



Roj: **SAP B 212/2023 - ECLI:ES:APB:2023:212**

Id Cendoj: **08019370152023100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **10/01/2023**

Nº de Recurso: **3002/2022**

Nº de Resolución: **6/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120208011113

Recurso de apelación 3002/2022 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 01 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) 880/2020

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012300222

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012300222

Parte recurrente/Solicitante: INFEMA, S.A., PROMOCIONES INGREMAR, S.L.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro, Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: FERNANDO CERDÁ ALBERO

Parte recurrida: GRUPO LUXIONA, S.L.

Procurador/a: Emma Nel.Lo Jover

Abogado/a:

Cuestiones: Impugnación de acuerdos sociales. Derecho de información. Abuso de derecho.

SENTENCIA núm. 6/2023

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN.

JOSÉ MARIA RIBELLES ARELLANO.

LUIS RODRÍGUEZ VEGA.



MANUEL DIAZ MUYOR

MARTA CERVERA MARTINEZ NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

Barcelona, a diez de enero de dos mil veintitrés.

Parte apelante: Infema S.A. y Promociones Ingremar S.L.

Parte apelada: Grupo Luxiona S.L.

Resolución recurrida: Sentencia

- Fecha: 5 de abril de 2022

- Parte demandante: Infema S.A. y Promociones Ingremar S.L.

- Parte demandada: Grupo Luxiona S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO:

"Se desestima la demanda presentada por D. IGNACIO LÓPEZ CHOCARRO, en nombre y representación de las sociedades INFEMA S.A., y PROMOCIONES INGREMAR S.L., contra la sociedad GRUPO LUXIONA S.L., declarando la validez del acuerdo impugnado.

Se imponen las costas procesales a la actora."

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 24 de noviembre de 2022 pasado.

Ponente: Magistrada Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La parte actora presentó demanda de impugnación de acuerdos sociales solicitando la nulidad de los adoptados en la junta general extraordinaria celebrada el 4 de febrero de 2020, concretamente, el que se refiere al ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores que comporta su cese. Funda la impugnación en la infracción del derecho de información (art. 196 de la LSC) y la lesión del interés social del acuerdo de iniciar la acción social de responsabilidad, al no obedecer a una necesidad objetiva y adoptarse en beneficio exclusivo del socio mayoritario (art. 204.1 LSC).

2. La demandada se opuso negando los hechos en los que se funda la demanda y afirmando la existencia de irregularidades contables graves imputables al Consejo de Administración que lo era durante el ejercicio 2018 y al consejero ejecutivo, Santos , lo que justificaría el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Niega la infracción del derecho de información, así como que el acuerdo sea abusivo.

3. La sentencia desestima la demanda al considerar que no ha habido infracción del derecho de información, así como que no concurre en el acuerdo impugnado -ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores con cargo vigente en 2018- la condición de abusivo al estar plenamente justificado por la existencia de irregularidades contables que han causado daño a la sociedad.

4. Inicia el recurso la apelante solicitando la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, en relación con la querrela presentada por ella el 18 de febrero de 2022. Se alza contra los pronunciamientos contrarios a la existencia de las infracciones que denuncia argumentado que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba tanto en cuanto a la infracción del derecho de información, al no haber sido entregada toda la que solicitada, como en cuanto a la abusividad del acuerdo tercero de los alcanzados en la junta de 4 de febrero de 2020.

5. La demandada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida. Aporta documental en esta alzada que fue admitida por providencia de 13 de octubre de 2022.

SEGUNDO. De la prejudicialidad penal.



6. La parte actora y recurrente solicita la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la LEC en relación con la querrela criminal por delito de estafa presentada el 18 de febrero de 2022 en la que aparecen como querellados GLOBAL LIGHTING - SHERPA, SHERPA CAPITAL ENTIDAD GESTORA S.G.E.I.C., S.L., D. Carlos Manuel -socio de SHERPA- y D. Carlos Antonio - socio fundador de SHERPA. La querrela fue admitida por auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona de 20 de abril de 2022. La estratagema de la que forma parte el acuerdo impugnado y cuya existencia niega la sentencia, tiene como finalidad lograr el expolio de los socios familiares de la demandada y se concreta en el engaño realizado por los querellados para hacerse con el control de la sociedad demandada. Argumenta que concurren los requisitos establecidos en los artículos 111 y 114 de la LECrim, 10 de la LOPJ y 40 y siguientes de la LEC. A saber: (i) la existencia de un proceso penal en el que se examine, como posible delito, alguno de los hechos en los que las partes funden sus pretensiones en el procedimiento civil; y que (ii) la decisión que resulte del procedimiento penal pueda tener una influencia decisiva en la resolución del asunto civil.

