



Roj: **SAP B 11295/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:11295**

Id Cendoj: **08019370152018100741**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **653/2018**

Nº de Resolución: **740/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

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

N.I.G.: 0801947120168001430

Recurso de apelación 653/2018-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 172/2016

SENTENCIA núm. 740/2018

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON MANUEL DÍAZ MUYOR

En Barcelona a doce de noviembre de dos mil dieciocho.

Parte apelante: ACTIVOTRADE VALORES AGENCIA DE VALORES S.A.

-Letrado: Sandra Balado Arias

-Procurador: María Carmen Fuentes Millán

Parte apelada: Beatriz

-Letrado: Fernando de la Mata Viader

-Procurador: Ignacio López Chocarro

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 20 de julio de 2017

-Demandante: Beatriz

-Demandada: ACTIVOTRADE VALORES AGENCIA DE VALORES S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a Beatriz , representada por el Procurador sr. López Chocarro, contra la compañía ACTIVOTRADE DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A., representada por la procuradora Sra. Fuertes Millán, se efectúa el siguiente pronunciamiento:

Se declara la nulidad del acuerdo sexto contenido en el acta del Consejo de administración de la compañía demandada, celebrado en fecha 31 de diciembre de 2015, documento n^o 14 de la demanda, cuyo texto será el obrante en el acta acompañada de doc. n^o 12.

Se rechazan las restantes pretensiones deducidas por la demandante en el escrito de demanda.

Ello sin expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes litigantes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. La parte actora presentó escrito de oposición e impugnación de la sentencia, del que se dio traslado, a su vez, a la demandada.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 18 de octubre de 2018.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La demandante, Beatriz , que es accionista titular del 6,56% del capital de la sociedad demandada ACTIVOTRADE DE VALORES, AGENCIA DE VALORES, S.A. (en adelante, ACTIVOTRADE), interpuso demanda de impugnación de los acuerdos adoptados por el consejo de administración el 31 de diciembre de 2015 y de la junta general de accionistas celebrada el 12 de febrero de 2016. Para contextualizar la controversia y precisar el objeto del recurso, estimamos conveniente reproducir la relación de hechos incontrovertidos que reseña la resolución recurrida (fundamento segundo):

1.- La compañía demandada, constituida en fecha 17 de julio de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2015 se hallaba administrada por un consejo de administración, en el que se integraban Luciano , consejero y presidente, Nazario consejero y Nicolas , consejero.

2.- El día 31-12-2015, Nazario renunció a su cargo en el órgano de administración, y dimitió del cargo de director general, si bien fue notificada dicha renuncia a la sociedad demandada, con posterioridad, doc. n^o 2 de la demanda.

3.- En fecha 31-12-2015, se constituyó el consejo de administración de ACTIVO TRADE, al cual no asistió el consejero Nazario .

4.- En fecha 16 de febrero de 2015, se celebró Junta extraordinaria de accionistas de la compañía demandada, en la que se aprobaron todos los puntos que integraban el orden del día de la Junta, con el voto en contra de la socia demandante.

2. Por lo que se refiere a la impugnación de los acuerdos del consejo de administración de 31 de diciembre de 2015, la actora sostuvo la nulidad por haberse constituido sin el *quorum* estatutario necesario, dado que los Estatutos exigen la presencia de la mitad más uno de sus componentes y solo estuvieron presentes dos de ellos (el consejo está integrado por tres miembros). De igual modo alegó la nulidad por contravención del orden público, por cuanto se extendieron dos actas de la reunión con distinto contenido. Sostiene que la segunda de ellas (documento 14) refleja unos acuerdos que no responden a la realidad. Subsidiariamente solicitó que se declarara la nulidad del acuerdo sexto, por el que se delega en el presidente del consejo la facultad de determinar los bonus y sueldos del personal de la sociedad hasta 200.000 euros anuales por cada uno de esos conceptos. En la primera de las actas (documento 12) las cantidades eran sustancialmente inferiores (120.000 euros brutos anuales de salarios y 50.000 euros de bonus).

