



Roj: **SAP M 12958/2024 - ECLI:ES:APM:2024:12958**

Id Cendoj: **28079370282024100880**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/11/2024**

Nº de Recurso: **122/2023**

Nº de Resolución: **370/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MUÑOZ PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 6, 13-09-2022 (proc. 2143/2019),
SAP M 12958/2024**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ Santiago de Compostela nº 100.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

N.I.G.:

Recurso de Apelación 122/2023.

O. Judicial Origen:Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 2143/2019.

APELANTE: don Genaro .

Procuradora: Dña. María José Arranz de Diego.

Letrado: D. José Manuel Rodríguez Vinuesa.

APELADA: TOP CLASS AUTOS S.L.

Procurador: D. Juan Antonio Velo Santamaría.

Letrado: D. Enrique Ugarte Timón.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

D. ALFONSO MUÑOZ PAREDES

SENTENCIA N° 370/2024

En Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil veinticuatro.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 122/2023, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2022, dictada en el procedimiento ordinario núm. 2143/19, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid.



Han sido partes en el recurso, como parte apelante, don Genaro ; y, como parte apelada, TOP CLASS AUTOS SL. Ambas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don Alfonso Muñoz Paredes, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 13 de septiembre de 2022, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"Que desestimando la demanda seguida seguidos a instancia de **D. Genaro**, representado por la Procuradora Sra. Arranz de Diego y asistida del Letrado D. Juan Manuel Rodríguez Vinuesa; contra la mercantil **TOP CLASS AUTOS, S.L.**, representada por el Procurador Sr. Velo Santamaría y asistida del Letrado D. Enrique Ugarte Timón; debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas, con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte demandante."*

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de don Genaro se interpuso recurso de apelación. Tramitado en forma legal, con oposición de la demandada, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se ha formado el presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 24 de octubre de 2024.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El procedimiento en primera instancia.

[1] Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por don Genaro en la que, tras presentarse como titular de un 6% del capital social, manifestaba haber sido convocado a la celebración de **Junta** General ordinaria y extraordinaria de la mercantil TOP CLASS AUTOS S.L., a celebrar en la calle Fuente del Berro, 20, 1º B de Madrid, el día 10 de diciembre de 2018 a las 13:30 horas con arreglo al siguiente orden del día:

"De carácter ordinario:

Primero.- Examen y aprobación, en su caso de las Cuentas Anuales (balance Cuentas de pérdidas y ganancias, Estado de Cambios en el Patrimonio neto, Estado de Flujos de efectivo y Memoria) y el informe de Gestión, correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2017.

Segundo.- Examen y aprobación, en su caso de la propuesta de aplicación del resultado obtenido en el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017.

Tercero.- Examen y aprobación en su caso de la gestión realizada por el órgano de administración en el ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 20 17.

De carácter extraordinario.

Cuarto.- Aumentar el capital social de la mercantil en la suma de CINCUENTA Y DOS MIL (52.000) EUROS mediante la creación de 26.000 nuevas participaciones sociales de DOS EUROS (2,00) de valor nominal cada una de ellas, de la misma serie de las hoy existentes, numeradas correlativamente del 100.001 a la 126.000, ambas inclusive.

El aumento de capital se efectuará mediante la compensación de los créditos que el socio DON Juan Manuel mantiene contra la sociedad, con supresión del derecho preferente de suscripción a tenor de lo establecido en el artículo 304 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital .

Quinto.- Modificación del artículo 7.º de los Estatutos Sociales.

Sexto.- Delegación de facultades para elevar a público los acuerdos adoptados.

Séptimo.- Ruegos y preguntas y aprobación del acta.

*A partir de la convocatoria de la **Junta**, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a:la aprobación de la misma. En particular se pondrá a disposición de los socios el informe del órgano de administración, al que hace referencia el artículo 301.2 de la Ley de Sociedades de Capital , sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento,*



en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social."

[2] Aprobados los acuerdos con su voto en contra, suplicaba que se dictase sentencia por la que:

1.- Se declare que la **Junta** de Socios de TOP CLASS AUTOS SL celebrada el día 10 de diciembre de 2018 en Madrid, calle Fuente del Berro nº 20, 1º B fue una **Junta** General de Socios de carácter ordinario y extraordinario.

2.- Se declare la nulidad de todos los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos por haberse celebrado **fuera** del **término municipal** del domicilio social.

3.- Subsidiariamente, en caso que no se estime lo anterior, se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho por todos y/o cada uno de los siguientes motivos que se exponen a continuación:

A) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el primer, segundo y tercer orden del día por haberse incluido la retribución del administrador cuando el cargo de administrador es gratuito y por no haberse autorizado por la **Junta** la retribución del administrador por otro concepto (hecho décimo de esta demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.

B) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el primer, segundo y tercer orden del día por haberse vulnerado el derecho de información del socio por la no exhibición de los documentos que sirven de antecedente a las cuentas anuales (hecho decimoprimer de esta demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.

C) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el primer, segundo y tercer orden del día por haberse vulnerado el derecho de información del socio por infracción del artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital (décimo segundo de esta demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.

D) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el primer, segundo y tercer orden del día por inclusión como partida de gastos las retribuciones del administrador don Juan Manuel por importe de 19.274,80 euros al ser cargo de administrador gratuito (art. 217 LSC) y así como la **junta** no ha autorizado retribución del administrador por otro concepto (artículo 220 LSC) (hecho decimotercero de la demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.

E) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el cuarto y quinto orden del día por defecto en la convocatoria de la **junta** por no incluir en la convocatoria la redacción de la modificación del artículo 7 de los estatutos sociales por infracción de los artículos 286 y 287 de la ley de sociedades de capital (hecho decimocuarto de esta demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.

E) [sic]Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el cuarto y quinto orden del día por infracción de los artículos 190 c), 199 b) y 228 c) y e) de la ley de sociedades de capital (hecho decimoquinto de esta demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.

F) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el cuarto y quinto orden del día por infracción de los artículos 190 c) 229 a) de la Ley de Sociedades de Capital por conflicto de intereses al realizar transacciones con la sociedad (hecho decimosexto de esta demanda) así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos.