7. La apelada se opone a la suspensión solicitada razonando que lo que con ello pretende la apelante es retrasar la confirmación y firmeza de la sentencia de instancia, siendo que la naturaleza de la controversia es civil y no penal, lo que conlleva que la querrela aparezca como falta de fundamento y pueda ser calificada como fraudulenta.

Valoración del Tribunal

8. El objeto del presente procedimiento es determinar si, antes de la celebración de la junta de 4 de febrero de 2020 o en el transcurso de la misma, la demandada cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 196 de la LSC y suministró a los actores la información a que venía obligada y/o si, pese a no haber entregado toda la solicitada, la que sí suministró sería suficiente para dar por cumplidas las obligaciones legales derivadas del precepto mencionado. También forma parte del objeto del proceso determinar si el acuerdo que autoriza a la sociedad a ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores que lo eran en el ejercicio 2018 es abusivo, por no ser razonablemente necesario y constituir una imposición de la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

9. La querrela lo es por estafa y se funda en una serie de hechos que, según los querellantes, configuran una estratagema por medio de la cual, utilizando engaño, los querellados les habrían inducido a permitir su entrada en el capital de la sociedad Grupo Luxiona, no para contribuir al desarrollo del negocio, sino con la finalidad de hacerse con la totalidad del capital social, sin contraprestación alguna. Según la versión de los recurrentes, el acuerdo impugnado forma parte de la estratagema en que la estafa consiste y se configura como un elemento imprescindible para su ejecución.

10. No podemos compartir la argumentación de la recurrente en la medida en que, en contra de lo que manifiesta al solicitar la suspensión por prejudicialidad penal, no existe coincidencia entre los objetos de ambos procesos. Sin negar la conexión entre la controversia mercantil y la penal, la realidad es que tienen distinto objeto y el resultado del proceso penal no tendrá influencia en este procedimiento. El acuerdo al que se refiere la querrela ha sido impugnado por infracción del derecho de información y por considerarlo abusivo. La cuestión a resolver en esta *litis* se concreta a determinar si el acuerdo obedece a una necesidad razonable o, en caso contrario, se adopta en beneficio de la mayoría y detrimento de la minoría. Es por lo tanto indiferente si forma o no parte de una engañosa estratagema supuestamente constitutiva del delito de estafa, como sostienen los apelantes ante el juzgado de instrucción, pues lo que aquí se discute es si concurre la razonabilidad y, en caso contrario, si del acuerdo adoptado resultan ventajas para la mayoría y perjuicios para la minoría. Ninguna incidencia tiene en esta *litis* la existencia o no del engaño que sería esencial para considerar acreditada la comisión de la estafa.

TERCERO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.

11. La sentencia recurrida contiene el siguiente relato de hechos probados:

"1.- La sociedad GRUPO LUXIONA SL, que tiene por objeto social "el diseño, la fabricación y la comercialización de lámparas, aparatos eléctricos de iluminación y equipos auxiliares", fue fundada por los socios pertenecientes a tres ramas: la familia Alejandro, la familia Antonio y la familia Balbino. Inicialmente, los socios de GRUPO LUXIONA SL eran, bien personas físicas pertenecientes a dichos grupos familiares, bien sociedades patrimoniales vinculadas a los mismos, entre ellos las demandantes INFEMA S.A. y PROMOCIONES INGREMAR S.L. (además de una tercera denominada NARROWS, S.L).

2.- A finales del ejercicio 2018, la situación económico-financiera de GRUPO LUXIONA era extremadamente grave (el 15 de diciembre de 2018 existía una deuda financiera de más de veintiún millones de euros, según documento nº 27).



3.- Dicha situación llevó a GRUPO LUXIONA a presentar una solicitud de pre-concurso, admitida a trámite mediante decreto de 30 de enero de 2019, por parte del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona (documento nº 20 adjunto a la demanda).

4.- En fecha 29 de marzo de 2019, la entidad GLOBAL LIGHTING, adquirió 76.833 participaciones sociales de GRUPO LUXIONA. La adquirente se hallaba íntegramente participada por el fondo de inversión SHERPA CAPITAL, pasando a ostentar el 60% del capital social de GRUPO LUXIONA por el precio de tres euros (documento nº 26 adjunto a la demanda).

