



Roj: **SAP M 2928/2013 - ECLI: ES:APM:2013:2928**

Id Cendoj: **28079370282013100049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **15/02/2013**

Nº de Recurso: **742/2011**

Nº de Resolución: **48/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

MADRID

**SENTENCIA: 00048/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 742/2011

Materia: Sociedades. Impugnación de acuerdos sociales.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 576/2008

SENTENCIA num. 48 /2013

En Madrid, a 15 de febrero de 2013.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Pedro Mª Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 742/2011, los autos del procedimiento ordinario número 576/2008, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual fue promovido por D. Luis Carlos , D. Feliciano , D. Martin , VIRGILI CORREDURÍA DE SEGUROS DE TARRAGONA SL y GABSER.CORREDURÍA DE SEGUROS SL contra ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de impugnación de acuerdos sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D. José María Herrera Rodríguez y el Letrado D. César Villanueva López por ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, como parte apelante, y la Procuradora Dª. Begoña del Arco Herrero y el Letrado D. Antonio Muñoz Perea por D. Luis Carlos , D. Feliciano , D. Martin , VIRGILI CORREDURÍA DE SEGUROS DE TARRAGONA SL y GABSER.CORREDURÍA DE SEGUROS SL contra ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, como parte apelada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 29 de julio de 2008 por la representación de D. Luis Carlos , D. Feliciano , D. Martin , VIRGILI CORREDURÍA DE SEGUROS DE TARRAGONA SL y GABSER.CORREDURÍA DE SEGUROS SL contra ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"1º.- La NULIDAD, y subsidiariamente, la ANULABILIDAD, del Acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria de 19-06-08, relativo a la EXCLUSIÓN del socio D. Luis Carlos , revocándolo y dejándolo sin ningún valor ni efecto.



2º.- La NULIDAD, o subsidiariamente, la ANULABILIDAD, de la Junta General Ordinaria de 19-06-08, y de todos los acuerdos adoptados en la misma, revocándolos y dejándolos sin ningún valor ni efecto.

3º.- La NULIDAD, o subsidiariamente, la ANULABILIDAD, de los acuerdos relativos a los puntos Primero y Segundo del Orden del Día de la Junta G. Ordinaria de 19-06-08, revocándolos y dejándolos sin ningún valor ni efecto.

4º.- Así como la NULIDAD, y, subsidiariamente, la ANULABILIDAD, de todos los Acuerdos Sociales que posteriormente se hayan tomado o puedan ser tomados por la Sociedad demandada y que traigan causa de los Acuerdos declarados nulos o anulables en la presente impugnación, o sean posteriores a éstos.

5º.- La CANCELACION REGISTRAL de los asientos registrales practicados, en su caso, en virtud de cualquiera de los Acuerdos referidos en los números anteriores de éste suplica, y que hayan sido declarados nulos o anulables.

6º.- Y, en todos los casos, con expresa imposición de COSTAS a la Entidad demandada."

SEGUNDO.- Tras seguirse el proceso por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 25 de febrero de 2011 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D. Luis Carlos , D. Feliciano , D. Martin , la mercantil "VIRGILI CORREDURÍA DE SEGUROS DE TARRAGONA, S.L." y la mercantil "GABSER CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L.", DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD del Acuerdo de la Junta General Extraordinaria de socios de la mercantil "ACSEBROKER CORREDURIA DE SEGUROS, S.L." celebrada el diecinueve de junio de dos mil ocho, consistente en la exclusión del socio D. Luis Carlos y, la Nulidad de todos los Acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de la mercantil "ACSEBROKER CORREDURIA DE SEGUROS, S.L." celebrada el diecinueve de junio de dos mil ocho, la cancelación de los asientos registrales practicados así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con esta Sentencia; todo ello con imposición de las costas procesales causados en esta instancia a la parte demandada."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 14 de febrero de 2013.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre los hechos objeto de litigio y los términos del debate sostenido entre las partes.