3. Por lo que se refiere a la impugnación de la junta de accionistas celebrada el 12 de febrero de 2016, la actora sostuvo la nulidad de los acuerdos por haber sido convocada en un previo consejo de administración viciado de nulidad y, en consecuencia, con infracción del artículo 166 del TRLSC. De igual modo impugnó específicamente los acuerdos primero y tercero. Este último (respecto del primero no nos extendemos por quedar al margen del recurso), por el que se acuerda la modificación de los estatutos propuesta por el órgano de administración, la actora sostuvo la nulidad por no haberse redactado el informe íntegro de la modificación propuesta al tiempo



de la convocatoria, tal y como exigen los artículos 286 y 287 del TRLSC y, en segundo lugar, por haber simulado la participación del consejero Nicolas cuando, en realidad, estuvo ausente en la reunión.

4. Opuesto el demandado, la sentencia estima parcialmente la demanda. Declara la nulidad del acuerdo sexto del consejo de administración, al estimar que la única acta válida es la acompañada como documento 12. Por el contrario, la sentencia desestima el resto de los motivos de impugnación de los acuerdos del consejo y de la junta.

5. La sentencia es recurrida por la sociedad demandada, que impugna el único pronunciamiento que le es desfavorable, esto es, la nulidad del acuerdo sexto del consejo de administración de 31 de diciembre de 2015 en los términos reflejados en el acta aportada como documento 14. Ante la duplicidad de actas, la recurrente estima que el Juzgado ha valorado erróneamente la prueba y, en consecuencia, que la única acta válida es aquella.

6. La parte actora se opone al recurso e impugna la sentencia por dos motivos: por no declarar la nulidad del consejo de 31 de diciembre de 2015 por falta de *quorum* de constitución y, como consecuencia de ello, la nulidad de la junta de 12 de febrero de 2016 por defecto de convocatoria. Y, en segundo lugar, por no declarar la nulidad del acuerdo tercero del orden del día sobre modificación de estatutos.

SEGUNDO.- Nulidad de los acuerdos por defecto de constitución del consejo de administración de 31 de diciembre de 2015.

7. Siguiendo un orden lógico, analizaremos, en primer lugar, el primero de los motivos de impugnación de la sentencia formulado por la apelada, que guarda relación con la válida constitución del consejo de administración de 31 de diciembre de 2015 por falta de *quorum*. Alega la parte actora que, en la medida que el Consejo de administración está integrado por tres miembros y al exigir los estatutos la presencia de la mitad más uno de los vocales, dado que el Consejo se constituyó únicamente con dos vocales no se alcanzó el mínimo estatutario.

8. No es controvertido que el 31 de diciembre de 2015 el Consejo de administración estaba compuesto por los siguientes miembros: Agustín (presidente y vocal), Nicolas (vocal) y Nazario (vocal). Este último, marido de la demandante, presentó su renuncia al cargo el mismo día 31 de diciembre de 2015 pero con posterioridad a la reunión del Consejo. Tampoco es controvertido que el consejo se constituyó con sólo dos vocales, el presidente Luciano y Nicolas, que delegó su voto en el presidente.

9. Para resolver la cuestión controvertida hemos de partir en nuestro análisis del artículo 247.2º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, por el que, en *"la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales"*. Por tanto, en un consejo de tres miembros, la asistencia de dos de ellos cumple con *quorum* legal de constitución. Ahora bien, el artículo 36 de los estatutos de la sociedad, en sintonía con lo previsto en el antiguo artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas, en vigor al tiempo de constituirse la sociedad, dispone que *" el Consejo de administración quedará válidamente constituido para deliberar y adoptar acuerdos sobre cualquier asunto cuando concurren a la sesión, presentes o representados, la mitad más uno del número de componentes que hubiera fijado en su día la junta general"*.

10. Siendo 2,5 la mitad más uno de tres, entiende la recurrente que el redondeo en el número de vocales debe ser al alza, por lo que la asistencia a la sesión de sólo dos de los miembros del consejo invalida, por un defecto de constitución, tanto los acuerdos adoptados en el propio consejo como los de la junta de 12 de febrero de 2016 convocada por un órgano de administración que estima "incompleto". Pues bien, aunque la cuestión suscita dudas de derecho, estimamos que en este caso el consejo se constituyó válidamente y, en consecuencia, que debemos desestimar la impugnación del consejo de 31 de diciembre de 2015 y de la junta de 12 de febrero de 2016 por el defecto de constitución y convocatoria esgrimido por la actora. En efecto, ha de tenerse presente que la Dirección General de los Registros y del Notariado siempre ha amparado la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales (Resoluciones de 31 de julio de 2014 y 3 de agosto de 2016), lo que casa mal con una interpretación de los preceptos legales y estatutarios que conduzca a que sea necesaria la asistencia de todos los miembros del consejo para garantizar su válida constitución.