5.- En la misma fecha de 29 de marzo de 2019, fueron suscritos tres contratos privados distintos, a saber:

5.1.- Un acuerdo de Reestructuración de la Deuda y Pactos Complementarios de GRUPO LUXIONA suscrito entre las entidades financieras (como acreedores), GRUPO LUXIONA e INTERNACIONAL DE ILUMINACIÓN S.A. (como sociedades obligadas) y GLOBAL LIGHTING (como socio inversor) (documento nº 27)

5.2.- Un acuerdo de inversión en GRUPO LUXIONA, suscrito entre GLOBAL LIGHTING y los socios familiares (minoritarios), mediante el que se establecieron los términos y condiciones en los que se realizaba la entrada en el capital de la sociedad por parte del fondo de inversión SHERPA. En dicho acuerdo se detallaron las actuaciones a llevar a cabo a la fecha del cierre del mismo, las declaraciones y garantías del inversor (GLOBAL LIGHTING), las declaraciones y garantías de los socios familiares o el régimen de responsabilidad de los mismos (documento nº 28 y 28 bis).

5.3.- Un pacto de socios, suscrito también entre GLOBAL LIGHTING y los socios familiares de conformidad con lo previsto en el Expositivo VII del Acuerdo de Inversión (Cláusula 3ª (d) del documento nº 28), mediante el que se procedería a "regular determinados aspectos del funcionamiento de la Sociedad y de sus relaciones como socios de ésta" (documento nº 29 y 29 bis). En el mismo se indicaba que "con sujeción a los términos y condiciones de este Contrato y sin perjuicio de sus legítimos derechos e intereses como socios, cooperar de buena fe en la promoción de los negocios de las Sociedades, tratando de incrementar su valor y beneficios para situarlas entre los operadores más competitivos del mercado" (Cláusula 1.5 del Pacto de Socios). En la Cláusula 2.2.2 del Pacto de Socios se acordó que "[i]nicialmente, el primer ejecutivo de la Sociedad será D. Santos " y en la Cláusula 5 del mismo acuerdo que "las actividades de la Sociedad serán inicialmente gestionadas por su actual equipo directivo".

6.- La operación de compraventa de participaciones sociales por parte de GLOBAL LIGHTING GROUP se consumó el 12 de abril de 2019, fecha en la que:

6.1.- Se cumplieron las condiciones suspensivas a las que se había sometido la eficacia de la escritura de compraventa de participaciones sociales que se aporta como documento nº 26 bis adjunto a la demanda.

6.2.- Se elevaron a público el resto de los contratos vinculados con dicha compraventa, aportados como documentos nº 27 a 29 bis adjuntos a la demanda, esto es, el Acuerdo de Reestructuración de Deuda de GRUPO LUXIONA, el Acuerdo de Inversión, y el Pacto de Socios suscritos entre los socios minoritarios y GLOBAL LIGHTING.

6.3.- Se produjo una recomposición del Consejo de Administración de GRUPO LUXIONA, que pasó a tener cinco miembros: dos nombrados por los socios familiares (fueron dos de los miembros del anterior Consejo de Administración D. Santos , y la sociedad INICIATIVAS TEYSA, representada por D. Carlos de Quesada), y otros tres consejeros nombrados por el nuevo socio.

7.- En dicho contexto el Consejo de Administración de GRUPO LUXIONA formuló en fecha 30 de marzo de 2019 las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, es decir, con anterioridad al momento en el que se produjo el cambio de composición en el Consejo de Administración (el 12 de abril de 2019).

8.- Como resulta del documento nº 41 adjunto a la demanda, los cuatro administradores de GRUPO LUXIONA que integraban el Consejo de Administración el 30 de marzo de 2019, y que, por tanto, formularon las cuentas anuales del 2018, eran dos de los socios familiares (D. Balbino y la sociedad NARROWS, S.L., representada por D. Javier Tey Feliu de la Peña); el hijo de este último. D. Santos , que además era el consejero delegado desde el año 2007; y la sociedad INICIATIVAS TEYSA, S.L., representada en el Consejo por D. Carlos de Quesada Vallet.

9.- El 28 de junio de 2019, se celebró la Junta General de Socios de GRUPO LUXIONA en la que se aprobaron las cuentas anuales de correspondientes al ejercicio 2018 (documento nº 42 adjunto a la demanda).

