



Roj: **SAP S 397/2017 - ECLI: ES:APS:2017:397**

Id Cendoj: **39075370042017100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **4**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **636/2016**

Nº de Resolución: **325/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL MAR HERNANDEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000325/2017

Ilma. Sra. Presidente

Dª. Maria Jose Arroyo Garcia

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Marcial Helguera Martinez

Dª. Maria del Mar Hernandez Rodriguez

En Santander, a 19 de junio del 2017.

Vistos en trámite de apelación ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 4 de **Cantabria** los presentes autos de Procedimiento Ordinario (Impugnación acuerdos sociales - 249.1.3) 228/14, Rollo de Sala nº 0000636/2016, procedentes del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante D. Roman , D. Sixto , D. Jose Antonio , D. Luis Alberto , D. Juan Miguel , Dª Nuria , Dª Rosario , Dª Vanesa , Dª María Virtudes , D. Aurelio , D. Cecilio , D. Dionisio , Dª Camino , representados por el Procurador Sr. ÁNGEL VAQUERO GARCÍA, ÁNGEL, y defendidos por el Letrado Sr. IVAN HERNANDEZ URRABURU; y parte apelada **IGUALATORIO MEDICO QUIRURGICO COLEGIAL SA DE SEGUROS**, representado por la Procuradora Sra. CARMEN GONZALEZ LASTRA, y asistido del Letrado Sr. JAIME JAVIER DE LA LASTRA ZAMANILLO.

Es ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Maria del Mar Hernandez Rodriguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO MERCANTIL Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 04 de agosto del 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda formulada por Roman , Sixto , Jose Antonio , Luis Alberto , Juan Miguel , Nuria , Teodulfo , Rosario , Vanesa , María Virtudes , Aurelio , Cecilio , Dionisio y Camino , contra **IGUALATORIO MÉDICO-QUIRÚRGICO COLEGIAL S.A. DE SEGUROS**, sin imposición de costas procesales."

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO. - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestimó la demanda de impugnación de acuerdos sociales, alzándose frente a ella los actores invocando error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de cosa juzgada, vulneración del art. 7 del Real Decreto 821/1991 y, de manera subsidiaria, vulneración de los artículos 6 y 7 del Código Civil .

SEGUNDO.- Los apelantes fundamentan el primer motivo del recurso relativo al error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de cosa juzgada en la incorrecta interpretación que realiza a su juicio el Juzgado de instancia de la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2013 al sostener que en la misma no se declaró la nulidad del punto octavo del orden del día sino la nulidad de uno de los acuerdos adoptados respecto al punto octavo, manteniéndose la eficacia del nombramiento de doña Vanesa y Don Aurelio como consejeros de las minorías.

El motivo se desestima. En primer lugar, ninguna prueba se señala que haya sido incorrectamente valorada puesto que la cuestión no estriba en la incorrecta valoración de prueba alguna sino en la interpretación jurídica de una resolución firme. En segundo término, tampoco se aprecia vulneración del principio de cosa juzgada sino estricto respeto a dicho principio. La sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2013 , fue clara en su fundamento de derecho quinto en el que se rechazó la nulidad parcial y se acordó la nulidad de lo acordado en relación al punto octavo del orden del día en toda su extensión. De no estar conforme los apelantes con dicho criterio debieron usar los recursos legalmente establecidos para combatirlo, no siendo éste el momento para combatir las razones jurídicas que llevaron a esta Sala a adoptar dicha decisión que devino firme al no ser recurrida.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso es la vulneración del art. 7 del Real Decreto 821/1991 por considerar la sentencia apelada ajustada a derecho la decisión de que las agrupaciones de las minorías no subsistían al celebrarse la junta cuyo acuerdo se impugna.

El motivo se desestima. Según el artículo 7 del Real Decreto 821/1991 que se considera infringido "La agrupación de las acciones que hubieran nombrado algún miembro del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional, subsistirá durante el plazo para el que el miembro de dicho órgano hubiera sido nombrado, sin que dichas acciones puedan intervenir durante el referido plazo en el nombramiento de los demás miembros del Consejo de Administración". La rúbrica del precepto es clara y congruente con su contenido y esclarecedora en relación a la cuestión litigiosa al referirse a "*Efectos del nombramiento por el sistema proporcional*".

