



Roj: **SAP M 1823/2025 - ECLI:ES:APM:2025:1823**

Id Cendoj: **28079370282025100112**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **07/02/2025**

Nº de Recurso: **322/2023**

Nº de Resolución: **46/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM M 76/2023,**
SAP M 1823/2025

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

ROLLO DE APELACIÓN Nº 322/2023

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 917/2017.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

Parte recurrente: D^a Palmira , D^a Salome y de D. Camilo

Procurador: D. Guillermo García San Miguel Hoover

Letrado: D. Eduardo Zorrilla Artero

Parte recurrida: SOGEI, S.A.

Procurador: D. Álvaro Arsenio Díaz del Río Sangil

Letrado: D. Antonio José Fuentes Aguilera

SENTENCIA núm. 46/2025

En Madrid, a siete de febrero de dos mil veinticinco.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por D. **Gregorio Plaza González**, D José Manuel de Vicente Bobadilla y D^a María del Mar Hernández Rodríguez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 917/2017 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día nueve de enero de dos mil veintitrés.

Han comparecido en esta alzada los demandantes D^a Palmira , D^a Salome y de D. Camilo , representados por el Procurador de los Tribunales D. Guillermo García San Miguel Hoover y asistidos del Letrado D. Eduardo Zorrilla Artero, así como la demandada SOGEI, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Álvaro Arsenio Díaz del Río Sangil y asistida del Letrado D. Antonio José Fuentes Aguilera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Desestimo la demanda promovida por la representación procesal de Palmira , Salome y Camilo contra la sociedad Sogei SA.

Se imponen las costas a la actora."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día seis de febrero de dos mil veinticinco.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **Gregorio Plaza González.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D^a Palmira, D^a Salome y D. Camilo interpusieron demanda de juicio ordinario contra SOGEI, S.A. por la que solicitaban lo siguiente:

1º. Declare la nulidad de pleno derecho de los acuerdos anteriormente indicados como impugnados, en particular aquellos relativos a las modificaciones operadas en el capital social por la Junta General de Socios de "SOGEI, S.A." de 15 de septiembre de 2016 y de aquellos acuerdos que se han señalado en relación con la Junta General de Socios de 7 de Junio de 2017, en particular, los correspondientes a la aprobación de las Cuentas Anuales, la gestión del administrador único y la aplicación del resultado del ejercicio 2016; la delegación en el órgano de administración para futuras ampliaciones de capital, el nombramiento de consejeros y la modificación de estatutos sociales (singularmente el artículo relativo al objeto social por la negativa a modificarlo para inclusión de las actividades que de facto desarrolla SOGEISA fuera del objeto social plasmado en los estatutos sociales con consiguiente vulneración del derecho de separación atribuido en el artículo 346 del TRLSC);

2. Se declare el derecho de mis mandantes a separarse de la Sociedad en virtud de la sustitución del objeto social.

3. Se condene a SOGEISA a estar y pasar por dicha declaración y por cuantas actuaciones sean consecuencia directa de ello.

4. Se condene a SOGEISA a liquidar a mis mandantes su participación social consistente en un 4,14 % del haber social.

5. Se declare que la valoración de las participaciones debe realizarse al valor real de las participaciones a fecha 7 de Junio de 2017, momento en que formalmente se solicitó la modificación del objeto social con el correlativo nacimiento del derecho de separación.

6. Se declare que la valoración de las participaciones se debe realizar, por un experto independiente nombrado a tal efecto por el Registrador Mercantil de Madrid.

7. Se libre mandamiento al Registro Mercantil de Madrid a tal efecto.-

8. Se libre mandamiento al Registro Mercantil de Madrid para la cancelación de las inscripciones causadas en la Hoja registral de SOGEISA por los acuerdos cuya declaración de nulidad se solicita, y la de cuantos asientos posteriores a los acuerdos impugnados resulten contradictorios con la sentencia que en su día se dicte, y en particular, la cancelación de la inscripción nº NUM000 obrante al Tomo NUM001, Sección NUM002, Libro NUM003, Folio NUM004, Hoja NUM005 número NUM006 practicada en la Hoja de SOGEISA.

