



Roj: **SAP PO 1745/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:1745**

Id Cendoj: **36038370012014100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2014**

Nº de Recurso: **336/2014**

Nº de Resolución: **292/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00292/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 336/14

Asunto: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 359/13

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 3 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENEDEZ ESTÉVANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 292

En Pontevedra a veintiocho de julio de 2014.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de Procedimiento Ordinario 359/13 , procedentes del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo) , a los que ha correspondido el Rollo núm.336/14 , en los que aparece como parte apelantes-demandantes: D^a. Laura Y Rosana , representado por el Procurador D^a. CARINA ZUBELDÍA BLEIN, y asistido por el Letrado D. SAMUEL DEL RIO PENA, y como parte apelada-demandado: CAMPING BAYONA PLAYA SA representado por el Procurador D. D. JOSÉ ANTONIO FANDIÑO CARNERO , y asistido por el Letrado D. FRANCISCO JAVIER RUIZ GUTIERREZ, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con fecha 22.04.2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Zubeldia en la representación acreditada, con imposición a la actora de las costas causadas."



SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución del recurso de apelación, presentado por la representación demandante, exige dejar constancia previa de los siguientes antecedentes de interés:

a) la demanda pretendía la nulidad del acuerdo de ampliación de capital adoptado por la sociedad Camping Bayona Playa, S.A. en la junta general extraordinaria celebrada el día 4.9.2013. La súplica de la demanda, -luego se volverá sobre ello-, articulaba dos pretensiones en acumulación subsidiaria: la nulidad por ser el acuerdo contrario a la ley y la anulabilidad del acuerdo por ser lesivo para el interés social.

b) la sociedad Camping Bayona Playa, S.A. fue fundada en junio de 1979. Se trata de una sociedad familiar cuyo capital ascendía, antes del acuerdo impugnado, a 180.303,63 euros, y se encontraba dividido en 3.000 acciones nominativas que se distribuían del siguiente modo: D. Rodrigo (1.734 acciones, representativas del 57,80% del capital); D^a Rosana (633 acciones, representativas del 21,10% del capital); y D^a Laura (633 acciones, representativas del 21,10% del capital social).

c) desde su constitución la sociedad ha venido administrada por el socio mayoritario D. Rodrigo . Por acuerdo adoptado en diciembre de 2012 la sociedad pasó a estar administrada por D. Rodrigo y por su esposa D^a Esmeralda , como administradores solidarios.

d) la sociedad, desde su constitución, nunca ha distribuido dividendos entre sus socios. Los beneficios sociales se han destinado mayoritariamente a reservas, importando la cifra de reservas voluntarias en el ejercicio 2012 la suma de 1.223,578 euros. El patrimonio neto contable para dicho ejercicio era de 1.538.048,75 euros.

e) el acuerdo impugnado amplía el capital social en 1.538.048,75 euros, emitiéndose 1.733 acciones nuevas, siendo su contravalor aportaciones dinerarias de los socios en proporción a su participación. La ampliación incorporaba una prima de emisión a la par coincidente con el valor teórico contable (60,101210 euros por acción, siendo la prima de emisión por acción de 452,581707 euros). Tras la ampliación, de concurrir los accionistas en la forma propuesta, la participación de los socios sería como sigue: D. Rodrigo : 73,25%, D^a Laura y D^a Rosana : 13,375% cada una de ellas.

f) los administradores acompañaron con la convocatoria un informe (folios 126 y ss. de las actuaciones) en relación con la propuesta de aumento de capital. En esencia la propuesta se justifica en la inminente ejecución por la Administración Pública de una orden de demolición de 34 cabañas ubicadas en el camping cuya explotación constituye el objeto social. La ampliación iría destinada, en primer término, a financiar la demolición y la sustitución de dichos elementos por otros que "no infrinjan la normativa actual". Junto a ello se hacía referencia a la necesidad de actualizar otras instalaciones del camping. El informe detallaba las diferentes partidas a cuya financiación se destinaría la ampliación.

SEGUNDO .- La demanda.

Interesa igualmente sintetizar los argumentos de las demandantes como paso previo a la resolución del recurso. La razón de ello estriba en que la Sala aprecia, -puede adelantarse-, una deficiente técnica de apelación, al introducirse por vía de recurso argumentos que no se expusieron durante la primera fase del litigio. Junto a ello ofrecemos la justificación general de que en litigios de esta clase resulta esencial delimitar con precisión el fundamento de la causa de pedir, pues tanto los plazos de ejercicio de la acción como su legitimación viene condicionada por la naturaleza del vicio que se imputa al acuerdo impugnado.