G) Se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la **Junta** General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el cuarto y quinto orden del día por no ser necesaria la ampliación de capital.

H) Para el supuesto que el juzgado estimara que se ha celebrado una **junta** general de carácter universal celebrada el día 10 de diciembre de 2018 nulidad de todos los acuerdos adoptados en la citada **junta** universal de socios por no haberse celebrado con los requisitos que establece la ley de sociedades de capital (hecho decimooctavo).

I) Subsidiariamente, para el supuesto que el juzgado estimara que se ha celebrado una **junta** general de carácter universal celebrada el día 10 de diciembre de 2018 nulidad de los acuerdos adoptados en los puntos cuarto y quinto del orden del día (ampliación de capital) por los motivos expuestos en los hechos decimotercero a decimoséptimo de esta demanda.

4) Se ordene la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil de la provincia de Madrid su publicación en extracto, así como la cancelación en el Registro Mercantil de la provincia de Madrid de cualquier asiento o depósito que se haya producido como consecuencia de los expresados acuerdos.

[3] Admitida a trámite la demanda y dado traslado de la misma a la parte demandada, formuló oposición.

[4] El Juez de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda. Rechazó, en primer lugar, que estemos ante una **junta** universal, dado que (i) fue convocada con el doble carácter de ordinaria y extraordinaria, (ii) solo a raíz de la reclamación de la representante del demandante, en lo relativo al lugar de celebración, el presidente de la **junta** y socio mayoritario la calificó como universal, y (iii) aunque concurriera la totalidad del capital social, no resulta del acta que los socios aceptaran por unanimidad la celebración con tal carácter ni el orden del día.

[5] En relación con una posible infracción del artículo 175, por haber tenido lugar la celebración de la **junta fuera** del municipio del lugar del domicilio social, el juez desestima esta causa de impugnación por haber acudido el demandante al menos a tres **juntas** en los años precedentes en el mismo lugar que ahora impugna, lo que supone un acto propio que ha generado en el administrador social convocante la confianza legítima de que el demandante aceptaría y acudiría a la misma.

[6] En lo afectante al derecho de información, el juez estima que la exhibición de documentos realizada por la demandada cumple las exigencias de los arts. 196 y 272 por cuanto:

(i) Son hechos acreditados que el demandante, antiguo trabajador de la demandada hasta 2012, constituyó junto a otros dos trabajadores, no socios de la demandada, una nueva sociedad (DRIVEME, S.L.) dedicada a la misma actividad de servicios de arriendo de vehículos con o sin conductor, siendo así que desde dicha fecha y hasta la actualidad, dicha mercantil dirige lícitas ofertas concurrenciales a los mismos clientes y sector de usuarios que lo hace la demandada, con la esperanza de que sus conductores [-conocidos de la clientela-] puedan reanudar los servicios bajo el amparo de la nueva sociedad.

(ii) En atención a tan especial casuística debe estimarse que la exhibición documental realizada con anterioridad a la **junta**, así como las explicaciones dadas durante la misma, colman y satisfacen el derecho del socio competidor, anterior trabajador, titular de un 6% del capital social de la demandada; en cuanto aparece justificada la restricción y reserva [art. 196.2 LSC] de los datos relativos a contratos de leasing sobre vehículos, contratos con clientes, extractos bancarios y justificantes de cobros y pagos, en cuanto la información financiera y económica que incorporan puede ser utilizada por el demandante para el desempeño de su actividad concurrencial.

[7] El juez prosigue su examen con el motivo de impugnación que vincula la percepción (ilegítima, a decir del demandante) de una retribución sin previsión estatutaria con la vulneración del principio de imagen fiel, para concluir que (i) la retribución percibida por el administrador social nace de un vigente acuerdo de **junta** de socios de 1.1.2001, (ii) retribuye los servicios profesionales de gestión administrativa, dirección comercial y técnica, (iii) su percepción ha tenido constancia contable en las cuentas anuales y en la memoria -al menos- en los años 2016 y 2017 precedentes y (iv) ello era conocido por el demandante, sin oposición ni impugnación por su parte desde su incorporación a la sociedad demandada en el año 2006.

[8] El juez, por último, niega que exista tacha en el acuerdo de aumento de capital, ya que:

(i) Aunque se omitió en la convocatoria el texto completo de la redacción estatutaria, en fecha 27.11.2018 se remitió al demandante tanto el informe del órgano de administración social sobre dicha modificación, como el texto íntegro de la reforma pretendida y su justificación, lo que colma el derecho de información del socio por razón de una convocatoria de **junta** completa y clara exigida en el art. 174 LSC;



(ii) No existe infracción del deber de lealtad, ya que no es "dudoso que el acuerdo objeto de impugnación relativo a la ampliación de capital y modificación estatutaria resulta propio de la cualidad de socio (...) de lo que resulta que la cualidad de administrador social (...) en modo alguno permite entender que actuó en tal carácter n (rectius ni) que se trate de acto de administración social."

(iii) El socio/administrador no estaba incurso en un conflicto de interés, por cuanto el acuerdo de ampliación no afecta a "la esfera de derechos y obligaciones nacidas del contrato social".

(iv) La ampliación de capital era necesaria, pues a tenor del informe pericial aportado por la demandada, ésta "presentaba en el ejercicio 2018 una situación de grave y relevante reducción de la cifra de negocio, lo que afectó a la situación de solvencia y de liquidez de la demandada; de tal modo que excluida la misma del sistema financiero su capacidad para hacer frente a las obligaciones a corto plazo redujo drásticamente su capacidad de maniobra para atender los pagos comprometidos".

SEGUNDO.- Recurso de apelación.

[9] **Primer motivo:** Infracción de los artículos 218 apartados 1 y 2 de la LEC y 24 CE por falta de incongruencia interna de la sentencia: contradicción entre el fundamento de derecho cuarto y quinto (estimación ordinal 1º de la demanda) y el fallo de la sentencia (desestimación íntegra de la demanda).

[9.1] Desarrollo del motivo.

