

Roj: SAP C 3614/2011  
Id Cendoj: 15030370042011100543  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Coruña (A)  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 660/2011  
Nº de Resolución: 528/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00528/2011**

MERCANTIL Nº 2

ROLLO 660/11

**S E N T E N C I A**

**Nº 528/11**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**CARLOS FUENTES CANDELAS**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

En A Coruña, nueve de diciembre de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000315 /2009 , procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000660 /2011, en los que aparece como parte demandante-apelante, Elisa , representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, Sr./a. PASCUAL DE GANTES BOADO GONZÁLEZ MORATO, asistido por el Letrado D. MARIA JOSE FONTENLA MILLARES, y como parte demandada- apelada, CONSTRUCCIONES FONTENLA S.A., representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JORGE BEJERANO PEREZ , asistido por el Letrado D. PABLO PARADA ARCAS, sobre IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA de fecha 12-7-11. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que debo de desestimar y desestimo la demanda formulada por DOÑA Elisa representada por el procurador DON PASCUAL GANTES BOADO GONZÁLEZ contra CONSTRUCCIONES FONTENLA, S.A. representada por el Procurador DON JORGE BEJERANO PÉREZ. Con imposición de costas a la actora".

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO: *Planteamiento del litigio.-*

El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, tal y como ha quedado delimitado en segunda instancia, tras la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad, radica en la anulación del acuerdo primero de la Junta General de 17 de noviembre de 2009, sobre ampliación de capital social, así como cualesquiera otras operaciones que traigan causa de dicho acuerdo. La precitada impugnación se fundamenta en:

A) Violación del derecho de información con respecto a las peticiones formuladas mediante requerimiento notarial de 5 de noviembre de 2009, contestadas por burofax a la demandante de 12 de noviembre de 2009, así como por el carácter genérico e inconcreto del informe del Consejo de Administración justificativo del incremento del capital social, todo ello con violación de lo normado en el *art. 112.1 LSA* ;

B) Violación del *art. 115.1 de la LSA* por lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, por haberse procedido a la ampliación de capital social sin prima, lo que conforma igualmente un abuso de derecho vedado por el *art. 7.1 del CC* , habiéndose adoptado el acuerdo impugnado con la conciencia de que hay socios que no podían acudir a la ampliación del capital social.

### SEGUNDO: *Algunas consideraciones previas sobre el capital social en las sociedades mercantiles.-*

Las sociedades de capital giran bajo el concepto de capital social, integrado por las aportaciones de los socios, dividido en acciones o **participaciones** sociales, que conforman el criterio decisivo para participar en los derechos sociales y entre ellos el fundamental de la percepción de dividendos, configurándose desde esta perspectiva en sociedades apersonales, pues lo que interesa no son sus accionistas o partícipes, sino la aportación económica que hacen a la sociedad, lo que posibilita además la denominada fungibilidad del socio, es decir su sustitución por otro, mediante la venta de su **participación** en la sociedad.

La sociedad asume el deber de conservar, en beneficio de los acreedores sociales, un patrimonio equivalente al menos al capital social, al tiempo que aquéllos carecen de acción frente a los socios para agredir su patrimonio individual y obtener de esta forma la satisfacción de sus créditos. Se produce pues una suerte de hermetismo societario, conforme al cual la sociedad y sus miembros ostentan personalidades jurídicas propias y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

El patrimonio de la sociedad que, al menos, al tiempo de constituirse habrá de ser igual a su capital, se halla sometido posteriormente a las incidencias de la marcha social. O dicho de otra forma, mientras que el capital es inamovible, el patrimonio social es variable, dependiendo del mayor o menor éxito que tenga la persona jurídica en la realización de su objeto social, en definitiva de su actividad en el mercado.

La función más importante del capital social radica en la protección de los acreedores. Es obvio, sin embargo, que la Ley no puede evitar que la sociedad sufra pérdidas, con la correspondiente repercusión patrimonial. Los principios de integración e intangibilidad del capital societario pretenden garantizar a los acreedores que los socios priven a la sociedad de su base económica. En la normativa contable el capital social ha de figurar en el pasivo del balance, de manera tal que no sean factibles ganancias a costa del mismo, cumpliendo la función de bloqueo de la distribución de beneficios.