10.- En fecha 7 de noviembre de 2019 se reunió el Consejo de Administración de Luxiona SL, poniendo en conocimiento GLOBAL LIGHTING la presunta existencia de graves irregularidades contables sobre la base de un informe elaborado por la firma DUPH AND PHELPS, que recogía una supuesta sobrevaloración de existencias,



una incorrecta activación de gastos I + D, y la existencia de flujos de caja que no reflejarían las necesidades reales de tesorería (documento nº 45 adjunto a la demanda).

11.- En fecha 4 de febrero de 2020 se celebró la Junta General Extraordinaria de GRUPO LUXIONA en la que se adoptó el siguiente acuerdo: "De conformidad con lo previsto en el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, se acuerda que la Sociedad entable la acción social de responsabilidad contra (i) los actuales consejeros don Santos e Iniciativas Teysa, S.L. y (ii) los antiguos consejeros don Balbino y Narrows, S.L. En el caso de consejeros o antiguos consejeros personas jurídicas la acción de responsabilidad se extenderá, también, a las personas físicas designadas para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador de acuerdo con el artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital. El anterior acuerdo implica la destitución inmediata de los consejeros don Santos e Iniciativas Teysa, S.L. al amparo de lo previsto en el artículo 238.3 de la Ley de Sociedades de Capital".

11.- La Junta General aprobó, con una mayoría del 60% del capital social y con el voto en contra única y precisamente de los socios familiares, el referido acuerdo de ejercicio de acción social de responsabilidad contra las personas que habían desempeñado el cargo de administradores de GRUPO LUXIONA durante el año 2018 y el primer trimestre de 2019 y que, en esa condición, habían formulado las cuentas anuales de GRUPO LUXIONA correspondientes al ejercicio 2018.

12.- Dado que dos de esos cuatro administradores (D. Santos y la sociedad INICIATIVAS TEYSA, S.L., representada por D. Carlos de Quesada), mantenían aun esa condición en la fecha de adopción del referido acuerdo de la Junta General, éste comportó ope legis (ex art 238.3 de la LSC) su destitución como consejeros de GRUPO LUXIONA.

13.- El Consejo de Administración de GRUPO LUXIONA tomó conocimiento de dicho acuerdo de la Junta General de Socios y acordó declarar extinguido y terminado, con fecha 4 de febrero de 2020, el contrato de prestación de servicios de consejero ejecutivo que el Sr. Santos había suscrito el 12 de abril de 2019 -en su condición de Consejero Ejecutivo- con GRUPO LUXIONA.

14.- Tras la adopción del acuerdo impugnado, se han sucedido los siguientes hechos relevantes:

14.1.- La sociedad GRUPO LUXIONA ha requerido hasta en tres ocasiones a los socios familiares para que indiquen los datos de las personas que quieren nombrar como nuevos miembros del Consejo de Administración en sustitución de D. Santos y de la sociedad INICIATIVAS TEYSA, siendo así que en la presente fecha han sido sustituidos los representantes de los socios familiares en el Consejo de Administración.

14.2.- El día 12 de marzo de 2020, los peritos de la firma DUFF&PHELPS que han depuesto en el transcurso de la vista concluyeron el informe pericial que a priori fundamenta la existencia de las graves irregularidades contables en las cuentas anuales de 2018, y que sirvió de base para la adopción del acuerdo del que trae causa la presente litis.

14.3.- GRUPO LUXIONA ha interpuesto una querrela por un presunto delito de falsedad contable contra los antiguos administradores de la sociedad, admitida por el Juzgado de Instrucción de Granollers, y que se halla en tramitación.

14.4.- Como certifica el documento nº 2 aportado en la audiencia previa por la demandada, el 30 de octubre de 2020 la Junta de Socios de GRUPO LUXIONA SL ha aprobado las cuentas anuales del ejercicio 2019, auditada por la firma KPMG."

A los anteriores hechos, a los efectos de resolver sobre las cuestiones que se plantean en esta alzada, entendemos necesario añadir los siguientes:

11.2. El orden del día de la convocatoria de junta general extraordinaria en la que se adoptó el acuerdo impugnado fue el siguiente (documento 64 de la demanda):

" 1. Aceptación de la dimisión de Yanamis Capital, S.L. a su cargo de miembro del consejo de administración de la Sociedad.