11. Como hemos dicho, en este caso, estando presentes dos de los tres miembros del consejo, se cumplió con el requisito de la *"mayoría de vocales"* exigida por el artículo 247.2º de la LSC. Y también estimamos cumplida la mayoría exigida por los estatutos, redactados de acuerdo con la norma vigente en el momento de su constitución y que se modificó precisamente para solventar problemas como el enjuiciado de mayorías con decimales, inaplicables en el caso de las personas físicas, si se interpreta la norma estatutaria en el sentido de que la mitad más uno de los componentes del consejo equivale a la mayoría absoluta y, en consecuencia,



que el requisito queda cumplido por el redondeo a la baja o por defecto. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de abril de 1971 (ECLI ES:TS:1971:220) y 4 de febrero de 1972 (ECLI ES:TS:1971:220), y la DGRN en resolución de 19 de octubre 1967, en relación con el artículo 139 de la LSA (en contra, la resolución de la DGRN de 25 de mayo de 1998, que cita aquellas resoluciones), en doctrina que creemos aplicable al menos a los consejos de administración de tres miembros y vigente el nuevo artículo 247.2º de la LSC, como única interpretación posible para descartar la unanimidad.

Por todo ello desestimamos la pretensión de la demandante de declarar la nulidad de los acuerdos del consejo de administración de 31 de diciembre de 2015 por falta de *quorum* de constitución y de los acuerdos de la junta de 12 de febrero de 2016 por un defecto de convocatoria.

TERCERO.- Nulidad del acuerdo sexto del consejo de administración de 31 de diciembre de 2015 según el contenido del acta de la junta acompañado como documento 14.

12. La sentencia contiene el siguiente pronunciamiento: "*se declara la nulidad del acuerdo sexto contenido en el acta del Consejo de administración de la compañía demandada, celebrado en fecha 31 de diciembre de 2015, documento 14 de la demanda, cuyo texto será el obrante en el acta acompañada de documento 12*". En realidad, la sentencia no declara la nulidad de ningún acuerdo, sino que, al haberse redactado dos actas de una misma reunión con un contenido diverso en relación con el acuerdo sexto, la sentencia opta por una de ellas (el documento 12), que le merece mayor crédito, declarando parcialmente la nulidad de la otra (documento 14). Transcribimos a continuación las dos actas controvertidas, que identificaremos como Acta 1 (documento 12) y Acta 2 (documento 14):

-Acta 1 (documento 12):

" *SEXTO.- Determinación de los sueldos del año 2016 y de los Bonus del año 2015.*

Los Consejeros, por unanimidad de los presentes, acuerdan delegar la determinación de los sueldos del personal de la Sociedad en la persona del Presidente del Consejo de Administración, Don Luciano , para importes igual o inferior a 120.000 € brutos anuales de salario fijo y 50.000 € de bonus, para lo que exceda en dichos importes se requerirá el acuerdo del Consejo."

-Acta 2 (documento 14):

" *SEXTO.- Determinación de los sueldos del año 2016 y de los Bonus del año 2015.*

Los Consejeros, por unanimidad de los presentes, acuerdan delegar la determinación de los sueldos del personal de la Sociedad en la persona del Presidente del Consejo de Administración, Don Luciano , para importes igual o inferior a 200.000 € brutos anuales de salario fijo y 200.000 € de bonus. Todo aquello que exceda de dichos importes requerirá acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad."

13. No se discute que el Acta 1 se remitió a la responsable del control interno de la sociedad, María Rosario , el mismo día 31 de diciembre de 2015. El acta lleva la firma del presidente del consejo, Agustín , y del Secretario Alejo . Tampoco se discute que días después dicho documento fue modificado, firmándose por las mismas personas el Acta 2, que finalmente pasó a formar parte del Libro de Actas. La sociedad demandada sostiene que la primera de las actas adolecía de un error de transcripción que fue subsanado tan pronto fue advertido. Por el contrario, la actora estima que el Acta 2 refleja un acuerdo que nunca llegó adoptarse y que se redactó tras conocerse la renuncia al cargo de vocal por parte del Sr. Nazario .