El capital social es una mención que necesariamente ha de figurar en los estatutos, por consiguiente toda alteración del mismo implica una modificación de aquéllos, lo que exige que se lleve a efecto conforme a los requisitos de toda modificación estatutaria, con las particularidades además que impone la legislación societaria, cuando nos hallemos ante un caso de aumento y reducción de capital social, dado que se trata de una decisión trascendente para los socios, pues a través de su modificación cambia la proporción con la que cada uno de ellos participa en la sociedad.

El aumento del capital social consiste en aquel acto jurídico que incrementa la cifra que como tal figura en los estatutos. Tal operación se configura, desde una perspectiva económica, como un medio de financiación de la mercantil con recursos propios, pudiendo responder a un deseo de mejorar su imagen o crédito frente a terceros, como consecuencia de la función informadora que, mediante su publicidad registral, corresponde al capital social, o incluso a una política de retención de dividendos, a través de la conversión de los mismos en acciones o **participaciones** sociales.

Es obvio también que el incremento del capital social ha de tener la correlativa repercusión sobre las concretas fracciones en las que el mismo se divide, es decir sobre las acciones o **participaciones** sociales.

Los procedimientos hábiles al respecto, a los que se refiere el actual *art. 295 de la LSC* y *art. 151 de la LSA* , vigente a la fecha de los presentes hechos, serían: el aumento del capital social a través de la creación o emisión de nuevas acciones o **participaciones** sociales, o mediante el aumento del valor nominal de las mismas, sin alterar, por lo tanto, su número, con la obligación, en tal caso, de los socios de transferir a la sociedad su contravalor económico, lo que además exige contar con el consentimiento de todos los accionistas ( *art. 152 de la LSA* ).

El aumento del capital social puede llevarse a efecto mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, y también a través de la transformación de reservas o beneficios, que ya figuraban en dicho patrimonio ( *art. 151.2 LSA* ).

Es necesario reseñar igualmente que cuando la actividad de una compañía mercantil es fructífera en la gestión de su objeto, su patrimonio alcanza mayor valor que el capital social, con la consiguiente revalorización de sus acciones o **participaciones**, con lo que un incremento de dicho capital a la par, es decir al precio correspondiente a su valor nominal, producirá la correlativa devaluación de las antiguas acciones o **participaciones** sociales, cuyo valor económico contable emigra a las que cubren la nueva emisión, determinando el denominado efecto del "aguamiento" o dilución patrimonial, siendo factible, para evitarlo, realizar la nueva emisión mediante la exigibilidad a los futuros suscriptores del pago de una prima.

En definitiva, la prima se configura como la cuantía adicional al valor nominal de cada acción o **participación** social, que el suscriptor ha de satisfacer para adquirir su titularidad a modo de compensación económica, dado que el valor real de aquéllas es superior al facial o nominal de las mismas.

### **TERCERO: Particularidades del presente caso sometido a consideración judicial.-**

La sociedad demandada es CONSTRUCCIONES FONTENLA S.A., que fue constituida el 4 de enero de 1966 y transformada en sociedad anónima por medio de escritura pública de 17 de diciembre de 1982, el capital social, al tiempo de celebrarse la junta general de accionista impugnada, el 17 de noviembre de 2009, era de 1.099.852,15 euros, dividido en 18.300 acciones nominativas de 60,101210 euros cada una de ellas. Se trata de una sociedad evidentemente familiar, cuyos socios pertenecen a la familia Juan Carlos Carla Jon .

Con fecha 17 de noviembre de 2009, debidamente convocada al respecto se llevó a efecto junta de accionistas, cuyo primer punto del orden del día consistía: *"Ampliación del capital social por importe de 4.399.408,60 euros, mediante la creación, emisión y puesta en circulación de 73.200 nuevas acciones ordinarias, nominativas, numeradas correlativamente de la número 18.301 a la 91.500 ambas inclusive de una valor nominal de 60,101210 euros cada una. Previsión expresa de la posibilidad de aumento incompleto"* . Dicho punto fue aprobado, votando a favor socios que representaban el 56,26% del capital social y de los votos válidamente emitidos y en contra socios correspondientes al 43,74% del capital social y de los votos emitidos, declarando, en consecuencia, la Presidenta aprobado el acuerdo de ampliación del capital social.

