



Roj: **SAP M 10759/2009 - ECLI: ES:APM:2009:10759**

Id Cendoj: **28079370282009100170**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/09/2009**

Nº de Recurso: **430/2008**

Nº de Resolución: **219/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00219/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 430/08.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 288/06

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Parte recurrente: DOÑA Catalina

Procurador: Doña Rocío Sampere Meneses.

Letrado: Doña Elena Mazón Heras.

Parte recurrida: "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L."

Procurador: Don Gabriel de Diego Quevedo.

Letrado: Don Juan Ferreiro García.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº H2H1H9H/H0H9

En Madrid, a dieciocho de septiembre de dos mil nueve.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 430/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2008 dictada en el juicio ordinario núm. 288/2006 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid .



Han sido partes en el recurso, como apelante, DOÑA Catalina , siendo apelada la entidad "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L.", ambas representadas y defendidas por los profesionales antes indicados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de doña Catalina contra la entidad "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba: ". se declare NULA Y SIN EFECTOS la Junta General EXTRAORDINARIA de la sociedad celebrada el día 7 de junio de 2006, al no haberse convocado con los requisitos legales, esto es, por el Administrador, y por ser nulo por abusivo, el acuerdo adoptado de retribución del Administrados, ordenando la cancelación de los asientos registrales a los que hubiese habido lugar. Con imposición de costas a la mercantil demandada".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, con fecha 19 de junio de 2008, dictó sentencia por la que se desestimó la demanda absolviendo a la demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra, con

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada. Admitido el recurso por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 17 de septiembre de 2009.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Catalina , en su calidad de socia de la mercantil "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L.", formuló demanda contra la citada sociedad en la que se interesaba la nulidad de la junta general de socios celebrada el día 7 de junio de 2006, en rigor, de los acuerdos adoptados en la misma, al haber sido convocada por quien no ostentaba en la fecha de la convocatoria el cargo de administrador de la sociedad al haber sido anulado su nombramiento en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid y, en todo caso, por entender abusivo y lesivo para la sociedad el acuerdo por el que se fijó la retribución del administrador para el ejercicio 2006 en 216.364,35 euros.

La sentencia de instancia desestima la demanda al haber sido revocada en segunda instancia la sentencia que anuló el nombramiento del administrador, rechazando también el carácter abusivo de la retribución fijada en la junta impugnada.

Contra dicha sentencia se alza la parte actora que insiste en la nulidad de la junta en virtud de los motivos que articula en el escrito de interposición del recurso de apelación y que serán analizados a continuación.

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación resulta necesario tener en cuenta los siguientes hechos que, en esencia, no son discutidos por las partes y aparecen documentalmente acreditados en los autos y que ya tuvo ocasión de examinar este mismo tribunal en su sentencia de 12 de diciembre de 2008 con motivo de la impugnación de la junta de la misma sociedad celebrada el 16 de mayo de 2006:

1) El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en virtud de sentencia dictada el 12 de junio de 2002 en los autos nº 621/2000, acordó, en lo que aquí interesa, el cese de don Ceferino como administrador único de la sociedad "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L.", por incurrir en la prohibición de competencia del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada . Dicha sentencia fue confirmada en este particular por la de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de marzo de 2003 , contra la que se interpuso recurso de casación (documentos nº 9 y 10 de la demanda).

2) En dicho procedimiento se acordó como medida cautelar el cese de don Ceferino como administrador único de la sociedad por auto de fecha 22 de febrero de 2001, medida ejecutada en virtud de providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón el día 1 de diciembre de 2003 (documentos nº 8 y 12 de la demanda)

3) En Junta celebrada el día 27 de julio de 2001 se aprobó la modificación de los estatutos de la entidad "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L.", para autorizar a los administradores de la sociedad a



dedicarse por cuenta propia o ajena, al mismo o análogo o complementario género de actividad de la que constituye su objeto social. Dicho acuerdo fue impugnado siendo desestimada la demanda en este punto por la sentencia de la sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 12 de abril de 2005, recurrida en casación, que revocó la del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid de fecha 14 de enero de 2002, dictada en los autos 538/2001 que había declarado la nulidad del mencionado acuerdo (documentos nº 14 y 15 de la demanda).

4) El día 6 de septiembre de 2004 se celebró junta general de socios de la entidad demandada por la que se nombró, de nuevo, administrador único de la sociedad a don Ceferino y como suplente a don Bernardo. Dicho acuerdo fue impugnado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid que en sentencia de fecha 16 de febrero de 2005 recaída en los autos nº 29/04, acordó la nulidad del acuerdo. Dicha resolución ha sido revocada con posterioridad a la presentación a la demanda (15 de junio de 2006) por la sentencia de la sección 25 bis de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 2006 contra la que se halla pendiente recurso de casación (documento nº 3 de la demanda, 4 de la contestación y 2 de los aportados por la demandante en el acto de audiencia previa).