En el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia que se recurre se establece: "[...] Resulta rechazable por ello tanto la presencia de una **Junta** universal como la nulidad de la misma por haberse celebrado **fuera** del domicilio social y del **término municipal** del domicilio social de la demandada. Ello exige estimar el ordinal 1º de la demanda, desestimando el ordinal 2º del suplico de la demanda, así como el apartado H) del ordinal 3º del suplico de la demanda y apartado I) del ordinal 3º del suplico de la demanda". Igualmente en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia: "1.- El ordinal 3º del suplico de la demanda, subsidiario a los anteriores [-sin especificar si lo es respecto al ordinal 1º, que se estima, o al 2º, que se desestima-], se articula en ocho apartados identificados desde la letra A) a la letra G)."

Sin embargo, el fallo de la sentencia es íntegramente desestimatorio. Dicho error se pretendió subsanar por esta parte por medio de recurso de aclaración o complemento de la sentencia, para que **fuera** subsanada por el Juzgador, siendo desestimada dicha subsanación por Auto de fecha 25 de octubre de 2022. En consecuencia, se debe revocar la sentencia en el sentido de estimar la demanda declarando que la **Junta** de Socios de TOP CLASS AUTOS SL celebrada el día 10 de diciembre de 2018 en Madrid, calle Fuente del Berro nº 20, 1º B fue una **Junta** General de Socios de carácter ordinario y extraordinario, y como consecuencia de ello, la no condena en costas en aplicación del artículo 394.2 de la LEC.

[9.2] Respuesta del tribunal.

El motivo debe ser desestimado. En el suplico de la demanda, como primer pedimento, se solicitaba la declaración de que la **Junta** fue de carácter ordinario y extraordinario. Tal pretensión, mero declarativa, es simple presupuesto de las que siguen, pues de entenderse que la **Junta** lo había sido universal, habrían quedado sanados todos los posibles vicios de convocatoria. Aunque el juez la acoge, ello no implica que deba elevarla al fallo, pues carece de sustantividad propia y responde a un intento, bien conocido en la praxis forense, de incluir en los suplicos pretensiones carentes de autonomía que son simple presupuesto de las verdaderamente ejercitadas, con el solo fin de buscar artificialmente una estimación parcial que asegure una inmunidad en materia de costas, fin último que el apelante ni siquiera esconde en su recurso.

[10] **Segundo motivo:** error en la valoración de la prueba.

[10.1] Desarrollo del motivo.

La sociedad demandada cuenta con asesoramiento legal continuo de letrados, los cuales, dada su condición, conocían o deberían conocer que las normas del lugar de la celebración de las **juntas** son "ius cogens" y, de acuerdo, con el artículo 175 LSC la **Junta** General de Socios debió celebrarse en el **término municipal** donde la sociedad tenga su domicilio, en el caso, en San Sebastián de los Reyes. Si bien, por la comodidad del letrado, la **Junta** se celebró en el domicilio de su despacho profesional y no en el **término municipal** del domicilio de la sociedad. Por lo tanto, ha existido un error en la valoración de la prueba en la sentencia.

[10.2] Respuesta del tribunal.

Este motivo debe correr igual suerte que el precedente. El juez a quo incurrió en error alguno en la valoración de la prueba, pues llegó a la conclusión de que la **Junta**, efectivamente, había sido celebrada en localidad distinta de la correspondiente a su domicilio social. Cuestión distinta es que errara en la aplicación del derecho al concluir que, no obstante lo anterior, la conducta pretérita del actor, denunciando lo que había tolerado



reiteradamente en el pasado, constituía un acto propio, revelador de un abuso de derecho en la impugnación, lo que habremos de examinar en el cuarto motivo de recurso, referido, ese sí, a una eventual infracción del art. 175 LSC.

[11] **Tercer motivo:** error en la valoración de la prueba.

[11.1] **Desarrollo del motivo.**

Ha existido una defectuosa valoración de la prueba documental, y en concreto:

1) El documento nº 5 de la demanda, burofax de fecha 13-11-2018 remitido por el Sr. Genaro a la sociedad Top Class, en la cual solicitaba la exhibición de documentos que servían de soporte a la contabilidad de la sociedad.

2) El documento nº 6 de la demanda, burofax del día 27-11-2018 remitido por la sociedad Top Class al Sr. Genaro en que señalaba el día 3-12-2018 para la exhibición de los documentos que servían de antecedentes de las cuentas de la sociedad. La relevancia de dichos documentos es que por parte de la sociedad, en ningún momento, se alegó que los documentos que le fueron requeridos para su exhibición por el socio minoritario podían perjudicar el interés social y su alegación posterior resulta extemporánea.

[11.2] **Respuesta del tribunal.**

El recurso, de nuevo, confunde el error en la valoración de la prueba con el error en la aplicación del derecho. El juez no niega que parte de la información solicitada no **fuera** exhibida (por la vía del art. 272.3) o suministrada (exart. 196). Lo que entiende, sin distinguir entre ambos preceptos, es que, atendiendo, de un lado a la "especial casuística" del actor (antiguo trabajador, actual competidor), y, de otro, a "la exhibición documental realizada con anterioridad a la **junta**, así como las explicaciones dadas durante la misma" y que "la extensa documentación fiscal solicitada por el demandante (...) fue exhibida, siendo respondidas las aclaraciones solicitadas en **junta ordinaria y extraordinaria**", su derecho de información fue cabalmente satisfecho, apareciendo "justificada la restricción y reserva [art. 196.2 LSC] de los datos relativos a contratos de leasing sobre vehículos, contratos con clientes, extractos bancarios y justificantes de cobros y pagos, en cuanto la información financiera y económica que incorporan puede ser utilizada por el demandante para el desempeño de su actividad concurrencial."

La infracción, de existir, no afectaría a las reglas de valoración de la prueba, sino al contenido mismo de aquellos preceptos, que el juez no reputa infringidos a pesar de la privación de parte de la información requerida. Habiendo el apelante configurado la infracción de los arts. 196 y 273.3 como motivo propio de impugnación, huelga entrar aquí en otras consideraciones.