14. Como hemos expuesto, la sentencia, tras valorar la prueba practicada, considera que el Acta 1 responde a los acuerdos efectivamente adoptados, por lo que declara la nulidad del Acta 2. ACTIVO TRADE alega en su recurso errónea valoración de la prueba, insistiendo en que la única acta válida es la incorporada al Libro de Actas, dado que la Acta 1 es errónea, tal y como manifestaron los asistentes a la reunión, cuya declaración ha de prevalecer frente a los indicios puestos en valor por la sentencia.

15. Pues bien, revisado todo el material probatorio y aunque también apreciamos dudas, en este caso de hecho, no podemos compartir las conclusiones de la sentencia de instancia, según las cuales el Acta 2, llevada al Libro de Actas, fue falseada *a posteriori*, reflejando un acuerdo distinto al adoptado. Ciertamente, resulta difícil de explicar el error de transcripción por los motivos que señala la sentencia en su fundamento sexto. En efecto, se amplían significativamente en la segunda de las actas las facultades conferidas al presidente del consejo para fijar salarios y bonus. Y esa ampliación, que se justifica en un error de transcripción en el acta inicial, se lleva a cabo después de haber cesado el tercero de los consejeros, el Sr. Nazario , que está enfrentado a la mayoría y que ha interpuesto una acción social de responsabilidad fundada precisamente en las sumas transferidas a los accionistas como bonus. Además, el Sr. Alejo , que intervino como secretario del consejo en sustitución de Carla , manifestó que el acta, de escasa extensión (apenas dos folios), estaba en su mayor parte preredactada. Cuesta entender, por tal motivo, cómo pudo ocurrir semejante error y qué llevó al Sr. Alejo



a la confusión, dado que en la reunión no se manejaron otras cifras que las referidas a sueldos y bonus. Por último, tampoco resulta fácil de entender por qué se firma el acta errónea, cuando el error se advirtió poco tiempo después de terminada la reunión y por qué se remitió por correo electrónico dicha acta, cuando, según el Sr. Jon , ya se había advertido el error.

16. Ahora bien, frente a esos indicios y contradicciones pesan más la declaración de todos los presentes, que avalan el relato de hechos esgrimido en la contestación, máxime cuando existen otros indicios o circunstancias difícilmente compatibles con la tesis de la falsificación del acta. En efecto, aceptamos, en línea con lo sostenido por la apelada, que el testimonio prestado por la Sra. Carla (secretaria del consejo de administración) en la vista de medidas cautelares, tiene un valor muy relativo, dado que no asistió a la reunión, delegando su función en el Sr. Alejo . Por tanto, se trata de un testigo de referencia, que manifestó que fue informada del error de transcripción a la vuelta de vacaciones (minuto 7). Por el contrario, sí estuvieron presentes y corroboraron en la vista de medidas cautelares que, efectivamente, el acuerdo sexto se corresponde con lo que figura en el Acta 2, Agustín , presidente del consejo, y Jon , accionista y director general, si bien sus testimonios tampoco son concluyentes por su interés en el pleito (forman parte de la mayoría favorable a la validez del acuerdo).

17. En la vista del procedimiento ordinario intervino como testigo Alejo , que actuó como secretario no consejero en la reunión del día 31 de diciembre de 2015 en sustitución de Carla (minuto 1:42), confirmando, a preguntas de la letrado de la parte actora, que la redacción del acuerdo sexto que figura en el Acta 1 fue un error (minuto 10), que fue subsanado, firmando el Acta 2 que le fue remitida escaneada a Argentina, en donde estaba de vacaciones.

18. Ciertamente, en su declaración el Sr. Alejo mostró alguna duda y dijo no recordar alguna de las cuestiones sobre las que fue preguntado. Sin embargo, su declaración, en lo sustancial, coincidió con lo declarado por los Sres. Agustín y Jon . Además, no es controvertido y así resulta del certificado aportado como documento 15 (folio 509), que el Sr. Agustín estaba facultado para disponer y contratar en nombre de la sociedad en operaciones de hasta 100.000 euros. Si estaba facultado, en términos generales, para contratar por ese importe, no se entiende la autorización para fijar salarios por una cantidad inferior (50.000 euros).

19. A todo ello debemos añadir una última consideración. Teniendo en cuenta que el consejo contaba con la mayoría necesaria para reunirse de nuevo y subsanar el error o para ampliar las facultades del presidente para fijar salarios y bonus, no parece lógico el recurso a la falsificación del acta, con las consecuencias de toda índole que pueden derivarse de esa actuación.