9. Se condene a la mercantil demandada al abono de las costas causadas en el presente procedimiento".

Posteriormente se solicitó acumulación del PO 1479/2018 seguido ante el Juzgado Mercantil 6 de Madrid donde los demandantes impugnaron el Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 7-6-2017, siendo admitida la acumulación.

Tras seguirse los oportunos trámites procesales, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda, con imposición a la parte actora de las costas causadas.

La Sentencia analizó en primer lugar la impugnación de los acuerdos de la Junta General de 15-9-2016.

A continuación analiza la impugnación de los acuerdos de la Junta General de 7-6-2017.

Finalmente examina la impugnación del acuerdo del Consejo de Administración de 7-6-2017.

En particular, y en lo que aquí nos ocupa, la sentencia se refiere a la impugnación de los acuerdos de la Junta General de 7-6-2017 por no modificarse el objeto social que figura en los Estatutos pese a haberse modificado de facto, lo cual le daría a los demandantes derecho de separación conforme al artículo 348 LSC.

Señala al respecto la sentencia que no se refiere por el actor el acuerdo concreto objeto de impugnación, ya que únicamente refiere en el suplico el artículo relativo al objeto social por la negativa a modificarlos para incluir actividades de facto, y en su demanda refiere que en el acta notarial de la junta se transcribe que "se oponen al artículo de los estatutos que regula el objeto social y que este se siga limitando al comercio de hierros...".

Añade que la realización de una manifestación de la demandante en una Junta cuyo objeto es aprobar cuentas y adaptar estatutos, entre otras cuestiones, para a continuación forzar una impugnación de dicho acuerdo en relación con la no modificación del objeto social, debe quedar reforzada de fundamentos de hecho (en relación con una solicitud de complemento de convocatoria en su caso del orden del día, siempre que se den los requisitos del art 172 LSC -que es cierto que se limita a los accionistas con más del 5 % del capital social-, o por lo menos en cuanto a la concreción del acuerdo) y de fundamentos de derecho (incluyendo tanto en la demanda inicial, como en los fundamentos de derecho el ejercicio acumulado de acción de impugnación y acción de separación de socio por dicho motivo), que en este caso al margen de lo extenso de la demanda, no se realizan.

La sentencia se extiende a continuación en dichas cuestiones. En la Junta objeto de impugnación se acuerda modificar los Estatutos adaptando unos nuevos refundidos que se adecuen a la normativa legal y las modificaciones de la vida de la sociedad, y no hay acuerdo de modificación del objeto social o de no modificación del objeto social, impugnables en dichos términos.

Las alegaciones continuas del actor en relación a la modificación encubierta del objeto social de la sociedad por su inversión en Rotabook y en los inmuebles no afectos a la actividad sin reflejo en los estatutos deberían ser en su caso ejercitables por medio de una acción de separación del socio conforme 346 LSC, pero en este objeto en concreto solamente se impugnan los acuerdos de dichas Juntas, careciendo en este proceso de dicha acción en concreto.

El actor solicita que se declare el derecho de los actores a separarse de la sociedad en virtud de sustitución del objeto social, pero en su demanda, que ya acumula varias acciones, no acumula expresamente a la acción de impugnación de acuerdos, la acción de separación por causa legal.

Considera la sentencia que no se está ejercitando debidamente dicha acción de separación pues lo que se está ejercitando es una acción de impugnación y derivado de dicha nulidad, la separación, ya que en los fundamentos de derecho I, II, III y IV se circunscriben a una acción de impugnación de acuerdos. En los fundamentos de derecho se refiere la nulidad de los acuerdos en general, de los Acuerdos de 15-9-2016, de los Acuerdos de 7-6-2017, y solamente en el suplico solicita en su apartado segundo que se declare el derecho de los actores a separarse en virtud de la sustitución del objeto social.