Dicho acuerdo es el que constituye el objeto del recurso de apelación que nos ocupa, tal y como resulta del suplico del mentado escrito ( f 630 ), que fue impugnado por D<sup>a</sup> Elisa , titular de 1428 acciones, representativas del 7,80% del capital social, la cual es la esposa de D. Juan Carlos , titular de 3318 acciones, representativas del 18,13% del capital social, que no impugnó dicho acuerdo, y que fue el anterior presidente de la entidad hasta su cese en Junta de 30 de junio de 2009.

En el informe elaborado por el Consejo de Administración para justificar el incremento del capital social se hacía referencia a que: *"Debido a la actual crisis económica y financiera por la que atraviesan todos los sectores económicos y, en especial, el sector inmobiliario y de la construcción, se hace imprescindible, con la finalidad de que la empresa pueda seguir desarrollando su actividad, inyectar a la sociedad una aportación económica acorde a sus necesidades.*

*La dificultad actual de acceder al crédito externo, el coste del mismo y la situación de endeudamiento de la sociedad hacen aconsejable acudir a una ampliación de capital social como solución para afrontar las obligaciones de pago que tiene asumida la sociedad en los próximos meses.*

*Por otra parte, la ampliación de capital servirá para reforzar los fondos propios de la sociedad y dotar de solidez al balance de la empresa, lo que la situará en una mejor posición a la hora de negociar con las entidades financieras a la hora de obtener nuevos recursos. Es bien sabido que en la situación económica actual las entidades financieras, antes de aprobar la concesión de créditos, vienen exigiendo el cumplimiento de una serie de ratios económicos que en la mayoría de las ocasiones pasan por demostrar que los fondos propios de la compañía son adecuados para los fines previstos, en correspondencia lógica con la finalidad del capital social como cifra de garantía ante terceros".*

Por medio de acta notarial, de 5 de noviembre de 2009, Carla , en nombre de su madre la actora D<sup>a</sup> Elisa , en su condición de titular del 10% del capital social, y en relación con la junta general extraordinaria, cuya impugnación nos ocupa, con base en lo dispuesto en el *art. 112.1 de la LSA* , solicitó información escrita a los administradores sobre las cuestiones que hace referencia en tal escrito ( f 95 ). En ellas se le requería, resumidamente, qué detallan las concretas entidades de crédito que han rechazado efectuar operaciones de financiación y cuantía con la demandada, las razones que han llevado al Consejo a proponer el incremento de capital social mediante la emisión de nuevas acciones, y no a través de otras alternativas entre ellas la compensación de créditos, por qué razones la emisión de las nuevas acciones se hace a la par y no sin prima, en qué condiciones se llevará efecto el incremento del capital social, solicitud de entrega de una copia del balance de situación de la entidad.

La información requerida fue expresamente contestada a la demandada mediante carta de 11 de noviembre ( f 98 a 104 ), en las que se fueron contestando una por una a la información solicitada, y en el que se señalaba, con respecto al balance de situación, que el derecho de información no comprende la entrega de documentos, y mucho menos un balance de situación que, en tanto no fuera aprobado, tendría simple carácter provisional, la cuentas del ejercicio anterior fueron aprobadas hace apenas cuatro meses y que las mismas fueron formuladas, entre otros consejeros, por su marido, que hasta dicha fecha ocupó el cargo de presidente del Consejo de Administración, sin que hayan sido sustanciales, en cualquier caso los cambios, y mucho menos en cuanto a fondos propios, salvo en lo que se puedan ver afectados por las pérdidas de este ejercicio, que se verán incrementadas de forma considerable por el impacto del concurso Elasifont. No obstante para evitar cualquier problema en este sentido, le ofrecemos la posibilidad de acudir personalmente a las dependencias de la sociedad para examinar el balance provisional que prepararemos a tal fin, si bien queremos advertirle de la imposibilidad de obtener copias del mismo, y, sobre todo, insistir en su carácter provisional y meramente aproximado, al no haber sido formulado ni aprobado por el propio consejo de administración, razón por la cual no se han podido incorporar al mismo las provisiones de pérdidas derivadas del efecto que pueda ocasionar a la sociedad el concurso Elasifont S.L., y que ascenderá a una cantidad próxima a los cinco millones de euros. En este sentido, puede Usted comparecer al domicilio social el viernes día 13 de noviembre de 2009, desde las 9.30 a las 13 horas para examinar el citado balance.