Estimamos, por tanto, el recurso y dejamos sin efecto la declaración de nulidad del acta que finalmente se incorporó al Libro de Actas.

CUARTO.- Impugnación del acuerdo tercero de la junta general celebrada el 12 de febrero de 2016

20. La demandante impugna la sentencia y solicita que se declare la nulidad del acuerdo tercero adoptado en la junta general de 12 de febrero de 2016, pretensión que fue rechazada en primera instancia. Dicho acuerdo tiene por objeto la modificación del sistema de convocatoria de la junta general de accionistas y del sistema de remuneración de los miembros del consejo de administración, modificando para ello los artículos 14.1 y 28.1 de los Estatutos Sociales de la sociedad. La nulidad se postula por dos motivos: en primer lugar, por cuanto, al tiempo de la convocatoria, ni el texto íntegro de las modificaciones ni el informe justificativo de las mismas estaban redactados ni estaban disponibles para los accionistas. En segundo lugar, por cuanto el informe sobre las modificaciones estatutarias fue falseado, "predatándolo" y simulando la presencia del consejero Nicolas , que estuvo ausente en la reunión del Consejo de 31 de diciembre de 2015.

21. En cuanto al primero de los motivos de nulidad, la demandante cita como infringidos los artículos 286 y 287 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que dicen lo siguiente:

-Artículo 286. Propuesta de modificación.

Los administradores o en su caso, los socios autores de la propuesta deberán redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las sociedades anónimas, deberán redactar igualmente un informe escrito con justificación de la misma.

-Artículo 287. Convocatoria de la junta general.

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.



22. La actora manifiesta en la demanda que el 22 de enero de 2016 solicitó que le fuera remitido el texto íntegro de las modificaciones estatutarias propuestas y el informe justificativo, reconociendo que le fueron entregados ambos documentos el 5 de febrero de 2016, esto es, con siete días de antelación. Tampoco se cuestiona que el anuncio de convocatoria de la junta general expresaba con claridad los extremos que iban a modificarse y el derecho de todos los socios a examinar el texto íntegro de la modificación propuesta y su informe. La recurrente considera, en todo caso, que no estaban a disposición del accionista al tiempo de la convocatoria, extremo que no acredita de ningún modo. Además, no consta que la Sra. Beatriz intentara examinar el texto de la modificación propuesta y el informe en el domicilio social, tal y como prevé el artículo 287 del TRLSC.

23. En el recurso se hace una confusa alusión a la infracción del derecho de información y del artículo 197 del TRLSC, alegación que no podemos acoger, pues consta el cumplimiento de los requisitos de convocatoria, no se discute la remisión al domicilio de la demandante de la propuesta de modificación y del informe justificativo, y la recurrente no justifica en qué medida la entrega de esos documentos con siete días de antelación perjudicó el derecho de información.

24. La actora también alega afectación del orden público por haberse "pre-datado el informe" y por "haberse simulado la presencia de un consejero ausente". Y ello por cuanto el informe justificativo de la modificación estatutaria expresa que lo suscriben, en el domicilio social y el 31 de julio de 2015, los miembros del consejo de administración, cuando el Sr. Nicolas estuvo ausente en la reunión del consejo (delegó su voto en el presidente). Dicha alegación tampoco puede ser acogida. El informe puede llevar una fecha determinada y ser suscrito por los vocales en esa fecha o en otra distinta. No se alcanza a entender por qué esa circunstancia, que estimamos irrelevante, atenta contra el orden público. Lo relevante es que el informe estaba a disposición de los socios en el domicilio social desde la fecha de la convocatoria, tal y como manifestó la Sra. Carla, y que la demandante no consideró necesario examinarlo en el domicilio social.

Por todo ello, desestimamos la impugnación.

QUINTO.- Costas procesales.

25. Dado que hemos apreciado dudas de hecho y de derecho que alcanzan tanto al recurso como a la impugnación, no se imponen las costas de esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de ACTIVOTRADE VALORES, AGENCIA DE VALORES S.A. y desestimar la impugnación formulada por la representación procesal de Beatriz, contra la sentencia de 20 de julio de 2017, que revocamos. En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por Beatriz, contra ACTIVOTRADE VALORES, AGENCIA DE VALORES S.A., a la que absolvemos libremente. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias y con devolución a la recurrente del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos 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.