no distribución del mismo y su aplicación a **reservas**. Y que no puede hablarse de un derecho del socio "al dividendo", a que se le entregue su parte alícuota del **beneficio** obtenido sino merced al acuerdo de la junta general que decida el reparto del dividendo, pues es éste el que hace surgir el correspondiente derecho de crédito contra la sociedad (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1971 y 30 de enero de 2002 ). El derecho al dividendo es, pues, un derecho contingente, condicionado por la existencia de **beneficios** y porque se produzca el acuerdo válido de distribución (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996 ) que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la junta general.

Es cierto que lo anterior puede ser matizado por la institución del abuso del derecho, como ha hecho por ejemplo la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 en el caso de una sociedad que nunca había repartido **beneficios**. Pero el hecho de que **durante tres ejercicios seguidos se haya acordado** la aplicación a **reservas** de los **beneficios sociales** no supone, a juicio de esta Sala, un abuso de derecho, pues no es un número de **ejercicios sociales** suficiente para alcanzar tal entidad.

Por todo lo expuesto, ninguno de los recursos del motivo de apelación puede prosperar, por lo que el recurso de apelación ha de ser desestimado.

NOVENO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el núm. 1 del artículo 398 en relación al 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

## FA L L O

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan Antonio , D.ª Marcelina , D.ª Angelina y D. Luis Francisco contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid, en el procedimiento núm. 856/04 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.