De las distintas finalidades a que iba dirigida la ampliación de capital, según el informe, las demandantes expresamente limitaban su discrepancia a la decisión de sustituir los bungalows (a los que se refiere el escrito rector como "casetas") que habría de demolerse por 34 de nueva construcción.

La demanda comenzaba su exposición haciendo referencia a las razones por las que los órganos administrativos, en criterio que confirmarían luego los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, habían declarado la ilegalidad de las construcciones cuya demolición se había ordenado. Se afirmaba, -la cuestión merecerá ulterior precisión-, que la razón de la ilegalidad radicaba en que las instalaciones ocupaban terrenos calificados como dominio público marítimo terrestre.

La tesis esencial de este primer argumento se destacaba tipográficamente en el cuerpo de la demanda (vid. folio 7): "... lo cual hace que estemos ante una inversión y ejecución de instalaciones que no se encuentra amparada legalmente y se encuentra condenada a sufrir la misma suerte que la anterior instalación de



bungalows, es decir, ser demolidas, generando importantes gastos y perjuicios de todo tipo para la sociedad, todo ello sin tener en cuenta la multa, agravada por reincidencia, que deberá soportar la sociedad..."

Junto a ello la demanda sostenía, con algún grado de confusión, fundamentaciones alternativas de la causa de pedir. Así, se alegaba que la ampliación resultaba contraria al derecho del socio a participar en las ganancias en proporción a su participación, en alusión, -que calificamos de indirecta por lo que luego se dirá-, a las decisiones reiteradas a lo largo del tiempo de no distribuir dividendos.

Finalmente, la fundamentación jurídica de la demanda sistematizaba el marco jurídico de la causa de pedir, desde el punto de vista material, en dos pretensiones:

a) nulidad de pleno derecho del acuerdo: en este apartado la demanda fundamentaba su pretensión (elemento normativo de la causa petendi) en la cita del art. 7 del Código Civil ; el acuerdo impugnado, en la tesis demandante, resultaba abusivo y, por ello, contrario a la ley al existir un precepto legal expreso que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos. El acuerdo era abusivo porque pretendía con una causa ilícita diluir la participación de las accionistas demandantes. Sucede que en este punto la fundamentación resultaba confusa pues las demandantes pasaban a hacer referencia a la conducta previa de no distribución de dividendos por parte de la sociedad que, al parecer, había sido objeto de impugnación en un proceso autónomo (posteriormente se tomará conocimiento de que la demanda había sido presentada ante juez incompetente).

b) anulabilidad del acuerdo por lesión del interés social en beneficio del socio mayoritario: en este segundo motivo, articulado con carácter subsidiario, volvía a traerse a colación la tesis de la ilegalidad de la actuación proyectada con base en los antecedentes que habían llevado a la orden de demolición de 34 bungalows.

TERCERO .- La sentencia de primera instancia.

La sentencia desestimó íntegramente la demanda. Tras reprochar a la demandante la introducción de hechos no directamente relacionados con el objeto litigioso (que el juez denomina "el contexto" en referencia tanto al previo proceso de impugnación por no distribución de dividendos como las alusiones a los litigios sostenidos en vía administrativa), la sentencia dedica sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto a resolver, respectivamente, la pretensión principal de nulidad y la subsidiaria de anulabilidad.

La nulidad del acuerdo se desestima por considerar que la abusividad del acuerdo exige la prueba de la inexistencia de una causa real y efectiva para la ampliación de capital o la prueba cumplida de la ilicitud de la ampliación. Argumentando por remisión a la sentencia de la sección 28ª de la AP de Madrid de 5.12.2008 , la sentencia concluye afirmando que la necesidad de la ampliación venía justificada por la necesaria demolición de las instalaciones y la necesaria " *renovación de las cabañas por otros instrumentos en principio acordes con la legalidad urbanística* ". Se afirmaba también que de confirmarse lo que califica de " *visión apocalíptica* " en relación con la situación administrativa de las edificaciones proyectadas, sería posible que las accionistas accionaran contra los administradores en el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Finalmente, la anulabilidad del acuerdo se desestima por falta de legitimación activa de las accionistas, por considerar el juez que no habían atendido el requisito de la constancia en acta de la oposición al acuerdo impugnado, limitándose a haber votado en contra. Pese a ello, ex abundantia, la sentencia entra en el fondo, con cita de la sentencia de la AP de Las Palmas de 5.6.2007 , rechazando que la ampliación de capital fuera contraria al interés social por el mero hecho de alterar la participación de los socios, teniendo en cuenta que la aprobación de la decisión de distribuir dividendos o dotar reservas es competencia de la junta y depende de múltiples factores.