[12] **Cuarto motivo: infracción del artículo 175 de la LSC .**

[12.1] **Desarrollo del motivo.**

Las normas sobre el lugar de celebración son normas de "ius cogens" cuyo incumplimiento determina la nulidad de la convocatoria y, por ende, de la **junta**.

En cuanto a la invocación por parte del Juzgador a quod de la doctrina de los actos propios, que el socio minoritario no haya impugnado las anteriores **juntas** de socios de los años 2015 y 2016 celebradas en Madrid, lo único que conlleva es que las citadas **juntas** hayan adquirido validez y no puedan ser impugnadas, pero no que en el futuro se pueda seguir incumpliendo por la sociedad el artículo 175 de la LSC.

[12.2] **Respuesta del tribunal.**

Es un hecho probado (docs. 6, 7, 8 y 9 de la contestación) que las **juntas** celebradas en fechas 2 de junio de 2015, 28 de julio de 2016, 24 de julio de 2017 y 30 de agosto de 2017 tuvieron lugar también en Madrid, calle Fuente del Berro nº 20, 1º B, y no en San Sebastián de los Reyes, localidad donde se ubica el domicilio social. Consta asimismo acreditado que el apelante asistió, personalmente o representado a tres de ellas (2 de junio de 2015, 28 de julio de 2016 y 30 de agosto de 2017), sin oponer tacha alguna al lugar de celebración.

No se discute por las partes, tampoco, que en aquella primera localización tiene su sede el despacho de abogados que asesora a la sociedad y que fue allí donde tuvo lugar la exhibición de la documentación solicitada exart. 272.3, pese a que en el burofax de 13 de noviembre de 2018 el apelante solicitaba que le **fuera** exhibida en el domicilio social. No es sino el día de la **junta** cuando, tras su constitución, hace constar su protesta.

El juez, contrariamente a lo que se afirma en el motivo, aprecia una infracción del art. 175, que entiende salvada por la conducta previa del actor. Por tanto, en puridad, no habría infracción del art. 175 LSC [ni tampoco del art. 204.3 a), no invocado en el recurso], sino de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios y el abuso de derecho.



Debemos convenir con el apelante que la vinculación a la propia conducta no es *ad perpetuam*. En este sentido se ha pronunciado la STS de 19 de septiembre de 2017, cuando lo impugnado era la percepción por el administrador de unas retribuciones consentidas en el pasado. El socio puede cambiar de parecer, pero para que tal cambio sea legítimo debe venir motivado por una alteración de las circunstancias que justifique mudar pasividad por intolerancia, lo que no es el caso. El abuso de derecho no se contrae a la asistencia -sin protesta- a las **juntas** previas, sino que, en la impugnada, el actor, en los burofax que dirigió a la sociedad en ejercicio de su derecho de información, no opuso reparo alguno al lugar de celebración e, incluso, consintió que la documentación le **fuera** exhibida en calle Fuente del Berro nº 20, 1º B de Madrid y no en el domicilio social. Por tanto, la conclusión que extraemos es que el apelante, que asistió por sí o por medio de representante a todas las **juntas** (tanto las previas como la litigiosa), pretende -ahora- asirse a un elemento puramente formal para lograr la declaración de nulidad de la convocatoria y, con ella, de todos los acuerdos adoptados, a pesar de haber consentido la quiebra de esa formalidad en el pasado y de haber generado en la sociedad la confianza legítima de que así seguiría siendo en la **junta** impugnada.

[13] **Quinto motivo:** infracción de los artículos 196 y 272.3 de la LSC.

[13.1] **Desarrollo del motivo.**

La solicitud de documentos consistentes en soportes contables, documentación bancaria y fiscal de la sociedad por parte del socio que ha sido convocado a una **junta** general para la aprobación de las cuentas anuales están dentro del derecho de información del socio.

A mayor abundamiento, de seguirse la tesis de la sentencia, la exhibición de documentos al socio se limitaría a la información remitida por burofax (cuentas abreviadas), las cuales no dan apenas información al socio y con clara vulneración del derecho de información del socio.

Mostrar nuestra disconformidad, por lo expuesto anteriormente, pues la exhibición de los documentos realizados por la sociedad (documentos fiscales) no cumplen con las más mínimas exigencias legales, por lo que la sentencia debe ser revocada y declarar la nulidad de los acuerdos primero, segundo y tercero del orden del día de la **junta** general de socios ordinaria y extraordinaria por vulneración del derecho de información de los artículos 272. 3 y 196 de la LSC.

[13.2] **Respuesta del tribunal.**

El art. 272.3 dispone que "[s]alvo disposición contraria de los estatutos (...) el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales".

En aplicación de esta previsión, el actor solicitó por medio de burofax de fecha 13 de noviembre de 2018 que se señalara día y hora para proceder al examen de "LOS DOCUMENTOS QUE SIRVEN DE SOPORTE Y ANTECEDENTE DE LAS CUENTAS ANUALES y en concreto: el/los libro/s de diario, el/los libro/s de inventario, el/los libro/s de mayor, el/los libro/s de facturas emitidas y recibidas de IVA, documentos bancarios: extractos bancarios, justificantes de ingresos y pagos, relación de cobros y pagos realizados por tarjeta bancaria etc., documentos fiscales: modelos 347 de operaciones con terceros, modelos 111 Retenciones e Ingresos a Cuenta del IRPF y 190 Resumen Anual de Retenciones e Ingresos a Cuenta del IRPF, modelos 115 rentas o rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos y modelo 180 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta, rentas o rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos. modelos 303 trimestrales de IVA, y resumen anual 390 de IVA, Modelos 202 pagos fraccionados Impuestos sobre Sociedades y modelo 200 de declaración o liquidación del Impuesto sobre Sociedades, nóminas y seguros sociales de los trabajadores, facturas de compras y ventas, documentos que acrediten las operaciones vinculadas, retribuciones de administradores, etc...), contratos de compraventa, leasing o renting de los vehículos de la empresa, contratos de arrendamientos de las oficinas o locales de la empresa, en el período comprendido entre la convocatoria de la **Junta** General de la sociedad TOP CLASS AUTOS S.L. y la celebración de la **Junta**".