5) El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en ejecución de las medidas cautelares a las que se ha hecho referencia en el punto segundo, dictó providencia de fecha 26 de octubre de 2005, por la que mantuvo el cese del administrador don Ceferino a pesar de lo acordado en la Junta celebrada el 6 de septiembre de 2004 (documentos nº 3 de la contestación a la demanda).

6) Con fecha 16 de mayo de 2006, don Bernardo, como administrador único de la sociedad, convocó junta general de socios a celebrar el día 7 de junio de 2006, que es la impugnada en este procedimiento, bajo el siguiente orden del día: 1) Retribución del Administrador.

TERCERO.- Desde luego, no pueda atenderse al escueto razonamiento efectuado en la sentencia apelada sobre el rechazo de la defectuosa convocatoria de la junta al haber sido revocada en segunda instancia la sentencia que había decretado la nulidad del acuerdo por el que se nombró administrador a don Bernardo, en tanto que, como es obvio, debe estarse a la situación vigente al tiempo de la convocatoria de la junta.

Precisado lo anterior, en realidad la cuestión litigiosa se limita a determinar los efectos de la sentencia no firme dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid que anuló el acuerdo por el que se designó administrador a don Bernardo, considerando el actor, al parecer, que dicha sentencia tiene naturaleza declarativa y que produce efectos desde el mismo instante en que se dicta aun cuando la misma no sea firme al no ser susceptible de ejecución provisional, estando pendiente de recurso de casación la sentencia de la Audiencia Provincial que revocó la del Juzgado.

La sala no comparte los razonamientos del apelante. La sentencia que anulaba el acuerdo social por el que se nombró administrador a don Bernardo no era firme al tiempo de la convocatoria de junta impugnada, sin que tampoco se encontrase suspendido su nombramiento mediante la oportuna medida cautelar.

Los acuerdos adoptados en junta general son ejecutivos desde la aprobación de acta de la junta y así lo dispone el artículo 54 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para esta clase de sociedades.

Dicha eficacia, en caso de impugnación de acuerdos sociales, sólo queda enervada en virtud de la correspondiente medida cautelar de suspensión del acuerdo social (artículo 727.10ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que la sentencia recaída en primera instancia estimatoria de la impugnación produzca el efecto de suspender la eficacia del acuerdo.

En el supuesto de autos el acuerdo objeto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, el nombramiento de administrador de una sociedad, es de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil (artículo 94.4º del Reglamento del Registro Mercantil) por lo que con independencia de que tal inscripción no tenga carácter constitutivo, la sentencia que anule tal acuerdo es susceptible inscripción en el Registro Mercantil pero sólo puede practicarse en virtud de sentencia firme y así lo dispone no sólo el artículo 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil sino también el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme al cual: "Mientras no sean firmes. sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos". Esto es, dicha clase de resoluciones no son susceptibles de ejecución provisional pero cabe asegurar su eficacia a través de la publicidad derivada de la anotación preventiva de la sentencia, lo que es plenamente coherente con la imposibilidad de despachar ejecución en virtud de sentencias declarativas o constitutivas (artículo 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y estas últimas sólo pueden causar las correspondientes inscripciones o modificaciones en los Registros Públicos cuando son firmes sin necesidad de que se despache ejecución.

En definitiva, los acuerdos impugnados serán eficaces en tanto no se acuerde su suspensión cautelar o adquiera firmeza la sentencia que acuerde su nulidad, en cuyo caso sin necesidad de despachar ejecución,



que está excluida para las sentencias meramente declarativas y constitutivas, pueden practicarse los correspondientes asientos en el Registro Mercantil mediante la certificación de la sentencia y, en su caso, librando el oportuno mandamiento judicial.

En el supuesto de autos el acuerdo por el que se nombró administrador a don Bernardo no había sido anulado por sentencia firme al tiempo de la convocatoria de la junta ni con posterioridad, y como indicamos en nuestra sentencia antes citada de 12 de diciembre 2008 ". tampoco se había acordado la medida cautelar de suspensión del acuerdo social pues como admite la propia demandante desistió de su adopción, siendo jurídicamente irrelevante el motivo de tal decisión, y aunque el Juzgado dictó el auto otorgando la medida de suspensión solicitada ello obedeció a un lamentable error, como también se admite por la parte actora y, en todo caso, no es ejecutivo al no constar la prestación de la caución acordada (artículo 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), si es que no se ha acordado la nulidad de la citada resolución judicial". Así resulta del documento nº 22 acompañado a la demanda origen de estas actuaciones.