Igualmente se le adjuntó información relativa a la previsión de pagos e ingresos y al detalle de préstamos bancarios, señalando que la modificación del fondo de maniobra no resulta posible prepararla con antelación requerida al no tratarse de una cuenta usualmente manejada por la sociedad salvo al cierre del ejercicio. En las previsiones de pagos del mes de noviembre de 2009 era de 1.267.294 euros, diciembre de 2009, de 1.067.054 euros y de enero de 2010 de 720.794 euros y los ingresos de dichos meses respectivamente de 623.604 euros, 604.288 euros y 221.450 euros.

La demandante no acudió a las oficinas de la sociedad para consultar el balance elaborado a tal fin y que había requerido.

En Junta de Accionistas de 30 de junio de 2009, previa a la Junta impugnada, el marido de la actora, entonces presidente del Consejo de Administración, cesado en tal junta, a la que acudió la demandada debidamente representada por letrado, con una activa intervención en la misma, informó expresamente que: *"ante la actual coyuntura económica de las crisis y la conveniencia de aumentar los fondos propios de la sociedad en comparación con otras empresas de nuestro sector nos sitúa por debajo de la media . . ."* y más adelante *"a consecuencia de la crisis financiera de liquidez, se genera una enorme dificultad de obtener financiación para las empresas, especialmente las dedicadas al sector inmobiliario y de la construcción"* ( f 128 ), como es la litigiosa. Igualmente se informa en dicha reunión que, durante el ejercicio 2008, se efectuó una nueva ampliación de capital en ELASIFONT a la que acudió CONSTRUCCIONES FONTENLA, desembolsando el capital correspondiente con cargo a préstamos vencidos, por lo que en la actualidad dispone del 58,21% de su capital social, en cuanto a su socio en dicha entidad GRUPO EMPRESARIAL GRACIANO S.L., en fecha 24 de junio de 2008, presentó concurso en los Juzgados de lo Mercantil de Madrid.

El 1 de octubre de 2009, la entidad ELASIFONT S.L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores, publicándose en el B.O.E. de 27 de octubre de dicho año ( f 108 ).

En el acto de la Junta impugnada de 17 de noviembre de 2009 se informó que la cantidad que justificaba el incremento de capital social era la que entendía necesaria para otorgar liquidez a la sociedad, hacer frente a los gastos de la sociedad y poder continuar con las actividades y operaciones de la empresa, incrementadas con las fianzas solidarias que se van a tener que hacer frente por el tema ELASIFONT S.A.

#### **CUARTO: Sobre el derecho de información de los socios.-**

En este sentido, este Tribunal se ratifica en las sentencias dictadas por el mismo, con fechas 16 de febrero y 24 de mayo de 2011 , reproducidas en la sentencia apelada, en la que indicábamos:

a) El Tribunal Supremo ha declarado la trascendencia del derecho de información de los accionistas como instrumental del derecho de voto ( vgr., entre otras, SSTS 29 de julio de 2004, n. 869 ; 12 de noviembre de 2003, n. 1058 ; 22 de mayo de 2002 , n. 483, 4 de octubre de 2005 ). Su verdadera finalidad radica en que el socio conozca perfectamente o al menos tenga la posibilidad de conocer los pormenores del acuerdo que se somete a su consideración, pues difícilmente cabe votar si no se da la opción de conocimiento de aquello que se somete a la soberanía de la Junta.

O como dicen las SSTS de 3 de julio de 2008 y 22 de febrero de 2007 , es aquél que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del mismo, puesto que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto.