2. Nombramiento de don Luis Pedro como nuevo miembro del consejo de administración de la sociedad.

3. Información a los socios acerca de la situación económica y financiera de la Sociedad. Origen de la misma. Decisión sobre la posible responsabilidad de don Santos y otros antiguos miembros del consejo de administración de la Sociedad.

4. Discusión acerca de las posibles medidas para recapitalizar la sociedad. Adopción de los acuerdos que procedan.

5. Delegación de facultades."



11.3 Con carácter previo a la celebración de la junta cuyos acuerdos son objeto de impugnación, la parte apelante solicitó de los administradores la siguiente información que no le fue entregada:

(i) en cuanto a la "información a los socios de la situación económica y financiera de la sociedad" "cualquier informe, estados financieros de situación, balance, cuenta o cuadro resumen que vaya a ser empleada, comentada o tratada [...] en la Junta";

(ii) la "copia del informe realizado por la consultora DUFF&PHELPS (incluidos sus anexos en papel o soporte electrónico), cuya existencia fue puesta de manifiesto por primera vez en la reunión del Consejo de Administración del pasado 7 de noviembre de 2019";

(iii) la "copia de cualquier informe adicional (incluidos sus anexos en papel o soporte electrónico) realizado en relación con cuentas de correo electrónico o de equipos informáticos asignados a empleados de la Sociedad";

(iv) la "copia de la factura o facturas correspondiente a dichos informes y trabajos, así como comprobantes de pago";

(v) tampoco informó sobre "la identidad concreta de aquellos antiguos miembros del Consejo de Administración de LUXIONA cuya posible responsabilidad será tratada en la junta".

11.4 Los administradores entregaron la siguiente información:

(i) una presentación corporativa (Documento 68 de la demanda) y

(ii) un "avance" de informe (Documento 67 de la demanda) emitido por DUFF&PHELPS.

11.4. El 12 de abril de 2019, consecuencia de la reestructuración de capital producida el 29 de marzo en virtud de la cual Global Lighting pasó a ser socio mayoritario de Grupo Luxiona, el Sr. Santos y Grupo Luxiona suscribieron un contrato de prestación de servicios que sustituyó al que anteriormente vinculaba al Sr. Santos con la sociedad (doc. núm. 30 de la demanda). El contrato tiene por objeto regular los términos y condiciones que han de regir en el futuro la relación entre la sociedad y el Sr. Santos en su condición de consejero ejecutivo de la misma. En el mismo se establece que la relación mantenida entre los contratantes es única y sustituye a cualquier acuerdo anterior, siendo de naturaleza mercantil. La cláusula 11 regula la extinción del contrato y sus consecuencias. Si el cese del Sr. Santos en su cargo de consejero ejecutivo lo es por causa distinta a las establecidas en el contrato (renuncia voluntaria, fraude, dolo o negligencia declarada judicialmente, fallecimiento o incapacidad o incumplimiento material del plan de negocio vigente) el Sr. Santos tendrá derecho a "percibir de la sociedad una indemnización por un importe equivalente a (3) anualidades, entendiéndose por "anualidad" la suma de las retribuciones (fija y variable) devengadas en el último ejercicio social cerrado a la fecha del cese."

11.5. El 29 de marzo de 2019 la totalidad de los socios de la demandada suscribieron un contrato con el objeto de regular, entre otras cuestiones "el régimen de gobierno y administración". El pacto 2.2.2. regula la composición del Consejo de Administración que, inicialmente tendrá cinco miembros, tres de ellos serán nombrados por el socio mayoritario (Inversor) y uno por los "socios Familiares", siendo el número 5 el Sr. Santos en su condición de primer ejecutivo de la compañía. Si el Sr. Santos cesara como primer ejecutivo de la compañía, los Socios Familiares tendrán derecho a nombrar otro miembro del Consejo, que pasará a estar compuesto por 6 miembros, al incorporarse al mismo quien sea designado como primer ejecutivo de la compañía.

CUARTO. De la infracción del derecho de información.

12. La apelante sostiene en esta alzada la infracción del derecho de información sobre las siguientes premisas: i) en contra de lo que recogen los hechos probados, no se entregó a las impugnantes la totalidad de la documentación solicitada y disponible, haciendo especial mención del hecho de no haber sido entregada la información contable con base en la cual se elaboraron los documentos que sí se entregaron (presentación corporativa e informe de Duff&Phelps); ii) error en de derecho en cuanto a la aplicación del test de relevancia. Respecto de la documentación entregada sostiene que, no se entregó toda la que estaba a disposición de los requeridos y la entregada resultaba insuficiente. En cuanto al test de relevancia, razona, con base en la jurisprudencia que cita y reproduce, que la información entregada era inexacta por incompleta y que el test de relevancia no puede quedar limitado a la presunción de cuál hubiera sido el sentido del voto si el socio hubiera contado con toda la información que solicitó.