Como resulta patente, esta interpretación no viola el artículo 731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , previsto, precisamente, para la situación inversa a la aquí enjuiciada, esto es, para el caso de que se hubiera adoptado una medida cautelar que pierde su sentido cuando el proceso principal ha concluido, esto es finalizado completamente y no sólo en primera instancia, por cualquier causa, al carecer ya de objeto la medida cautelar salvo sentencia condenatoria en cuyo caso sólo se alzan si no se pide la ejecución de la sentencia una vez transcurrido el plazo de 20 días de cumplimiento voluntario previsto en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, por otra parte, no tiene sentido tratándose de sentencias declarativas o constitutivas.

CUARTO.- La parte actora y ahora apelante también impugna la sentencia en cuanto rechazó la nulidad del acuerdo por el que se fijó la retribución del administrador, para el ejercicio 2006, en 216.364,35 euros.

Tanto en la demanda como el recurso, con cierta imprecisión, se alude a que dicho acuerdo es abusivo y perjudicial para la sociedad con cita de los artículos 6.4 y 7 del Código Civil .

A la vista de las alegaciones fácticas efectuadas por la parte actora nada impide examinar si el acuerdo impugnado es lesivo para la sociedad en beneficio del socio y administrador don Bernardo y, en consecuencia, anulable.

La acción de impugnación ejercitada exige acreditar, en primer lugar, que, efectivamente, el acuerdo impugnado es lesivo para el interés social, entendido ya como suma de intereses particulares de los socios (tesis contractualista, que es la seguida por la jurisprudencia, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1986 , 19 de febrero de 2001 , 2 de marzo de 2000 y 29 de noviembre de 2002) ya como el interés de la empresa al margen del de sus socios (tesis institucionalista); en segundo término, la existencia de un beneficio para uno o varios socios o para tercero; y por último, un nexo causal entre la lesión del interés social producido por la adopción del acuerdo y el beneficio experimentado por uno o varios socios o por los terceros.

En el supuesto de autos, la fijación de una retribución a favor del administrador para el ejercicio 2006 por importe de 216.364,35 euros lesiona manifiestamente el interés de la sociedad a la vista de que en dicho ejercicio la cifra de negocios de la entidad fue de 30.284,04 euros (folio 608), por lo que dicha retribución resulta completamente desproporcionada en relación a la actividad y dedicación prestada por el administrador al desempeño del cargo en atención, precisamente, a tan reducida cifra de negocios.

Es más, analizadas las cuentas del citado ejercicio, se comprueba que el patrimonio de la sociedad está integrado esencialmente por terrenos adquiridos sobre los que no se realiza promoción alguna, créditos frente a socios y administradores (3.223.743,79 euros) y una importante inversión en renta fija (3.989.905,42 euros).

La fijación de una retribución tan elevada es perjudicial para los intereses de la sociedad porque produce una injustificada disminución del patrimonio social, beneficiando paralelamente al administrador, que también tiene la condición de socio, el cual percibe una muy elevada retribución, absolutamente desproporcionada con la dedicación al desempeño del cargo requerida por tan exigua actividad social, lo que determina la nulidad del acuerdo impugnado.

El hecho de que en ejercicios anteriores se hubiera fijado una retribución similar no impide analizar la aprobada para el ejercicio 2006 a la vista de las circunstancias concurrentes en dicho ejercicio. Este hecho sólo impide analizar en esta sede los acuerdos por los que se aprobó la retribución del administrador para otros ejercicios sociales y sin que pueda quedar justificada la retribución por actividades realizadas en ejercicios pasados en los que el administrador percibió la correspondiente remuneración.

Por último, que los estatutos sociales establezcan en su artículo 11 que la retribución fija de los administradores será establecida por la Junta en cada uno de los ejercicios no impide apreciar que la aprobada



para determinado ejercicio lesiona, en beneficio del administrador, los intereses de la sociedad (artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas).

La declaración de nulidad del acuerdo impugnado determina la íntegra estimación de la demanda, siendo irrelevante que se declare la nulidad por uno solo de los motivos alegados y sin que proceda ordenar la cancelación de ningún asiento registral al no ser inscribible el acuerdo impugnado.

QUINTO.- En materia de costas, la estimación del recurso de apelación con estimación de la demanda, determina la condena a la parte demandada al pago de las costas ocasionadas en primera instancia de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por otra parte, al estimarse el recurso de apelación formulado por el actor, no procede condenar al pago de las costas originadas por el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Catalina , representada por la Procuradora doña Rocío Sampere Meneses, contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid , en el procedimiento núm. 288/2006 del que este rollo dimana.

2) Revocar dicha resolución y, en su lugar, estimamos la demanda formulada por DOÑA Catalina contra la mercantil "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L.", representada por el Procurador don Gabriel de Diego Quevedo y, en consecuencia, declaramos la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General de socios de la entidad "PROMOCIONES CONTORNO DE VIESQUES, S.L.", celebrada el día 7 de junio de 2006, por el que se aprobó la retribución del administrador para el ejercicio 2006.

3) Imponemos a la parte demandada las costas causadas en primera instancia.

4) No se efectúa expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.