Pretende que el socio cuente con la documentación imprescindible, y con tiempo suficiente para el análisis y estudio de la misma a fin de formar su voluntad y expresarla adecuadamente con su voto ( STS 26 de marzo de 2001 ).

b) Tal derecho de información se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar los datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día - SSTS de 22 de septiembre de 1992 , 9 de diciembre de 1996 , 9 de octubre de 2000 , 22 de mayo de 2002 , de 3 de diciembre de 2003 , 29 de julio de 2004 y 21 de marzo de 2006 -.

c) Es un derecho "inderogable, irrenunciable y de interpretación amplia" ( STS de 29 de julio de 2004 y 9 diciembre 1996 ), ha sido definido como "derecho fundamental e inherente a la condición de socio" ( STS de 22 de septiembre de 1992 )".

La STS de 1 de abril de 2008 , lo configura como "un derecho de naturaleza pública y por tanto de carácter imperativo que no es dable pueda ser excluido o modificado por pactos particulares" y cuya conculcación ha de dar lugar a la **nulidad** de los acuerdos".

d) Ahora bien, no es un derecho ilimitado sino que ha de ceñirse a los extremos concretos sometidos a la Junta ( SSTS de 22 de mayo de 2002 , de 3 de diciembre de 2003 entre otras).

e) No puede ser llevado al paroxismo, esto es a una situación en que se impida o se obstaculice gravemente el funcionamiento correcto y normal de la sociedad, como han dicho las Sentencias de la Sala 1ª de 8 de mayo de 2003 y 31 de julio de 2002 entre muchas otras.

f) Ha de ser ejercitado de buena fe, como todos los derechos subjetivos (vgr., STS 10 de noviembre de 2004 , y las que allí se citan) por lo que se han de rechazar los modos de ejercicio que resulten abusivos.

g) Por consiguiente se hace un uso indebido de tal derecho cuando se utiliza como instrumento de obstrucción de la actividad social o con el propósito de sobreponer a los intereses mayoritarios el particular del accionista que solicita la información, cuando la misma no obedece a una verdadera y real necesidad ( sentencia de 31 de julio de 2002 ). Y, en el mismo sentido, ha admitido la validez de la junta y de los acuerdos cuando el cumplimiento de los requisitos omitidos no resultaba necesario, por tener el socio interesado conocimiento previo de los temas a tratar ( sentencias de 17 de mayo de 1995 y 9 de octubre de 2000 ). En este último sentido se pueden citar las SSTS de 13 de abril de 1962 , 26 de diciembre de 1969 o 31 de julio de 2002 .

h) Por otra parte, el derecho de información protege el interés de cada accionista individual y no puede haberse producido ninguna lesión del derecho de los recurrentes, que ni asistieron a la Junta ni ejercieron el derecho de pregunta, por lo que se ha de entender que se denuncia una abstrusa infracción del derecho de información de los demás accionistas, que carece de viabilidad ( STS 30 de mayo de 2000 ).

i) También la doctrina jurisprudencial ha declarado que, salvo prueba en contrario, se considera que los consejeros de administración tienen cabal conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, por lo que no pueden alegar vulneración de su derecho de información reconocido en el actual *art. 112 de la LSA* con carácter general ( SSTS 10 de octubre de 1962 , 23 de junio y 6 de julio de 1973 , 7 de octubre de 1985 , 16 de diciembre de 1995 , 26 de septiembre de 2005 ), salvo claro está, se probase lo contrario, supuesto de la STS de 15 de octubre de 1992 .

j) En definitiva, nos hallamos ante un derecho de carácter imperativo, que no es dable ser modificado o excluido por pactos particulares y, además, de cumplimiento inexcusable para el órgano ejecutivo de la sociedad, cuya inobservancia permite el ejercicio de acciones dirigidas a impugnar los acuerdos aprobados por el órgano social deliberante ( SSTS de 22 de marzo de 2000 , 26 de septiembre de 2001 , 12 de diciembre de 2003 y 8 de noviembre de 2007 entre otras muchas ).