En el acta de la **junta** la representante del socio hace constar la infracción del art. 272.3, ya que "[l]a sociedad no ha exhibido el libro de diario, el libro de mayor, libros de facturas expedidas y recibidas, modelo 347 de operaciones con terceros a pesar de haber sido requerido en la reunión, tampoco se ha exhibido los contratos de arrendamientos de las oficinas, las nóminas, seguros sociales y contratos de trabajo del personal, etc."

En relación con el ejercicio de este derecho resulta recomendable, a efectos de acreditar qué documentación fue exhibida, que la sociedad haga firmar al socio una relación de cuanto le fue exhibido, pues sobre ella recae, en caso de duda, la carga de probar el hecho positivo de la exhibición y lo concretamente exhibido.



Asimismo hemos advertido (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de diciembre de 2011) que el órgano de administración no puede condicionar el derecho de examen contable a que el socio, con carácter previo, haga una relación de los documentos que quiere visionar. No obstante, para facilitar el examen, el socio anunció previamente el contenido de su solicitud, sin que la sociedad pusiera reparo alguno en su burofax de 26 de noviembre de 2018 a su extensión. Pese a ello, llegado el momento del examen, la sociedad no acredita que facilitara -como afirma- el acceso íntegro a lo solicitado, impidiendo, así, que el socio y el experto contable pudieran consultar documentación tan fundamental como el libro diario y el mayor, lo que determina, sin necesidad de mayor esfuerzo argumental, la nulidad de los acuerdos primero, segundo y tercero.

Ello hace innecesario el examen del resto de motivos del recurso que traigan por causa estos mismos acuerdos.

[14] **Sexto motivo:** Nulidad del acuerdo adoptado bajo el cuarto y quinto punto del orden del día por defecto en la convocatoria de la **junta** por no incluir en la convocatoria la redacción de la modificación del artículo 7 de los estatutos sociales por infracción de los artículos 174, 286 y 287 de la LSC.

[14.1] Desarrollo del motivo.

La sentencia que se recurre ha infringido los artículos 174, 286 y 287 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que: (i) en la convocatoria de la **junta** de 25.10.2018 no recogían el texto del artículo estatutario; (ii) en el anuncio de convocatoria no consta que el órgano de administración hubiera redactado el texto íntegro de la modificación propuesta; (iii) tampoco consta que entre la documentación se encuentre el texto íntegro de la modificación estatutaria, y aun el supuesto que se hubiera cumplido, que no es el caso, no subsanaría el defecto de la convocatoria de la **junta**, (iv) no estamos ante un incumplimiento formal, pues se trata de una infracción relativa a la forma de la convocatoria (art. 204.3 LSC).

[14.2] Respuesta del tribunal.

Debemos comenzar la respuesta recordando el tenor de los preceptos que se dicen infringidos. El primero de ellos, el art. 174, simplemente se limita a describir el contenido general de una convocatoria, que deberá expresar *"el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria"*. En el motivo se no especifica en qué infracción -si alguna- de esta norma ha incurrido el administrador al redactar la convocatoria, por lo que debemos concluir que la infracción se contrae a los art. 286 y 287, lo que resulta conforme con el suplico de la demanda, pues el vicio que allí se denunciaba como causa de nulidad del acuerdo de aumento de capital era un *"defecto en la convocatoria de la **junta** por no incluir en la convocatoria la redacción de la modificación del artículo 7 de los estatutos sociales por infracción de los artículos 286 y 287 de la ley de sociedades de capital"*.

A la convocatoria propiamente dicha se refiere el art. 287, a cuyo tenor:

*"En el anuncio de convocatoria de la **junta** general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos."*

El art. 204.3, tras la redacción conferida por la Ley 31/2014, ha reducido el ámbito potencial de impugnabilidad de las infracciones procedimentales, disponiendo en la letra a) del apartado 3, que *"[t]ampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en (...): a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la **junta** y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante."*

El Tribunal Supremo y la DGRN habían venido proclamando la necesidad de una interpretación estricta de las causas de nulidad de los acuerdos, pues no todas las contravenciones tienen la misma entidad y efectos, por lo que se impone extrema prudencia y criterios flexibles en la aplicación de la nulidad radical (SSTS de 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001 o 12 de junio de 2008). Igualmente, la DGRN declaraba que los defectos meramente formales podían orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometieran los derechos del socio, a fin de que el tráfico fluya sin presiones formales injustificadas y trámites que, sin aportar mayores garantías, gravan el funcionamiento de las sociedades (Rr. de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005, 29 de noviembre de 2012, 20 de mayo de 2013, 6 de febrero y 29 de septiembre de 2015 o 2 de septiembre de 2016).

A esa necesidad, expresada, de reducir las impugnaciones por motivos formales obedece la Ley 31/2014, que, en su preámbulo, ya anuncia que, tras haber ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico, *"se adoptan ciertas cautelas*



en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse."

La franquicia de impugnabilidad, como avanza el preámbulo, no alcanza a todo vicio de procedimiento, sino tan solo a la infracción de requisitos *meramente* procedimentales.

Vicio procedimental, en sentido lato, es todo aquel que afecte al procedimiento de adopción del acuerdo. La formación de la voluntad social a través de la **junta** es reglada en los arts. 159 a 203 (Título V, Capítulo I a VII). Pero ni todas las normas de procedimiento están contenidas en el Título V ni todas las allí incluidas son procedimentales. Entre esas normas hay algunas que son sustantivas y otras procedimentales. A mayores, **fuera** del Título V hallamos multitud de normas de procedimiento; solo para la convocatoria de **junta** podemos citar, sin ánimo exhaustivo, los arts. 272.2, 287, 293.3, 300.2, 301.4, 308.2.b), 417.2.c), los arts. 492 y ss. para la sociedad anónima europea o art. 515.2 para las cotizadas.

La ley restringe lo *meramente procedimental* a través de un sistema de regla y excepción, de modo que únicamente será una infracción *meramente* procedimental, a estos efectos, la que venga referida a:

- (a) La convocatoria, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo;
- (b) La constitución del órgano, salvo que se trate de las reglas esenciales;
- (c) La adopción del acuerdo, salvo que se trate de las mayorías necesarias.