CUARTO .- El recurso de apelación.

El recurso de apelación combate la desestimación de ambas pretensiones.

a) En relación con la desestimación de la nulidad del acuerdo, el recurso parte de la condicional aceptación de la afirmación de que el acuerdo de ampliación de capital no fue abusivo por vulnerar el art. 7 del Código Civil pero, en todo caso, sí habría vulnerado norma imperativa. La referencia se hace ahora en relación con la vulneración de la normativa urbanística, pues en la tesis demandante en la audiencia previa se había aportado una resolución del ente administrativo competente en el que afirmaba que la construcción proyectada era ilegal.

Seguidamente se invoca el art. 1255 del Código Civil en la medida en que establece que la ley opera como límite a la autonomía de la voluntad negocial, concepto que habría que trasladar al ámbito societario de modo que no sería admisible la adopción de acuerdos que contradigan el ordenamiento jurídico.



Finalmente, en lo que hace a la argumentación que pretende sostener en vía de recurso la indebida aplicación del derecho por el juez de instancia, se afirma que el acuerdo es contrario al art. 2 de los estatutos sociales, que delimitan el objeto de la sociedad.

El motivo introduce en este punto lo que entendemos como argumento de cierre, al imputar a la sentencia haber incurrido en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la ilegalidad desde el punto de vista administrativo del acuerdo impugnado.

b) En relación con la desestimación de la pretensión subsidiaria se insiste en el argumento de que, según recoge el acta de la junta, las actoras no se limitaron a votar en contra, sino que cumplieron con el requisito legitimador establecido en el art. 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital .

QUINTO .- Valoración de la Sala. La nulidad del acuerdo.

Como venimos apuntando, nos parece evidente que los argumentos esgrimidos en el recurso relativos a la infracción por el acuerdo impugnado de la norma general del art. 1255 del Código Civil o de lo dispuesto en el art. 2 de los estatutos de la sociedad en cuanto delimitan el objeto social, suponen argumentos nuevos no introducidos en el debate en primera instancia y que, por tanto, vulneran la exigencia del art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que impide la modificación sustancial de los elementos delimitadores del objeto del proceso en apelación.

En ningún momento durante la primera instancia se sostuvo como causa de nulidad la vulneración por el acuerdo de ampliación de capital de los estatutos sociales en relación con la delimitación del objeto del proceso, por lo que su introducción en esta fase del proceso es susceptible de causar indefensión a la parte contraria y, en consecuencia, incurre en vulneración del precepto procesal.

En relación con la invocación del art. 1255 sustantivo, si bien se miran las cosas, la alegación resulta doblemente desatinada, pues es claro que la normativa societaria constituye regla especial en relación con la doctrina general de la nulidad o ineficacia de los negocios jurídicos en relación con los acuerdos adoptados por los órganos sociales, que desplazan, por razones diversas, a los preceptos del Código Civil. Se trata, en definitiva, de una reiteración de argumentos, pues la tesis esencial de la demanda y del recurso estriba en que el acuerdo de ampliación obedecía a una causa ilícita por contravenir norma imperativa. Lo que sucede es que, -así lo venimos denunciando en esta resolución-, tanto la demanda como el recurso incurren en confusión argumental, pues esta constante alusión a la causa ilícita del acuerdo se subsume sin la precisión debida bajo diversos conceptos jurídicos (infracción de norma imperativa, abuso del derecho, límites imperativos de la autonomía de la voluntad) cuyos perfiles, requisitos y consecuencias son ciertamente diferentes.