Atendiendo a que se solicita en el suplico y que se contesta por el demandado dicha acción, esa simple solicitud del suplico no es suficiente para analizar dicha acción de separación, que entre otras cuestiones debería determinar el acuerdo en virtud del cual se ejercita dicho derecho, su publicación en el BORME o su sustitución en cuanto al cómputo del plazo conforme al artículo 348 LSC, y la presentación de la demanda dentro de plazo, desestimándose de plano por no acreditarse los fundamentos de hecho y derecho de dicha solicitud, y derivado de ello no se analiza tampoco la prescripción alegada.

Finalmente considera no ejercitable dicha acción de separación en base a una petición en el punto dos del suplico.

SEGUNDO. Recurso de apelación interpuesto por D^a Palmira , D^a Salome y D. Camilo .

Sostiene el recurso que el ejercicio del derecho de separación constituía uno de los objetos del procedimiento y que, a tal efecto, (i) expuso los hechos que integraban la causa de pedir que se declarara a su favor el derecho de separación; y (ii) formuló la propia petición en el suplico de forma suficientemente detallada.

Añade el recurso que incurre la Sentencia en un defecto de incongruencia omisiva, con infracción de los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no pronunciarse en cuanto al fondo, haciendo gala de un rigorismo formal extremo.

Debemos advertir previamente que este defecto no concurre en cuanto constituye doctrina jurisprudencial consolidada que las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de la falta de este requisito, porque resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas, con independencia de la discrepancia que en este caso pueda mostrar la parte recurrente sobre el fundamento de la desestimación (entre otras muchas, STS de 17 de marzo de 2004). Por otra parte, el artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008, 16 de diciembre de 2008, y 28 de junio de 2010).

Para seguir un orden lógico, debemos referirnos en primer lugar a la nulidad del acuerdo de la Junta General de 7 de junio de 2017.

La Junta General de 7 de junio de 2017 incluía como punto octavo del orden del día la modificación de los estatutos.

La redacción anterior de los Estatutos, en lo que aquí interesa, procede del acuerdo de Junta General Ordinaria Universal de 30 de junio de 1991, que aprobó un nuevo Texto Refundido de Estatutos:

"Artículo 2º.- OBJETO SOCIAL.- La Sociedad tiene por objeto la compraventa de hierros y metales y ferretería en general.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la Sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto análogo.

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad."

La redacción del nuevo artículo 2 de los estatutos es la siguiente:

ARTICULO 2º.- OBJETO SOCIAL. La sociedad tiene por objeto la compraventa de hierros y metales y ferretería en general a las cuales corresponden los CNAE 4672 y 4674.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto análogo.

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad.

Los Códigos CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) se refieren a las siguientes actividades: 4672 Comercio al por mayor de metales y minerales metálicos y 4674 Comercio al por mayor de ferretería, fontanería y calefacción.

Desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013 ha de constar el código de actividad CNAE que corresponda con la principal actividad que desarrolle la sociedad. Este requisito solo tiene trascendencia estadística.

En consecuencia, no existía realmente una modificación estatutaria que permita el ejercicio del derecho de separación. Como señaló la STS 438/2010, de 30 de junio:

No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos.

La modificación requiere, según establece la STS 102/2011, de 10 de marzo, "una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos."

La propuesta de modificación estatutaria no alteraba el objeto social y se limitaba a una mera adaptación de los estatutos a las exigencias legales.

En el mismo sentido sobre cual debe ser el alcance de la modificación estatutaria se pronuncia la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 13 de mayo de 2024, y las que cita, con referencia a la jurisprudencia mencionada.

Y no era otro el objeto de la deliberación.

El recurso, en su apartado segundo se refiere a la impugnación del acuerdo de la Junta General de 7 de junio de 2017 "que deniega la adaptación del artículo de los Estatutos relativo al objeto social para incluir las actividades de impresión de libros desarrolladas mediante la participación en la sociedad Rotabook Servicios de Impresión, S.L."

El fundamento de la impugnación es que:

"denegó la solicitud de mis mandantes oportunamente deducida en dicha Junta General de modificación del objeto social para adaptarlo a la actividad más amplia a la que previamente venía desarrollando la sociedad."