k) Son manifestaciones de tal derecho, la información que se concreta: a) en el momento de recibir el orden del día de la junta y antes de su celebración; y b) durante la celebración de la propia junta ( STS de 21 de marzo de 2006 ). En este mismo sentido, la STS de 27 de marzo de 2009 señala que: "el derecho de información del accionista, recogido con carácter general en el artículo 48 d) TRLSA, se concreta en dos manifestaciones: a) Como derecho a obtener determinadas informaciones documentales preparatorias de la Junta General (supuestos de los artículos 144, 152, 159, 168 y 212 art.144 EDL 1989/15265 art.152 EDL 1989/15265 art.159 EDL 1989/15265 art.168 EDL 1989/15265 art.212 EDL 1989/15265 ); y b) Como derecho de los accionistas a solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día (artículo 112)".

#### **QUINTO: La aplicación de la mentada doctrina al caso presente.-**

En modo alguno considera el Tribunal que la actora hubiera sufrido una privación de su derecho de información, de manera tal que careciera del conocimiento suficiente de la situación patrimonial de la empresa para ejercitar su derecho de voto, como efectivamente hizo, votando en contra del aumento de capital social, cosa distinta es que no esté de acuerdo con tal decisión, o que, a su juicio, la sociedad debió optar por otras alternativas, lo que conforma cuestión asaz diferente.

Como señalábamos, en nuestra sentencia de 16 de febrero de 2011 : "No corresponde a los órganos jurisdiccionales adentrarnos en el ejercicio de la voluntad social conformada por las mayorías, so pena de incurrir en una injerencia inadmisibles, sino velar para que la vida societaria discurra por los cauces legales, y, en este caso, el acuerdo es legítimo y la lesión del derecho de información se convierte en mero artificio legal para obviar que la voluntad de la mayoría rija en la mercantil demandada, intentando imponer el criterio de la parte actora, lo que no es de recibo. En definitiva, puede gustar o no el acuerdo adoptado, se puede compartir o cuestionar, ahora bien ello no puede legitimar al socio disidente, que estaba perfectamente informado para emitir su derecho de voto con respecto a la modificación estatutaria pretendida, para impugnar con éxito el acuerdo social adoptado".

En conclusión, la labor de los Tribunales es realizar un control de legalidad de las decisiones de la Junta, no de su oportunidad o conveniencia, pues ello equivaldría a invadir el ámbito propio que la Ley ha reservado a los órganos sociales según consolidada jurisprudencia que arranca de la STS de 4 de octubre de 1956 .

Pues bien, en el caso presente, la lesión del derecho de información fue utilizada para provocar formalmente la **nulidad** del acuerdo impugnado, que ya se intentó en primera instancia con el argumento adicional, abandonado en la alzada, de la indebida constitución de la junta, por no constar en el libro nominativo inscritas las acciones correspondientes a la comunidad hereditaria de D. Jon , constituida por su viuda e hijos, a los que se les había otorgado expresa legitimación en la Junta de 30 de junio de 2009. No olvidemos que se trata de una sociedad familiar, en la que los socios conocen los avatares personales de sus miembros.

La real situación de la compañía la conocía perfectamente la actora, dada su condición de esposa del anterior Presidente del Consejo de Administración de la sociedad D. Juan Carlos , cesado en la Junta de 30 de junio de 2009, con el que convive armoniosamente, y a través de su hija -abogada de la sociedad por tales datos- y letrada en primera instancia; por otra parte, le fueron contestadas todas las preguntas formuladas por la misma en petición de información, pero lo que es más importante se le ofreció acudir a la compañía para ponerle a su disposición el balance provisional que la misma había requerido sobre la concreta situación patrimonial de la empresa, no acudiendo, no obstante, para su examen el día y horas indicados al respecto, a la cual además se le remitió expresamente las previsiones de pagos e ingresos de los meses de noviembre, diciembre y enero siguientes a los que antes hicimos referencia, en los que no se incluyeron las ventas de pisos ante la situación del sector. En la propia junta de 30 de junio de 2009, en la que tuvo la actora activa **participación**, a través de su letrado, ya se discutió sobre la situación económica de la entidad, remitiéndonos a lo precedentemente reseñado en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.