13. La apelada se opone al recurso en los mismos términos que se opuso a la demanda, afirmando haber entregado a los recurrentes toda la información de que disponía y era relevante en relación con el orden del día contenido en la convocatoria de junta general extraordinaria.

Valoración del Tribunal



14. El derecho de información del socio regulado en el artículo 196 de la LSC surge con ocasión de la convocatoria de una junta general y guarda relación con el orden del día. Es un derecho autónomo, pero es indudable que, cuando se alega como fundamento de la impugnación de un acuerdo social, es exigible que cumpla una función instrumental en relación con el ejercicio del derecho de voto, aunque no se ciñe exclusivamente a éste, sino que también se vincula a los derechos de participación del socio. La información solicitada (informes o aclaraciones) debe guardar relación con los asuntos comprendidos en el orden del día y esa relación no puede ser de mera conveniencia, sino de necesidad, así debe interpretarse la expresión "*que se estimen precisos*" referido a los informes y aclaraciones. Es necesaria aquella información que sea útil o relevante para que un socio medio pueda conformar razonablemente el sentido del voto.

15. En el presente supuesto es un hecho indiscutido que los administradores de la sociedad no entregaron toda la información que les fue solicitada. La cuestión se centra en determinar si la que no facilitaron existía y era necesaria. La sentencia concluye que no por considerar que los socios minoritarios o "familiares" hubieran votado en todo caso contra el acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores. No compartimos el argumento de la sentencia de instancia, pues consideramos que, para valorar la relevancia de la información omitida o incorrecta, hay que situarse en la posición de un socio medio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 204.3.b TRLSC.

16. En cuanto al informe de Duff & Phelps, se les entregó el que existía en la fecha de la convocatoria, sin que se haya acreditado que tuviera anexos o información adicional a cuya entrega se negaran los administradores. No se entregó la factura o facturas pagadas por la sociedad por dicho informe. No podemos compartir la argumentación de la apelante según la cual dicha omisión constituye una infracción del derecho de información, puesto que la documentación solicitada no tenía relevancia alguna a los efectos de lo que se iba a debatir en la junta, por lo que la información era irrelevante, tanto desde el punto de vista de determinación del voto, como desde el derecho de participación.

17. Por último, los administradores no respondieron a la pregunta de a qué "otros antiguos miembros del consejo de Administración de la Sociedad" se refería el orden del día. Lo cierto es que esa información no puede reputarse necesaria si tenemos en cuenta que es posible acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, sin necesidad de que conste en el orden del día, de modo que la omisión de esta información en ningún caso puede reputarse como infracción del derecho de información.

QUINTO. Del abuso de derecho.

18. La apelante sostiene en esta alzada la nulidad por haber sido impuesto de forma abusiva por la mayoría del acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores sobre las siguientes premisas: i) el acuerdo no ha sido ejecutado, pese a que cuando se formula recurso han transcurrido más de dos años desde su adopción, ii) en contra de lo que sostiene la sentencia, el informe de Duff & Phelps no acredita, siquiera indiciariamente, la existencia de irregularidades contables, iii) discute las conclusiones del citado informe, iv) la sociedad titular del 100% de las participaciones sociales de Global Lighting-Sherpa conocía la situación de Luxiona en el momento en que adquirió las participaciones, v) debe valorarse si el acuerdo se ha adoptado en un ejercicio abusivo de sus derechos por parte de la mayoría.

Valoración del Tribunal

19. Asiste la razón a la recurrente en que las razones dadas por la juez de instancia no resultan suficientes para descartar la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 204.1, segundo párrafo de la LSC. El precepto regula el abuso de la mayoría como una forma de lesión al interés social que no requiere la existencia de un daño patrimonial.

20. Para que un acuerdo sea declarado nulo por abusivo es preciso que concurren los siguientes requisitos: i) que no responda a una necesidad razonable, ii) suponga una ventaja o beneficio para la mayoría iii) provoque un perjuicio injustificado a los socios minoritarios.