Debemos advertir que el objeto del acuerdo debe corresponder a los puntos del orden del día y que, tratándose de una propuesta de modificación estatutaria, lo que se aprueba o no es la modificación estatutaria propuesta.

Por ello la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 286, establece unos requisitos que debe cumplir toda propuesta de modificación estatutaria, que obliga a que los administradores o, en su caso, los autores de la

propuesta deban redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las sociedades anónimas, deben redactar un informe escrito con su justificación.

Y en la convocatoria deben expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse - artículo 287 LSC -.

La exigencia legal de que en todo anuncio de convocatoria de junta general para adoptar acuerdos de modificación de estatutos se expresen "con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse" tiene por objeto no solo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria.

Los socios pueden mostrarse o no conformes con la modificación, y pueden solicitar la inclusión en el orden del día de la modificación estatutaria que estimen oportuna - como ocurrió en el caso de la SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 27 de julio de 2015, que cita el recurso -, pero no pueden introducir en la propia junta cualquier clase de modificación alternativa y pretender que sobre esto deba adoptarse un acuerdo.

Por ello la sentencia recurrida se refiere a "una manifestación de la demandante realizada en una Junta cuyo objeto es aprobar cuentas y adaptar estatutos".

No existe ningún "acuerdo negativo" sobre extremos no incluidos en el orden del día. Cualquier alternativa resultaba ajena a la modificación propuesta, que es lo que constituye el objeto de la convocatoria.

La pretendida "impugnación" de un acuerdo inexistente debe ser rechazada, con lo que el fundamento del recurso decae, aunque analizaremos otras cuestiones planteadas.

TERCERO. De las pretendidas actividades de hecho como modificación del objeto social.

A continuación examinaremos el primero de los motivos del recurso, que se refiere al ejercicio del derecho de separación.

Ciertamente la demanda contiene una pretensión por la que solicita que se declare el derecho de los demandantes a separarse de la Sociedad en virtud de la sustitución del objeto social.

Esta "sustitución" (más bien ampliación de facto o supuestas actividades de hecho) del objeto social se sustenta en dos hechos:

-Inversión en ROTABOOK SERVICIOS DE IMPRESIÓN, S.L., que supone "realizar las actividades que son propias de su objeto social"(sociedad dedicada a la edición, impresión, encuadernación, publicación, difusión, distribución y venta por cuenta propia o ajena de diarios, semanarios y toda clase de publicaciones periódicas o no). Respecto a la participación en dicha sociedad la demanda se refiere a las Cuentas Anuales cerradas a 31 de Diciembre de 2015, en las que figura una participación representativa del 10,22 % del capital social.

-Incluir actividades inmobiliarias, ya que la sociedad cuenta con un considerable número de inmuebles no afectos a la actividad propia de SOGEISA (comercio de metales y ferretería), sino a su venta o alquiler. Según la demanda se trata de diez inmuebles entre viviendas, solares y naves industriales.

Respecto a ROTABOOK, la modificación o ampliación del objeto social consiste en incluir la actividad (distinta) de otra, que es en lo que se sustenta la ampliación de facto del objeto social - más bien que se desarrolla una actividad de hecho ajena al objeto social -, y a ello debemos atender por razones de congruencia (pp. 74 y 75 de la demanda).

9. Por ello, es asimismo indudable que el administrador único de SOGEISA y el grupo de accionistas de control ha llevado a cabo, de facto una ampliación del objeto social de SOGEISA para añadir, cuando menos, las actividades que son propias del objeto social de ROTABOOK (edición, impresión, encuadernación, publicación, difusión, distribución y venta por cuenta propia o ajena de diarios, semanarios y toda clase de publicaciones periódicas o no).

Es decir, la modificación estatutaria consiste en que se están desarrollando las actividades de ROTABOOK (en el mismo sentido pp. 42 in fine, apartado 2, y 43, al referirse a la ampliación del objeto social):

mediante ampliación del mismo para incluir las actividades (realizadas a través de dicha sociedad participada) de la impresión de papel biblia. También se ha ampliado el objeto social, igualmente por vía de hecho, a las actividades inmobiliarias, habiendo adquirido SOGEISA un gran número de inmuebles no afectos a la actividad, destinados a su venta, actividad que tampoco tiene reflejo en el objeto social plasmado en los estatutos sociales.