En suma, por sus atributos, para que un vicio se haga merecedor del calificativo de "meramente procedimental", *ha de afectar* a la convocatoria, a la constitución del órgano o a la adopción del acuerdo y, *a la vez, no hacerlo*, de forma específica a (i) la forma y plazo de convocatoria, (ii) las reglas esenciales de constitución del órgano o (iii) las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.

Ahora bien, por más que el legislador trata de acotar la relevancia de forma abstracta, son las circunstancias del caso concreto las que deben valorarse. A este respecto, hemos de recordar que las previsiones del art. 287 LSC tienen por objeto, según la DGRN -hoy DGSJFP- (entre muchas, Resolución de 26 febrero de 2014), no sólo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, con el asesoramiento e información que estimen oportuno recabar para valorar su trascendencia, 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, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o indeterminadas (con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, así como la Resolución de 1 de diciembre de 1994, entre otras). El alcance de dicha exigencia -reconoce el centro directivo- ha sido objeto de diversas interpretaciones sobre el sentido, tanto de la claridad exigible como de la precisión sobre los extremos sujetos a modificación, lo que ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. En este sentido, la Dirección General tiene declarado que la garantía adicional establecida en el mismo artículo 287, al exigir que en los anuncios se haga constar el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos, se entenderá cumplida cuando la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a modificación, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha modificación, del que podrán los socios informarse a través de los citados procedimientos (Rr. de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003).

El rigor se exacerba en aquellos casos en que como consecuencia de la modificación estatutaria propuesta pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, supuesto en que la Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria para evitar su adopción sin que los llamados tengan cabal conocimiento del alcance de los acuerdos respecto de los que son llamados a pronunciarse. Así lo ha exigido cuando como consecuencia de la reducción y aumento del capital propuestos pueden los socios perder su condición de tales (Resolución de 18 de mayo de 2001) o, por la pérdida de la condición laboral de la sociedad, van a ver alterados el conjunto de sus derechos y obligaciones (Resolución de 2 de junio de 2003) o del acuerdo a adoptar resulte la exclusión de un socio en sociedad de responsabilidad limitada (Resolución de 10 de octubre de 1995).

El Tribunal Supremo, por su parte, viene entendiendo, en los casos de aumento, que la *debida claridad* que se refiere el precepto se ha de traducir, al menos, en la reseña de los extremos por modificar (sentencia de 24 de enero de 2008), bastando a estos efectos una referencia a los preceptos estatutarios implicados (sentencias de 9 de julio de 1966 y 30 de abril de 1988), el enunciado de la materia y que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (sentencias de 10 de enero de 1973 y 14 de junio de 1994).

Esta doctrina registral y jurisprudencial, por más que previa a la reforma de 2014, conserva hoy plena vigencia.



Si acudimos al texto de la convocatoria, en ella se hacía incluía lo siguiente: "*Quinto.- Modificación del artículo 7.º de los Estatutos Sociales*", pero sin "*hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta*", como exige el precepto. El juez de lo Mercantil constató la omisión, pero entendió que la misma quedaba salvada por la posterior remisión, tanto del informe del órgano de administración social sobre dicha modificación, como del texto íntegro de la reforma pretendida y su justificación. La apelante discrepa del criterio del juez *a quo*, pues entiende que el defecto, por afectar a la convocatoria, excede en todo caso de lo meramente procedimental ([art. 204.3 a]) y no es subsanable.

Por principio hemos de situar el contenido y alcance de la reforma del art. 7, que no es otro que modificar la cifra del capital social para adecuarla al aumento previsto como punto cuarto del orden del día.

El socio impugnante, tan pronto como recibió la convocatoria, remitió el 13 de noviembre de 2018 un burofax en el que, entre otros particulares, solicitaba el envío gratuito de "*5) Informe completo del órgano de administración sobre la ampliación de capital (sic.) que hace referencia el artículo 301.2 de la ley de sociedades de capital sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de las participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento*". Ninguna queja o solicitud relativa a la modificación estatutaria.

Asimismo, como se pone de manifiesto en la contestación y el impugnante no niega, el 28 de noviembre de 2018 requirió notarialmente al administrador la convocatoria de **junta**, incluyendo (junto a su cese y el ejercicio de acciones de responsabilidad) una propuesta de ampliación de capital de cien mil euros con cargo a nuevas aportaciones dinerarias. Al final del cuarto punto del orden del día figuraba la siguiente mención: "*Modificación, en su caso, del artículo 7 de los Estatutos Sociales de conformidad al acuerdo de ampliación de capital*".

El socio, por tanto, tenía perfecto conocimiento de lo que implicaba la modificación, lo que explica que no solicitara información alguna al respecto y que al procederse a la votación su representante se limitara a decir que "*[v]oto en contra pues si no hay ampliación de capital, por las razones expuestas, no se puede modificar este artículo. Con carácter subsidiario, y para el caso de que se aprobase el acuerdo de modificar el artículo 7, deberá establecerse un plazo para que los socios ejerciten su derecho de adquisición preferente, según lo dispuesto en el artículo 297 de la Ley de Sociedades de Capital*".

De lo expuesto es fácil deducir que el defecto en la convocatoria no supuso merma informativa alguna y que el motivo de impugnación es artificial y oportunista.

[15] **Séptimo motivo.** Nulidad de los acuerdos de ampliación de capital y de modificación de estatutos sociales por razón de infracción del deber de lealtad por el socio mayoritario y/o administrador social.

[15.1] **Desarrollo del motivo.**

El socio apelante entiende, al contrario que el juez de instancia, que el administrador-socio mayoritario ha infringido el deber de lealtad por: (i) incluirse una retribución sin base estatutaria, (ii) permitir que no se abonen esas presuntas retribuciones para generar a su favor un crédito artificial que opera luego como contravalor del acuerdo de aumento y (iii) realizar transacciones con la sociedad, en concreto el pago de terceros con dinero propio por importe de 6.074,28 euros, las cuales se encuentran prohibidas por el art. 229 1 a) LSC.