En definitiva,, como afirman las SSTS de 21 de julio de 2010 y 27 de marzo de 2011 , el ejercicio del derecho a impugnar los acuerdos sociales, como el de cualquier otro, debe ajustarse a las reglas de la buena fe, a tenor del artículo 7.1 del Código Civil , y, en este caso, lo que realmente cuestiona la actora no

es que careciese de información sobre el acuerdo adoptado, sino realmente que no participa del mismo, al considerarlo improcedente, manejando otras alternativas, que no fueron consideradas mayoritariamente por la sociedad.

Por otra parte, como señala la STS de 23 de julio de 2010 , y no 23 de junio de 2010 , como por error cita la parte apelada, "no puede entenderse ajustada al contenido del derecho de información del socio la conducta del demandante que, haciendo caso omiso de las facilidades que le brindaba el órgano de administración, dejó pasar la oportunidad de consultar, antes de la celebración de la Junta General, la documentación que pudiera interesarle y sin embargo, al iniciar la celebración de la Junta, presentó una larguísima serie de preguntas que desde luego le fueron contestadas y muchas de las cuales hubiera podido aclarar por sí mismo consultando los documentos en el domicilio social".

Y, de igual forma, la STS de 20 de septiembre de 2006 señala que es relevante, para apreciar un posible ejercicio abusivo del derecho a impugnar los acuerdos sociales, que el socio impugnante hubiera tenido a su disposición, antes de la Junta General, la documentación que luego consideró esencial.

Y estos argumentos vienen a cuento, dado que la actora no acudió al domicilio social en el que se tenía a su disposición el balance que había pedido sobre la situación económica de la empresa, que le podría otorgar información bastante para el ejercicio responsable del derecho de voto.

**SEXTO: Consideración del acuerdo lesivo para los intereses de la sociedad en beneficio de alguno de los socios ( art. 115.1 LSA ).-**

Tampoco podemos considerar concurrente tal motivo de impugnación. Los intereses de la sociedad no han resultado lesionados, toda vez que, a través del aumento del capital social, la demandada precisamente logró financiarse, para superar las dificultades económicas por las que atravesaba.

No se hizo con la torticera intención de beneficiar a alguno de los accionistas, es decir a los que suscribieron la nueva emisión de acciones, dado que se concedió a todos ellos el derecho de suscripción **preferente**, de manera tal que podrían adquirir un número de títulos iguales a su **participación** social, es decir proporcionalmente al valor nominal de las acciones de las que fueran titulares.

Precisamente la finalidad de tal derecho preferencial radica en conciliar la necesidad de la sociedad de captar nuevos recursos económicos, con la circunstancia de que los socios no pierdan posición jurídica en la compañía, evitándose de tal forma el efecto de "aguamiento" o dilución de su **participación** en el capital social.

En momento alguno, se ha justificado que la actora careciese de capacidad económica para participar en la nueva suscripción de acciones, siendo además titular de un importante patrimonio, que se justificó mediante la aportación de las correspondientes certificaciones registrales.

Tampoco resulta acreditada que el valor nominal de las acciones fuese inferior al valor real de las mismas, lo que podría justificar su emisión con prima. Hemos de reseñar que, al respecto, la actora no practicó prueba alguna. El único informe que se aportó sobre la situación económica de la sociedad fue por parte de la propia demandada, manejando el perito, como no ocultó, los datos facilitados por la propia sociedad, que, tampoco, constan fueran falsos, el cual concluyó que : *"la reducción del patrimonio neto asciende a 4.521.538,24 euros y la ampliación de capital acordada es de 4.399.408,57 euros, restableciendo, en corto plazo, los valores normales de la empresa CONSTRUCTORA FONTENLA S.A. Esto significa que en el medio o largo plazo, dadas las dificultades de obtención de crédito y de ventas, la empresa tendría que plantearse una nueva inyección de capital; la ampliación actual es insuficiente para asegurar la supervivencia de la compañía"* . La parte apelante tampoco aportó al proceso un informe pericial que rebata tales conclusiones.