Esta modificación, según la cual se desarrollan las actividades de ROTABOOK, requiere que la adquisición de acciones/participaciones permita ejercer una influencia dominante sobre sociedades con objeto social distinto.

Para entender que se sustituye o amplía la actividad directa por otra indirecta se requiere algún tipo de control o unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, incluso aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio - STS 102/2011, de 10 de marzo -.

No es este el caso. El único dato sobre la influencia en dicha sociedad es el de una participación de un 10,22 % en el capital social en 2015. Y se añade que en 2016 es de un 11,07 % del capital social. SOGEISA ni siquiera interviene en la administración de ROTABOOK.

El hecho de que se asuma una participación en otra sociedad no supone sin más el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada.

Y la modificación se sustenta aquí en el desarrollo de la actividad de otra sociedad.

Por otra parte, el recurso viene a mezclar la participación en dicha sociedad (en realidad, el desarrollo de la actividad de ROTABOOK como modificación del objeto social, que es en lo que se sustenta la demanda) con el hecho de que se presten avales en beneficio de dicha sociedad. Esto podrá afectar a la situación patrimonial de SOGEISA, pero no constituye una ampliación de su objeto para entender incluidas en el mismo las actividades que constituyen el objeto social de ROTABOOK - que es lo que se pretende -. El hecho de que se puedan prestar garantías a una sociedad no supone una modificación del objeto social para incluir la actividad de la avalada, que es en lo que se sustenta la demanda.

La Sociedad demandada rechaza que intervenga en la gestión o administración de ROTABOOK, no perteneciendo ni siquiera a su Consejo de Administración.

Y, aunque la inversión - que no el control - se sustenta para justificar la ampliación del objeto social a las actividades de ROTABOOK hemos de añadir, respecto a la inversión misma - aunque la actividad a la que se refiere la demanda no es la de inversión en sociedades, sino el desarrollo de la actividad de ROTABOOK -, que la demanda no efectúa una comparación del valor de la participación en ROTABOOK con relación al conjunto de activos. Lo que se dice es que el valor neto en libros asciende a 853.152 euros, y se ofrezca una u otra valoración esta participación debería en todo caso relacionarse con el conjunto del valor de los activos (y este desarrollo argumental debería figurar en la demanda, STS 713/2014, de 17 de diciembre).

Ya hemos destacado que el derecho de separación requiere que se hubiera adoptado un acuerdo de "sustitución o modificación sustancial" del objeto social - STS 102/2011, de 10 de marzo -.

Respecto a las actividades inmobiliarias, el único dato al que se refiere la demanda es que la sociedad dispone de diez inmuebles que dice destinados a la venta o alquiler, sin mayor detalle y sin especificar el concreto destino de cada inmueble, a qué venta o alquiler se refiere y en qué momento se produce. Y la sociedad demandada negó estos hechos, puesto que alega que todos los inmuebles adquiridos fueron naves industriales destinadas al crecimiento de la actividad de la sociedad, aunque con posterioridad, muchos de esos centros pasaran a no estar operativos por la situación económica de contracción de la actividad.

Lo único que consta es que pueden existir unos indeterminados activos sociales, y esto no constituye modificación - sustancial o no - del objeto social.

En consecuencia, si no consta que se hubiera efectuado una modificación del objeto social con los requisitos que hemos señalado - no hay acuerdo de modificación ni modificación sustancial -, el presupuesto de la acción ejercitada decae.

Pero no son éstos los únicos motivos por los que el recurso no puede prosperar.

CUARTO. El derecho de separación se condiciona a la existencia de un acuerdo de sustitución o modificación sustancial del objeto social, y quedan legitimados los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo - artículo 346 LEC -. El ejercicio del derecho debe efectuarse por escrito en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo en el BORME o desde la comunicación a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo - artículo 348 LSC -.