La sentencia del juez de lo mercantil no es incongruente. No ha dejado de dar respuesta motivada a ninguna de las pretensiones introducidas en el proceso y satisface de forma holgada, a juicio de la Sala, los estándares de motivación fijados por la doctrina del Tribunal Constitucional. La exposición de argumentos de la sentencia, de los que hemos dejado constancia en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, creemos que nos exime de mayor argumentación para desestimar la queja. La sentencia ha considerado que el acuerdo no es nulo por no incurrir en abuso del derecho y que las actoras carecía de legitimación para invocar causa de anulabilidad.

Repetimos en este lugar que la confusión del escrito de demanda es la que ha dado lugar a la queja que sustenta este primer motivo del recurso y también, a la postre, la que ha avocado a su desestimación. La demanda invocaba el abuso del derecho sin precisar con claridad si tal abuso venía motivado por la infracción del derecho del socio al dividendo, -rectius, a participar en los beneficios sociales-, o si el acuerdo presentaba una finalidad espuria por pretender exclusivamente alterar la participación de los socios en el capital, o si lo que se trataba era de proteger, quizás preventivamente, a la sociedad frente a posibles actuaciones de las que derivara responsabilidad administrativa.

El juez de lo mercantil ha acertado a la hora de dejar fuera del proceso todas las cuestiones relativas al derecho al dividendo y a la no adopción de los correspondientes acuerdos de distribuir beneficios, incrementado ejercicio tras ejercicio la cifra de reservas voluntarias, al constituir objeto de otro proceso cuya existencia resulta incierta pues, estimada al parecer una declinatoria de jurisdicción, se desconoce si la pretensión continúa viva en términos procesales.

La invocación de abuso del derecho no podía tener como fundamento la vulneración de norma imperativa, como es de evidencia. En este punto consideramos innecesario recordar lo sabio sobre los requisitos de aplicación del art. 7 sustantivo. Nos bastará con recordar la doctrina sentada por la sentencia de la Sala Primera del TS de 5.3.2009 , por principio, un acto que contraría norma imperativa no incurre en abuso del derecho, sino que será un acto ilegal, con las consecuencias que el ordenamiento extraiga para la concreta vulneración de que se trate. En materia societaria se tratará de un acuerdo social nulo por contrario a norma legal imperativa, tal como se sigue de la cita del art. 204.2 LSC.



Como precisa la STS de 10.11.2011, el acuerdo que incurra en abuso del derecho es un acuerdo anulable, sujeto al plazo de impugnación de 40 días, en la medida en que resulte lesivo para el interés social: " 5. *La ausencia de expresa referencia al abuso de derecho, sin embargo, no fue obstáculo para que la sentencia 1136/2008, de 10 de diciembre (LA LEY. 3212624/2008), reiterando la de 10 de febrero de 1.992, (LA LEY. 2931/1992) que aplicaba el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de junio de 1.951 (precedente del 115 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (LA LEY. 3308/1989)), hubiera admitido que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas "puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho". 36. En consecuencia, no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -de hecho, los acuerdos lesivos a los intereses de la sociedad, frecuentemente comportan un abuso por la mayoría de su derecho a decidir, al hacerlo en contra del interés de la sociedad -.*"

Cosa diferente ocurriría con la invocación del ejercicio antisocial del derecho, supuesto que sí podría fundamentar una nulidad del acuerdo por infringir norma imperativa: " *No acontece lo mismo cuando se trata del ejercicio antisocial del derecho en la medida en la que, por su objeto o por las circunstancias en que se realice la forma en la que el derecho se ha ejercitado, sobrepase objetiva y manifiestamente los límites normales de su ejercicio, ya que rebasar la frontera fijada por la norma supone infringirla, y, en consecuencia, los acuerdos societarios adoptados mediante el ejercicio antisocial de un derecho pueden ser impugnados con base en la infracción de ley superada, hallándose sujeta la acción para impugnarlos al plazo de caducidad fijado a tal efecto en el artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital-, bien que, en tales supuestos, no cabe sustentar la "nulidad" de los acuerdos sociales en el "abuso de derecho" sin más, ya que es necesario identificar cual es el derecho ejercitado y precisar porqué es antisocial la concreta forma en la que se ha ejercitado y concretar la norma infringida .*"

Por tanto, descartado que el ejercicio abusivo de un derecho pueda dar lugar a la nulidad del acuerdo social, la sentencia ni incurrió en incongruencia omisiva ni erró en la aplicación de la norma.