21. No compartimos el criterio expresado en la sentencia recurrida en el sentido de que el acuerdo que tiene por objeto el ejercicio de la acción social en ningún caso puede ser lesivo para el interés social. Sí puede serlo cuando concurren los requisitos antes enunciados. Es por ello necesario valorar en primer término si el acuerdo impugnado obedece a una necesidad razonable, lo que supone determinar si, desde la perspectiva de los intereses de la sociedad, está justificada su adopción.

22. En el presente supuesto, determinar si está justificada la adopción del acuerdo obliga a examinar los hechos sobre los que se fundará la acción social de responsabilidad. Es cierto que no podemos pronunciarnos sobre la acción que se pretende ejercitar, pero ello no impide que examinemos los hechos en que habría de fundarse esa acción que se ejercerá en el futuro con la limitada finalidad de valorar si resulta razonable su adopción.



23. La acción social de responsabilidad pretende la reconstrucción del patrimonio de la sociedad, en la medida en que éste ha resultado dañado por la acción u omisión cuya realización se imputa al administrador en su condición de tal. Determinar si el acuerdo de ejercitar la acción social está justificado desde la perspectiva del interés de la sociedad, obliga a examinar si los hechos que se imputan a los administradores que lo eran en el ejercicio 2018 son aptos para producir un daño al patrimonio de la sociedad. Y lo cierto es que las irregularidades contables no pueden producir un daño directo en el patrimonio social.

24. La contabilidad refleja de forma ordenada los hechos económicos que suceden en el día a día de la sociedad y debe hacerlo con arreglo a los principios contables con la finalidad de reflejar la imagen fiel. Si el registro se hace sin respetar los principios contables, ese incumplimiento no puede en ningún caso producir un daño en el patrimonio de la sociedad. El erróneo o defectuoso reflejo en la contabilidad de un hecho económico alterará la imagen fiel y puede causar daño a terceros que contraten con la sociedad en la creencia errónea de hacerlo con una empresa solvente o cuyos activos tienen un valor superior, pero no puede causar un daño directo al patrimonio social.

25. En el presente supuesto las irregularidades contables que se imputan a los administradores - sobrevaloración de existencias y activación de indebida de gastos de I + D-, si fueran ciertas, supondrían que la contabilidad refleja unos activos por valor superior al real. Concretamente y en cuanto a los gastos de I + D, supondría que la sociedad ha reflejado como activo un gasto que efectivamente realizó, pero que debió anotarse en la cuenta de resultados y no en el activo como un bien. No vamos a entrar a examinar si fue correcto activar el gasto realizado o no. Ahora bien, a modo de hipótesis y a los efectos de resolver sobre la razonabilidad del acuerdo, sí podemos examinar los efectos que produce en el patrimonio social el hecho de haberse contabilizado como un activo lo que debió registrarse como un gasto. El efecto de ese error o defecto en la contabilidad sería un menor gasto, que tendría su reflejo en la cuenta de resultados que mostraría mayor beneficio o menor pérdida y, al mismo tiempo, un mayor valor del activo. No alcanzamos a comprender qué perjuicio resultaría para el patrimonio de la sociedad como consecuencia de la irregularidad que hemos tomado como ejemplo.

26. Si los hechos que se imputan a los administradores frente a los que se pretende ejercitar la acción social no son aptos de producir un daño al patrimonio social, parece claro que el acuerdo de ejercitar la acción social no está justificado. No obstante lo anterior, para que sea abusivo es preciso determinar si, como sostiene la apelante, consecuencia del mismo resulta una ventaja o beneficio para la mayoría y un perjuicio injustificado para la minoría.

27. No podemos obviar el hecho de que los administradores pueden ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general, aunque no conste en el orden del día y sin necesidad de alegar causa alguna (artículo 223 LSC), por lo que la ventaja supuestamente obtenida por la mayoría no puede concretarse únicamente en el cese del administrador. Por otra parte, si se tratara únicamente del cese de los administradores con cargo vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo, la ventaja sería sin duda temporal, pues desde el primer momento el socio mayoritario ha requerido a los minoritarios o socios familiares, para que designaran a las personas que debían sustituir a los cesados en el consejo de administración. A día de hoy ya se ha producido el nombramiento, sin que el retraso sea imputable a la sociedad o al socio mayoritario, sino a los socios que integran el grupo familiar.