No es posible reconocer un derecho de separación al margen de los presupuestos legales. Se trata de un derecho de configuración legal, sin perjuicio de la posibilidad de establecer estatutariamente otras causas de separación, lo que requiere no obstante determinar el modo en que debe acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio, es decir, una completa configuración estatutaria de los presupuestos del derecho y de su ejercicio.

Y debemos advertir que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª de 27 de julio de 2015, que se cita en el recurso, plantea un supuesto distinto del que nos ocupa, puesto que, en ese caso, a instancia de los demandantes se celebró junta general extraordinaria con el siguiente orden del día: primero.- adaptación del objeto social a la actividad real que desarrolla la compañía; segundo, modificación del objeto social conforme el acuerdo precedente; tercero, reconocimiento del derecho de separación de los accionistas; y cuarto, distribución de dividendos a los accionistas.

Aunque el derecho de separación no está previsto para esos supuestos - desarrollo de una actividad de hecho -, en ese caso existió un acuerdo negativo frente a la modificación estatutaria pretendida por quienes ejercitaban el derecho de separación. Precisamente la demanda se sustentaba en el rechazo por la mayoría de la modificación de los estatutos que pretendía concretamente incluir en el objeto social la actividad real de la sociedad, al entender que dicho acuerdo negativo implica un ejercicio abusivo del derecho de la mayoría, que no debería de impedir a la minoría el ejercicio del derecho de separación. Se trataría en ese supuesto de determinar si el acuerdo por el que se rechaza la modificación estatutaria para incluir el objeto que corresponde con la actividad real supone un abuso de la mayoría y, de ser así, cuáles son las consecuencias respecto al ejercicio del derecho de separación.

El derecho de separación requiere un acuerdo de modificación del objeto y el adoptado aquí no sustituye o amplía el objeto social.

Y sería discutible que un acuerdo que rechaza modificar el objeto para incluir las actividades que realmente se desarrollan permita el ejercicio del derecho de separación (actividad de hecho).

En la doctrina se ha rechazado que el hecho de que no exista coincidencia entre el objeto social que figura en los estatutos y las actividades de la sociedad permita sin más ejercitar el derecho de separación, puesto que no se habría producido un cambio definitivo que justifique la separación del socio, que dispone además de cauces de protección de sus derechos frente a la actuación de los administradores. Este planteamiento tiene sentido en cuanto, como hemos señalado, nos encontramos ante un derecho de configuración legal y en cuanto la finalidad del reconocimiento de este derecho del socio es que su permanencia quede condicionada a la base de la relación del socio con la sociedad, sin que dependa de la decisión adoptada por la mayoría - STS 102/2011, de 10 de marzo -.

En definitiva, el derecho de separación no está previsto como reacción al desarrollo por la sociedad de una actividad de hecho, no comprendida en el objeto social, sino como tutela del socio ante la modificación por la mayoría de la base social.

En efecto, se trata de un medio de tutela que el legislador reconoce cuando la mayoría modifica sustancialmente el objeto social, no de un derecho que surja a partir de una actividad de hecho. No es posible, alterando la configuración legal del derecho de separación, el ejercicio del mismo por el mero hecho de que se entienda que hay un objeto fáctico, desligado de un acuerdo de modificación sustancial del objeto social.

El derecho de separación se pretende ejercitar aquí a partir de un acuerdo que no supone modificación sustancial del objeto social.

QUINTO. Cabe apreciar además el abuso de derecho que alega la Sociedad en cuanto la inversión en la entidad ROTABOOK por parte de SOGEISA se produjo en el año 2006, y desde esa fecha hasta la presentación de la demanda han transcurrido más de 12 años, dado que la inversión en ROTABOOK siempre ha sido conocida y consentida por los demandantes, además de su aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios 2006 a 2014 ambos inclusive. En las memorias de todos los ejercicios aparece la inversión en ROTABOOK. Y lo mismo cabría decir respecto a la titularidad de inmuebles.