El presupuesto necesario para la aplicación de esta regla cuyo objeto es evitar el pernicioso efecto de que quienes se agruparon para el nombramiento de un consejero puedan duplicar su intervención en la designación de los integrantes del órgano de administración participando en el nombramiento de otros consejeros durante la vigencia del cargo de aquél, no se da en el presente caso. Dicho presupuesto es que haya sido efectivamente nombrado un consejero por el sistema proporcional. Esto es, no solamente que se haya producido la agrupación de acciones y notificado al consejo de administración sino que haya procedido al nombramiento del consejero de conformidad a lo previsto en el art. 5 de dicho reglamento. Sin embargo, en el presente caso dicho nombramiento no ha tenido lugar puesto que en la sentencia de 26 de abril de 2013 decretó la nulidad del acuerdo adoptado en relación al punto 8º del orden del día en toda su extensión.

Como consecuencia de lo anterior, y no habiéndose procedido a actuar conforme a lo dispuesto en los arts. 3 y 4 del Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo , por el que se desarrolla el artículo 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional, notificando los accionistas al consejo el deseo de ejercitar el derecho de agrupación de la totalidad o parte de sus acciones en el plazo legalmente establecido, se consideran plenamente ajustados a derecho los argumentos contenidos al respecto en la resolución recurrida que se comparte en su integridad.

CUARTO.- El último motivo del recurso de carácter subsidiario es la infracción de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Civil por estimar la sentencia apelada conforme a derecho una actuación por parte de la demandada en claro fraude de ley que se configura como ejercicio abusivo o antisocial de un derecho.

El motivo se desestima. En primer lugar, la declaración de nulidad de lo acordado en la junta de 31 de mayo de 2011 en relación a la designación de consejeros de la demandada tuvo como causa la impugnación de acuerdos sociales por parte de algunos de los hoy apelantes cuyos efectos fueron los expuestos en los fundamentos de derecho anteriores de esta sentencia. Como consecuencia de ello, en la nueva junta celebrada en la que se adoptó el acuerdo ahora impugnado, si se pretendía el ejercicio del derecho a la agrupación de acciones para el nombramiento de un consejero, debiera haberse actuado conforme a lo dispuesto en los artículos 3 a 5 del Real Decreto 821/1991 . Sin embargo, dichos trámites y especialmente la notificación del



art. 4 no se verificó por lo que no hubiera resultado ajustado a derecho haber tenido por realizada la agrupación de acciones.

En consecuencia con los datos fácticos anteriores, ningún abuso de derecho se ha producido ni fraude de ley. En concreto, en cuanto al fraude de ley, puesto que ningún resultado prohibido por el ordenamiento jurídico se ha producido, lo que, en cambio, hubiera tenido lugar de haberse tenido por agrupadas las acciones sin cumplir la prescripciones legales, no apreciándose elemento subjetivo alguno del que se infiera la falta de finalidad seria ni elemento objetivo relativo a la pretensión de exceso en el uso del derecho. Respecto al abuso del derecho, tampoco se aprecia el elemento subjetivo consistente en la intención de dañar ni objetivo relativo a la anormalidad en el ejercicio del derecho. Todo ello teniendo en cuenta que bastaba con cumplir la formalidad contenida en el art. 4 del Real Decreto 821/1991 para poder ejercitar el derecho de agrupación de acciones.

QUINTO.- Como consecuencia de lo anterior, desestimamos el recurso de apelación, confirmando la resolución recurrida, y condenando al pago de las costas de esta segunda instancia a los apelantes, de conformidad con el art. 398 LEC .

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Roman . D. Sixto , D. Jose Antonio , D. Luis Alberto , D. Juan Miguel , D^a Nuria , D^a Rosario , D^a Vanesa , D^a María Virtudes , D. Aurelio , D. Cecilio , D. Dionisio , D^a Camino , contra la ya citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, la que debemos confirmar y confirmamos, condenando al pago de las costas de esta segunda instancia a los apelantes.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Il^{mo}. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo La Letrada de la Administración de Justicia doy fe.