Finalmente, siguiendo la línea argumentativa que propone el recurrente, tampoco ha resultado probada la infracción de la norma que denuncia. Admitimos la tesis de que la infracción de ley a que se refiere la norma societaria, -que sustituye la mayúscula que utilizaba el art. 115 del TRLSA que para algunos limitaba la referencia a la infracción de ley societaria-, sea de cualquier norma imperativa del ordenamiento en su conjunto. Pero ha de tratarse de una infracción clara y terminante de la ley, como sucedería en los casos con los que ejemplifica el recurso. Pero esta afirmación, trasladada a los hechos que han quedado acreditados en el litigio, obliga a considerar que tal vulneración no ha quedado probada en absoluto.

La lectura de la demanda y de la contestación, y de los documentos que las acompañaban, ponía de manifiesto no sólo la diferente interpretación de la legalidad administrativa por cada contendiente, sino también la contradicción existente sobre la propia realidad física sobre la que se operaba. No era solamente que las partes discreparan sobre si se estaba ante un espacio delimitado como de dominio público marítimo-terrestre o ante una zona de servidumbre de protección, sino que las diferencias se extendían también al tipo de edificación proyectada en sustitución de los bungalows declarados ilegales, pues las referencias constantes de la demanda a dicha clase de construcción fueron contradichas por la sociedad sosteniendo que lo proyectado era la instalación de " *caravanas con avance* ", tipo de instalación móvil de características diferentes y cuyas exigencias administrativas de instalación habrían de ser, del mismo modo, completamente diversas.

Los jueces civiles, con amparo el art. 10 orgánico y 42.1 procesal, pueden a efectos prejudiciales pronunciarse sobre cuestiones que pudieran resultar competencia de la jurisdicción contencioso administrativa cuando no constituyan el objeto principal del proceso (vid. por todas, STS 6.5.2013). Pero lo que no cabría en ningún caso sería que el juez mercantil declarase la ilegalidad administrativa de una construcción que, además, ni siquiera se ha ejecutado pues nótese que en tal tesitura no es que se esté pronunciando a efectos prejudiciales, con carácter revisor, sobre la legalidad administrativa de un acto, sino que se estaría sustituyendo la competencia de la Administración Pública al declarar una actuación, -se insiste, futura-, como contraria a la legalidad administrativa. Y todo ello para fundamentar la ilegalidad de un acuerdo social de ampliación de capital.

Por tanto, una vez más el juez mercantil ha acertado plenamente al calificar de improcedente la pretensión y al apuntar que, en su caso, el cauce adecuado haya de ser el del ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEXTO .- Legitimación para recurrir acuerdos anulables. La pretensión subsidiaria.



La sentencia de primera instancia, estimando la excepción opuesta por la sociedad, ha declarado la falta de legitimación de las demandantes por no haber hecho constar en acta la oposición al acuerdo impugnado.

La interpretación del previgente art. 69 LSA o 117.2 del TRLSA es bien conocida, como también lo es la polémica doctrinal sobre la correcta interpretación de la exigencia legal. La sentencia y los escritos de alegaciones de las partes ofrecen información suficiente sobre la inteligencia del precepto. El vigente art. 206.2 LSC deja el asunto como se encontraba, lo que puede legítimamente interpretarse como la voluntad expresa del legislador de seguir manteniendo un requisito ligado a la exigencia del respeto a la buena fe por parte de los socios y a la tutela de los acuerdos sociales incluso aunque pudieran resultar afectados por un vicio de anulabilidad.

Que no resultan precisos formalismos o "fórmulas sacramentales" es también conocido y que el simple voto en contra no llena la exigencia legal es constante interpretación jurisprudencial. La cuestión estriba en determinar si en el caso concreto se cumplió o no con el requisito establecido en la norma de legitimación.

El acta de la junta expresa que una de las socias impugnantes, Doña Rosana , tras solicitar explicaciones al administrador: "*sí que solicita que conste su voto en contra del punto primero, entendemos que la ampliación de capital propuesta resulta contraria a la ley por los siguientes motivos:*

1º.- No existe una justificación real inmediata de la ampliación de capital pues no es cierto que haya una necesidad inminente de demoler las treinta y cuatro cabañas a que hace referencia el informe del órgano de administración de 13 de mayo de 2013.