Como hemos señalado, el fin de la norma es respetar la voluntad del socio, quedando su permanencia condicionada a la base de la relación del socio con la sociedad, sin que dependa de la decisión adoptada por la mayoría - STS 102/2011, de 10 de marzo -. No es posible que el socio utilice el hipotético cambio del objeto social a su conveniencia. El derecho de separación puede ejercitarse en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación al socio, no en el momento que crea oportuno el socio como reacción a los conflictos sociales que puedan generarse.

En este caso no hay ninguna propuesta de acuerdo en el orden del día referida a una modificación del objeto social en los términos requeridos para el ejercicio del derecho de separación. Sin perjuicio de que una propuesta de acuerdo rechazada por la mayoría pueda ser también una actuación abusiva si va dirigida a ejercitar de forma oportunista el derecho de separación.

De desligarse el derecho de separación de los requisitos establecidos para su ejercicio se daría lugar a la posibilidad de invocar este derecho en cualquier momento, lo que contraviene de plano la forma de ejercicio

establecida por el legislador y abriría la puerta a todo tipo de abusos y actuaciones oportunistas, ajenas por completo al fin de protección de la norma. Se trata de la tutela de la minoría frente a la capacidad de la mayoría, sin necesidad de pacto con los minoritarios, de efectuar una modificación sustancial del objeto social - STS 102/2011, apartado 21).

Por otra parte se sustenta el recurso en el principio *pro actione*. Esta alegación no puede prosperar. La parte ha podido acceder al recurso.

En todo caso, el principio hermenéutico *pro actione* únicamente despliega su plena potencialidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera respuesta de los órganos judiciales a la pretensión deducida por quien acude a ellos en demanda de justicia, pero no cuando lo que se solicita es la revisión de dicha respuesta por medio de recursos - STC 195/2007, de 11 de septiembre de 2007, entre otras muchas -.

QUINTO. El último de los apartados del recurso se refiere a la imposición de costas.

La existencia de serias dudas de hecho o de derecho, que es lo que constituye la excepción al criterio del vencimiento objetivo que dispone el artículo 394 LEC, se sustenta en el recurso en que la resolución podría o debería haber sido otra, favorable a los recurrentes, dada la singularidad de los hechos objeto del proceso y la existencia de una resolución de Audiencia Provincial que en un caso idéntico da la razón a los actores, demandantes del derecho de separación.

Ni de la "singularidad" de los hechos se desprende otra cosa que apreciar las circunstancias del caso, ni se indican cuales son las "serias dudas de hecho" que justificarían la no imposición de costas. Respecto a la mención de una sentencia hemos señalado que no se trata del mismo supuesto que concurre aquí -al margen de resultar más que discutible el criterio adoptado -, sin que en este caso se aprecien serias dudas de derecho.

Por otra parte, son varios los motivos que dan lugar a la desestimación del recurso:

(i) El derecho de separación es un derecho de configuración legal. Siempre debe estar relacionado con una propuesta de modificación sustancial del objeto social que forme parte del orden del día y sobre la que se adopte un acuerdo. El derecho de separación se pretende ejercitar a partir de un acuerdo que no supone modificación sustancial del objeto social. Esto ya determinaba la desestimación del recurso.

(ii) No se acredita la existencia de modificación del objeto en relación a las concretas actividades en las que se sustenta la demanda. Recuérdese que se trataba (p. 43 de la demanda) de actividades de impresión (ROTABOOK), cuando no apreciamos que la demandada realice la actividad de otra sociedad, y de actividades inmobiliarias que no se acreditan, más allá de la existencia de activos sociales. Estas eran las pretendidas modificaciones: "incluir las actividades (realizadas a través de dicha sociedad participada) de la impresión de papel biblia. También se ha ampliado el objeto social, igualmente por vía de hecho, a las actividades inmobiliarias, habiendo adquirido SOGEISA un gran número de inmuebles no afectos a la actividad, destinados a su venta, actividad que tampoco tiene reflejo en el objeto social plasmado en los estatutos sociales."

(iii) El derecho de separación se ejercita de forma abusiva.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D^a Palmira, D^a Salome y de D. Camilo contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones, y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Se decreta la pérdida del depósito en su caso constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme, y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dicho recurso conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

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