En definitiva, carecemos de datos para dar por justificado que el valor de las acciones era superior al nominal de las mismas, sin que, al respecto, valga una valoración, para su posible venta, efectuada en el 2004, cuando la situación del sector de la construcción era manifiestamente distinta a la actual de notoria crisis económica, en que numerosas e importantes entidades de tal clase se declararon en concurso de acreedores.

La STS de 30 de mayo de 2002 exige demostrar que los acuerdos sociales controvertidos lesionan los intereses de la sociedad, y que por ello se beneficie a uno o varios socios o a un tercero, lo que, desde luego, es carga de la prueba de la parte actora ( art. 217 de la LEC ). El cumplimiento de la carga procesal del resultado lesivo es exigida al impugnante (entre otras, SSTS de 10 de enero de 1973 y 11 de noviembre de 1980 ), toda vez que la manifestación dañosa debe acreditarse, sin que sea suficiente la mera alegación de este hecho ( SSTS de 10 de enero de 1973 y 17 de mayo de 1995 ).

En definitiva, como dice la STS de 29 de noviembre de 2002 : "En suma, el recurrente ha planteado sus pretensiones desde un interés tan exclusivamente suyo, que al recurso le es plenamente aplicable lo razonado por la sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2000 con cita de otras sentencias anteriores: "para que un acuerdo sea impugnabile es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, SS. 5 julio 1986 y 19 febrero 1991 ); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio ( S. 18 septiembre 1998 ), y en el caso de autos no se ha probado la concurrencia de estos presupuestos, sin que baste la mera alegación ( S. 5 julio 1986 , y las que cita), *ni puedan servir de fundamento los eventuales perjuicios que puedan derivarse para los accionistas minoritarios, cuando además tuvieron la posibilidad de evitarlos suscribiendo las nuevas acciones, consiguientes a la ampliación de capital, que les fueron ofrecidas, incluso prorrogando el plazo para facilitarles el ejercicio de tal derecho*", *jurisprudencia que necesariamente ha de ponerse en relación con los razonamientos de la sentencia impugnada, al final de su fundamento jurídico séptimo, sobre la falta de prueba de la lesión social*".

En definitiva, como viene a señalar la STS de 28 de marzo de 2011 el recurrente confunde lo que le pueda interesar a él, con lo que pueda, a su juicio, no ser beneficioso para la sociedad anónima.

#### **SÉPTIMO: Sobre el abuso de derecho.-**

No se ha incurrido en abuso de derecho. Como señalan las SSTS de 1 de febrero de 2006 y 27 de junio de 2011 la doctrina del abuso de Derecho se sustenta "en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)".

Mas, en el caso presente, los administradores de la sociedad, conscientes de la delicada situación que padecía la compañía, inmersa en la plena crisis del sector de la construcción y afectada además por el concurso de la sociedad participada ELASIFONT, optaron por la ampliación de capital social con suscripción **preferente** de acciones por parte de los socios, a los efectos de evitar que éstos vieran diluida su **participación** social, sin que, desde luego, exista prueba alguna en autos de que procediesen de tal forma con la aviesa intención de privar a la actora de sus derechos, la cual, por otra parte, en modo alguno, consta careciese de recursos económicos para participar en la ampliación de tal capital.

La razón de ampliar el capital social, sometida, como no podía ser de otra forma, a la voluntad general de la sociedad constituida en Junta, estaba justificada, respondiendo al propósito serio y razonable de capitalizar a la entidad dada la delicada situación económica por la que atravesaba. Fue la actora la que optó, legítimamente, en no participar en tal ampliación, que nunca le fue negada, ahora bien, lo que ésta no puede impedir es que la voluntad mayoritaria de la compañía decida por tal vía paliar la situación actual de la sociedad, sin que, por ello, incurra en el denunciado abuso de derecho.

#### **OCTAVO: Imposición las costas procesales.-**

La desestimación del recurso de apelación interpuesto trae consigo la preceptiva imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante por mor de lo normado en los *arts. 394 y 398 de la LEC 1/2000* .

## **FALLAMOS**

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Contra esta resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer ante este Tribunal, en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente resolución, a resolver por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario certifico.