Defiende, igualmente, la existencia de un conflicto de intereses con deber de abstención en la votación sobre la ampliación de capital por compensación de créditos, pues dicha ampliación de capital por compensación de créditos con exclusión del derecho de suscripción preferente del resto de los socios, no deja de concederle un derecho a su favor, y en consecuencia, el socio mayoritario debió de abstenerse en la votación y dado que el mismo votó, el mismo no debe ser computado para la adopción del acuerdo.

[15.2] **Respuesta del tribunal.**

El desarrollo del motivo refleja una confusión notable. Es evidente que el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos no concede ningún derecho (de crédito, se entiende) al actor, pues ese derecho es preexistente al acuerdo mismo. Por tanto, no existía obligación de abstenerse. Cuestión distinta -y ajena a este motivo de impugnación- es que el crédito **fuera** inexistente, o existente pero ilegítimo.

Este argumento se deslizaba, sin la debida claridad, como motivo añadido de impugnación de los acuerdos primero, segundo y tercero. Y aunque, al declararlos nulos por vulneración del art. 272.3 nos hemos excusado entonces de su análisis, para que la respuesta sea completa hemos de detenernos brevemente ahora en su examen.

Sostenía el actor en la demanda (y reitera en su recurso) que el cargo de administrador es estatutariamente gratuito. Sin embargo, obvia interesadamente que (i) el derecho de crédito no se corresponde con una retribución exart. 217, sino con el desempeño de una relación laboral común que se remonta al 1 de enero de



2001 y en la que se aprecia un elemento objetivo de distinción con las funciones propias de administrador; (ii) que su devengo y/o percepción ha sido conocida y consentida en ejercicios anteriores por el hoy actor. El juez refiere el conocimiento a una **junta** de 1 de enero de 2001, **junta** cuya existencia se cuestiona ahora en el recurso, de forma improcedente, por novedosa.

En efecto, el crédito a favor del socio mayoritario/administrador se compone de dos partidas: nóminas incobradas y anticipos para pago de deudas sociales. Ambos créditos figuran en la contabilidad. El crédito (*rectius*, créditos) por nóminas se arrastra desde el ejercicio 2016 y ha ido aumentando con el paso de los ejercicios, pues el administrador, según explica la sociedad en su contestación a la demanda, sacrificaba el cobro de su nómina cuando había que atender pagos preferentes.

Con la contestación a la demanda se aportaron las nóminas de 2001 y de 2006 a 2016, así como el modelo 190 de 2015 a 2018. El importe asociado a las nóminas correspondiente al ejercicio 2016 no fue objeto de discusión en la **junta** de cierre de ese ejercicio de 2017, sin que quepa ahora exhumarla a voluntad. El ejercicio 2017 ha sido objeto de auditoría sin tacha, por lo que no hay indicios de infracción de la imagen fiel. Y la porción de crédito relativa al ejercicio 2018 figura asimismo en contabilidad y, vigente la relación laboral y acreditados los pagos por cuenta de la sociedad, no hay tampoco razones para dudar de la existencia, cuantía y legitimidad del crédito.

[16] **Octavo motivo.** Nulidad de los acuerdos de ampliación de capital y modificación estatutaria, por razón de no ser necesaria la ampliación de capital.

[16.1] Desarrollo del motivo.

La ampliación de capital por compensación de créditos no incrementó la capacidad de la demandada para atender otros pagos como se recoge en la sentencia, pues no se produce aportación de dinero a diferencia de las ampliaciones de capital con aportaciones dinerarias.

Como se puede comprobar de las cuentas sometidas a aprobación a fecha 31 de diciembre de 2017, en el balance de pymes había un saldo en efectivo de 89.778,05 euros y unos fondos propios de la sociedad de 177.611,63 euros; en cambio en el año 2016 había unos fondos propios de 121.969,08 euros y un efectivo de 52.839,45 euros y no se propuso una ampliación de capital.

Tampoco ha quedado acreditado que la demandada estuviera excluida del sistema financiero, pues no se ha aportado ninguna solicitud de préstamo bancario que **fuera** rechazada.

[16.2] Respuesta del tribunal.

Para que exista un abuso de mayoría el art. 204.1.II LSC exige, de forma acumulativa, que (i) el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad y (ii) se adopte por la mayoría en interés propio y (iii) en detrimento injustificado de los demás socios. El carácter acumulativo de los presupuestos implica que, de faltar cualquiera de ellos el acuerdo no será abusivo ex art. 204.1.II, sin perjuicio de que pudiera serlo por aplicación del art. 7 CC.

En nuestra sentencia de 16 de septiembre de 2024 (rollo 2528/22) advertíamos que:

(i) La definición auténtica del abuso de mayoría contiene rasgos comunes con la esbozada por el Tribunal Supremo en la STS de 7 de diciembre de 2011. Contrastando ambas, observamos que lo que convertía en abusivo el acuerdo para el Alto Tribunal es que, siendo expresión del principio mayoritario, *no respondiera razonablemente* al interés conjunto de los socios, con perjuicio de los minoritarios. En tanto que lo que determina el abuso para el legislador es que el acuerdo *no responda a una necesidad razonable* de la sociedad. Los **términos** son similares, pero el significado es bien distinto: donde el Tribunal Supremo habló de "interés de la sociedad", el art. 204 ha optado por "necesidad" de la sociedad; y, donde la Sala Primera ligó la razonabilidad a la forma en que el acuerdo se ajusta a aquel interés, el art. 204 muda el adverbio modal (*razonablemente*) por un adjetivo (*razonable*) que califica a la *necesidad*.