29. Esta ventaja no resulta por lo tanto relevante a los efectos de lo que aquí se discute, tanto por ser innecesario el acuerdo impugnado para obtener el cese, como por ser temporal y, si se ha prolongado en el tiempo, ha sido por causa imputable a quien perjudicaba la tardanza.

30. Tal como se recoge en los hechos probados, los socios firmaron el 29 de marzo de 2019 un acuerdo en el que se regulaban diferentes aspectos del funcionamiento de la sociedad tras la incorporación del nuevo socio mayoritario (doc. 29 de la demanda) cuyo contenido en lo relevante para esta sentencia se reproduce en el apartado 11.5 de esta sentencia. Asimismo, según se recoge en el punto 11.4, el 12 de abril, la sociedad suscribió con Santos un contrato de prestación de servicios en el que se establecen las consecuencias del cese como consejero ejecutivo por causas distintas a las mencionadas en el contrato, concretamente, el derecho a ser indemnizado. En virtud de lo establecido en el pacto parasocial (doc. 29) y el contrato de prestación de servicios (doc. 30) los socios familiares, minoritarios en el capital, veían garantizada la continuidad en la gestión de la sociedad a través del nombramiento del Sr. Santos como primer ejecutivo y el nombramiento de un miembro del consejo de administración, de modo que, de los cinco miembros que lo constituyen, dos serían nombrados por los minoritarios.

Con la adopción del acuerdo impugnado el grupo mayoritario consigue la extinción del contrato del Sr. Santos con la sociedad como consejero ejecutivo, sin derecho a percibir la indemnización pactada, al haberse producido el cese por ministerio de la ley, así como la alteración del número de miembros del consejo



de administración aumentando su influencia en el mismo. A lo anterior hay que añadir que será el grupo mayoritario quien nombrará al primer ejecutivo de la compañía que sustituirá al Sr. Santos , privando con ello a los socios familiares del control directo sobre la gestión de la compañía, en contra de lo establecido en el pacto parasocial.

32. Como consecuencia del acuerdo impugnado el consejo ha pasado a tener seis consejeros, tres nombrados por el socio mayoritario, a los que hay que sumar el primer ejecutivo de la sociedad, también nombrado por el socio mayoritario en sustitución del Sr. Santos y dos nombrados por los socios familiares.

33. Esta modificación del consejo de administración supone una ventaja para el socio inversor y un detrimento de la posición de los socios impugnantes que ven como, consecuencia del cese automático de los consejeros respecto de los que se acuerda ejercitar la acción de responsabilidad, ha variado sustancialmente su capacidad de influir en la gestión de la sociedad, a la vez que el socio inversor tiene la mayoría en el consejo y ha designado al primer ejecutivo de la compañía.

34. Consecuencia de cuanto antecede podemos concluir que el acuerdo impugnado es abusivo al no aparecer justificado y comportar una ventaja para la mayoría y un perjuicio para la minoría, siendo el verdadero objetivo perseguido por el mismo, no tanto el ejercicio posterior de la acción social de responsabilidad, como apartar al grupo minoritario de la gestión de la sociedad, en contra de lo acordado en el pacto parasocial y sin asumir las consecuencias económicas derivadas de la extinción sin causa justificada del contrato de prestación de servicios suscrito entre la sociedad y el Sr. Santos .

SEXTO . Costas.

35. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Infema S.A. y Promociones Ingremar S.L. contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 1 de Barcelona de fecha 5 de abril de 2022, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca con los siguientes pronunciamientos:

"1. Estimar la demanda presentada por Infema S.A. y Promociones Ingremar S.L. frente a Grupo Luxiona S.L. con los siguientes pronunciamientos:

1. Declarar la nulidad del acuerdo relativo al punto Tercero del orden del día¹², adoptado en la junta general extraordinaria de socios de GRUPO LUXIONA S.L., celebrada el 4 de febrero de 2020, por el que se acuerda que GRUPO LUXIONA S.L. entable la acción social de responsabilidad frente al SR. Santos , INICIATIVAS TEYSA S.L., el SR. Balbino y NARROWS S.L., con la consiguiente destitución de los dos primeros, ex artículo 238.3 LSC.
2. Ordenar la cancelación de las inscripciones a que hubiere dado lugar en el Registro Mercantil el Acuerdo impugnado, así como cualquier otra inscripción posterior que sea incompatible con la nulidad del mismo.
3. Condenar a la demandada Grupo Luxiona S.L. al pago de las costas causadas en este pleito e instancia."

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas del recurso y con devolución del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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