El informe del Abogado urbanista concluye textualmente que la orden de demolición dictada por la Alcaldía de Baiona de fecha 5 de diciembre de 2011 ha sido recurrida judicialmente por la propia sociedad y que dicho procedimiento judicial se encuentra en suspenso a solicitud de recurrente y recurrido. Entendemos por lo tanto que no existe una resolución firme que ordene de manera definitiva dicha demolición y consecuentemente no existe necesidad de afrontar a corto plazo los costes de demolición por importe de OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA EUROS (89.560,00 €). Mucho menos está justificada la necesidad inmediata de asumir los costes de sustitución de dichas cabañas por la instalación de unos bungalows por importe de UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTO SNOVENTA Y CUATRO EUROS (1.374.994,00 €) pues resulta obvio que si la demolición está pendiente de resolución judicial firme y definitiva no hay necesidad inmediata de sustituir dichas cabañas por unos nuevos bungalows. Entendemos que dicha necesidad se producirá a partir del momento en el cual se resuelva desfavorablemente para la sociedad el litigio que ella misma ha interpuesto.

El representante de Doña Laura se adhiere a lo manifestado por el representante de la otra socia.

La Sala considera que en el concreto caso enjuiciado las actrices hicieron constar en acta con claridad su oposición y los motivos que la sustentaban, cumpliéndose la finalidad de la norma. La ley no exige anunciar la impugnación del acuerdo, exige que se exprese su oposición al mismo, más allá de la voluntad expresada en la votación. Y en el caso las socias manifestaron esta oposición tachando de ilegal el acuerdo y haciendo constar en acta las razones de esta afirmación, por lo que la finalidad del precepto consideramos que quedó plenamente satisfecha: el socio mayoritario, ante los términos en que discurrió el debate y ante las manifestaciones del representante de las socias disidentes pudo conocer perfectamente las razones de su voluntad en contra y no podía alegar resultar sorprendido por una futura impugnación, ni tampoco verse sorprendido en su buena fe de modo que se le privase, a él o a la sociedad, de la posibilidad de adoptar las medidas de subsanación que pudieran resultar necesarias para evitar la impugnación.

Pero que desestimemos la rigidez con que la sentencia ha interpretado la falta de legitimación no impide que confirmemos el fallo. En el caso, comprobamos cómo las razones que sustentaban la tacha de anulabilidad del acuerdo son exactamente las mismas que daban fundamento a la pretensión de nulidad: la ilegalidad administrativa en que incurriría el destino previsto por los administradores para el acuerdo de ampliación de capital impugnado.

El motivo, expresado en el apartado segundo de la fundamentación jurídica de la demanda (folios 17 y ss.) invocaba que el acuerdo lesionaba el interés social en beneficio del mayoritario, pero seguidamente volvía a argumentarse que la construcción de los 34 bungalows "no se encuentra amparada legalmente". Seguidamente se ilustra sobre la interpretación del término "interés social" y se concluía del siguiente modo:

" En este sentido, la más elemental buena fe negocial e incluso societaria (dado el ya dicho carácter estrictamente familiar de la Sociedad CAMPING BAYONA PLAYA, S.A), junto a los intereses sociales puestos en juego, aconsejan, antes de la celebración de Junta General Extraordinaria antes referida, y antes de la aprobación de la ampliación de capital ahora impugnada, esperar y confirmar la plena validez y licitud de la inversión proyectada por parte de las autoridades públicas y administrativas competentes, al ponerse de



manifiesto la incursión por parte de la Sociedad en gravísimas responsabilidades de ámbito urbanístico y medio ambiental, como así ocurrió con anterioridad, tal como se desprende de las Sentencias mencionadas en el Hecho 5º del presente escrito. "

Por tanto, insistimos, no se estaba ante un motivo autónomo de impugnación, sino ante la subsunción bajo una causa de anulabilidad de los mismos hechos y argumentos que habían sustentado la impugnación por causa de nulidad, por lo que el motivo ha de verse igualmente desestimado.

SÉPTIMO .- De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la ley procesal , en relación con el art. 398, estimado el recurso, con el efecto de la íntegra desestimación de la demanda, procede condenar en costas a la representación actora en primera instancia, sin pronunciamiento respecto de las devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados, y demás de pertinente y necesaria aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación deducido por la representación procesal de D^a Laura y Rosana y en su consecuencia confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, recaída en autos de juicio ordinario registrados bajo el número 359/2013, con imposición a la parte apelante del pago de las costas devengadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, en **no** mbre de S.M. el Rey, lo pronunciamos, mandamos y firmamos,