(ii) Interpretando literalmente ambas fórmulas, sin duda la jurisprudencial es más correcta que la legal, pues para que un acuerdo sea legítimo no tiene por qué responder a una *necesidad* de la sociedad, sino al *interés* de la sociedad. Si *necesidad*, según la Real Academia de la Lengua, es aquello a lo que es imposible sustraerse, faltar o resistir, pocos acuerdos de la **junta** podrían superar el filtro de abusividad, pues en la vida social hay pocas decisiones que se presenten como necesarias, esto es imprescindibles, indispensables, perentorias e insustituibles por otras. Lo que suele haber es medidas cuya adopción es conveniente al interés social y, a menudo, en régimen de alternatividad, de suerte que la **junta** debe decidir, de entre las posibles, cuál satisface de mejor manera el interés social. Por ello, la ley, consciente de que no se puede situar la justificación del acuerdo en la absoluta necesidad, trata de relativizarla, adjetivándola como razonable ("objetiva" en el art. 214-11 Anteproyecto de Código Mercantil). Basta con que la necesidad sea razonable para legitimar el



acuerdo. Ahora bien, la fórmula elegida es francamente mejorable, pues la "necesidad" no entiende de razón. La necesidad es un **término** absoluto; existe o no, sin graduaciones ni matices.

(iii) Por eso en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2019 no nos referimos a la necesidad razonable del acuerdo, sino a la *"falta(de) razones que lo justifiquen"*. Y, en la más reciente de 3 de febrero de 2023 desestimamos la demanda porque *"no puede sostenerse que no haya un motivo razonable para la decisión adoptada en la junta."*

(iv) Si no es preciso que el acuerdo sea necesario para los intereses de la sociedad, sí ha de ser conveniente y conducente a su consecución. La conveniencia, además, en cuanto causa justificativa de su adopción, ha de ser razón *suficiente*, sustancial y no cosmética; si el beneficio para el interés social es mínimo o cosmético comparado con el beneficio para el interés de la mayoría y/o el menoscabo de la minoría, el acuerdo pierde su justificación.

(v) Si el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad, el órgano judicial debe detener su examen, pues la justificación del acuerdo desde el punto de vista del interés de la sociedad convierte automáticamente en justificado el (potencial) detrimento del interés de la minoría, siendo irrelevante que del acuerdo pudiere haberse seguido un beneficio de la mayoría.

Y en el auto de 15 de octubre de 2024 (rollo 446/23-1) completábamos el anterior razonamiento para el caso de que el impugnante no detuviera su crítica en la falta de razonabilidad de la medida, sino que, a mayores, alegara la existencia de alternativas concretas, aclarando que:

(i) No se vacía de contenido la justificación de esa necesidad razonable por el simple hecho de que existiesen diferentes alternativas para afrontar la eventualidad financiera.

(ii) Lo exigido es que el acuerdo social se asiente en una necesidad razonable de adoptar aquello que constituya su contenido, no que esa solución sea la única o sea la mejor de todas las posibles para atender aquella necesidad. Ninguno de esos requisitos está presente en el concepto legal de la causa de nulidad por abuso de mayoría.

(iii) Es la libre voluntad de la sociedad, expresada mediante acuerdo tomado en **junta**, la que decide optar por unas u otras soluciones posibles, siempre y cuando la elegida se presente como una respuesta razonable a la necesidad social que se afronta, sin que se exija que la única opción válida deba ser la que se considere la más adecuada o la mejor bajo un criterio de puro y exclusivo examen jurídico de validez, el propio del proceso judicial.

(iv) El criterio legal para analizar el acuerdo nulo bajo tacha de abusividad no se traduce en una competición para demostrar la mayor o menor razonabilidad de las posibilidades distintas entre las que la **junta** optó para integrar el acuerdo, siempre y cuando la elegida finalmente supere el umbral mínimo para poder presentarse como razonablemente necesaria para remover la situación que la sociedad afronte.

(v) Así, la mera preferencia de la minoría social por otra alternativa no convierte en abusiva la decisión de la mayoría, si ésta responde a una necesidad objetiva para la pervivencia de la sociedad.

(vi) A partir de ahí, juegan criterios de oportunidad y de expectativa de negocio que entroncan con el principio de autodeterminación de los entes colectivos y con el principio de libertad de empresa, art. 38 CE, en los que el juicio, de base técnico-jurídica, del tribunal no debe interferir, *vid.* SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 236/2017, de 12 de mayo, FJ 4º.

(vii) En tal sentido, respecto de un supuesto de intento de superar una situación de insolvencia a través de una ampliación de capital por compensación de crédito, la STS nº 3/2023, de 10 de enero, indica que *«existiendo una necesidad real de refinanciación para evitar la insolvencia de la compañía, aunque hubiera varias opciones lícitas, está en la legítima voluntad de la mayoría optar por la que se acomode mejor a sus intereses y no por otra que podría ajustarse mejor a los intereses del socio minoritario»*.

En el caso de autos, la necesidad razonable del aumento de capital está **fuera** de toda duda, pues el actor, aunque lo oculte en su demanda y recurso, propuso un aumento de capital en su solicitud de convocatoria de **junta**, sin que el hecho de que la modalidad de aumento por la que optó finalmente la mayoría difiera de la que entonces propuso convierta en abusivo el acuerdo. Deteniéndose el motivo de recurso en la falta de necesidad del aumento, toda otra consideración deviene ociosa.

TERCERO.- Costas.

[17] La parcial estimación del recurso convierte en parcial la estimación de la demanda, excusando de la condena en costas tanto en la primera instancia (art. 394.2 LEC) como en esta alzada (art. 398)



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

FALLAMOS

I.-Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Genaro contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2022, dictada en el procedimiento ordinario núm. 2143/2019, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, que revocamos parcialmente para, en su lugar, estimar parcialmente la demanda presentada por él presentada y declarar la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de socios de la compañía TOP CLASS AUTOS SL. celebrada en Madrid, el pasado diez de diciembre de dos mil dieciocho, bajo el primer, segundo y tercer puntos del orden del día, sin que proceda condena en costas.

II.-No ha lugar a la imposición de costas en esta segunda instancia.

III.-Se acuerda la devolución del depósito constituido para apelar.

Modo de impugnación.-Contra la presente sentencia las partes pueden interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación, recurso del que conocerá la Sala 1ª del Tribunal Supremo; y para cuya admisión habrá de constituirse, en su caso, el correspondiente depósito previsto en el la DA 15ª de la LOPJ.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.