El litigio lo ha suscitado la celebración, de modo sucesivo, de sendas juntas en fecha 19 de junio de 2008 por parte de los socios de la entidad ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, la primera de ellas con el carácter de extraordinaria (a las 13,00 horas), la cual tuvo como objeto el acuerdo social para la exclusión del socio D. Luis Carlos , y la segunda de carácter ordinario (a las 14,00 horas), para la aprobación de cuentas del ejercicio 2007 y la decisión sobre la aplicación del correspondiente resultado. En ambas los acuerdos propuestos por el órgano de administración fueron aprobados por la mayoría social y el acta de las mismas fue confeccionada, tras la celebración de ambas juntas, por el notario que había sido previamente requerido al efecto por parte del órgano de administración.

La adopción de acuerdos en el sentido indicado motivó la impugnación contra los mismos por parte del referido Sr. Luis Carlos y de otros socios, fundada en el caso de la primera junta, sobre todo, en la no concurrencia de causa de exclusión, ni legal ni estatutaria, respecto de aquél, además de otras razones invocadas adicionalmente; y en el caso de la segunda, en la infracción del derecho de asistencia, información y voto que asistiría al socio Sr. Luis Carlos , ya que no se le dejó participar en ella, sin que fuera ejecutiva su exclusión y siendo asimismo nula esta última decisión, además de considerar que las cuentas aprobadas no reflejarían la imagen fiel de la entidad.

La sentencia dictada en la primera instancia consideró nulo el acuerdo de exclusión porque apreció la juzgadora que no existía causa legal ni estatutaria para la exclusión como socio del Sr. Luis Carlos y decretó la



nulidad de todo lo acordado en la segunda porque se privó al demandante del derecho de asistir a ella cuando todavía no era ejecutivo el acuerdo de exclusión, por no estar cerrada el acta notarial de la primera junta.

Ambos pronunciamientos son combatidos en apelación por ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, que, al margen de considerar un tanto escueta la motivación de la sentencia, lo que no llega a denunciar como infracción procesal, considera, respecto de la impugnación de lo acordado en la primera junta, que hubo una inadecuada valoración de la prueba practicada en el acto del juicio (en concreto del interrogatorio del demandante y de una declaración testifical) y una incorrecta interpretación de los estatutos sociales en relación con el contexto en el que se creó la entidad ACSEBROKER, todo lo cual desvelaría la procedencia del acuerdo de exclusión; y en lo que se refiere a la impugnación de la segunda junta, que se habría incurrido en un evidente error por parte de la juzgadora ya que las actas quedaron cerradas en el mismo momento en el que se dieron por concluidas cada una de las juntas, por lo que podía denegarse al Sr. Luis Carlos la participación en la ulterior. Vamos a analizar cada uno de estos alegatos por separado y con suficiente profundidad en los sucesivos fundamentos de esta resolución.

Significamos que pese a que ya se hayan integrado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las citas legales que efectuaremos todavía vienen referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) y al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que son los cuerpos legales que, con las reformas correspondientes, resultan aplicables para resolver este litigio. No obstante, señalaremos también las correspondencias que en este caso se presentan con el régimen de la Ley de Sociedades de Capital.

SEGUNDO.- Sobre los acuerdos de la junta general extraordinaria celebrada a las 14,00 horas del día 19 de junio de 2008.

La entidad apelante considera que no debió decretarse la nulidad del acuerdo de exclusión del socio Sr. Luis Carlos porque éste habría reconocido al ser interrogado en el acto del juicio una actuación que le haría merecedor de ser excluido de la sociedad, lo que apoyaría también el testimonio del gerente de ACSEBROKER, el Sr. Millán ; a ello adiciona el argumento de que en la sentencia se habrían interpretado incorrectamente tanto los estatutos como el propio pacto social que dio lugar a ACSEBROKER, que respondía a la unión de las carteras de varios corredores de seguros para mejorar las condiciones que obtienen de las aseguradoras.

Para analizar tales argumentos no ha de perderse de vista que una decisión tan drástica como lo es la exclusión de un socio tiene que estar soportada en una causa legal ( artículo 98, párrafo primero, de la LSRL y artículo 350 de la LSC, donde se concretan como tales los casos de incumplimiento de la obligación del socio de realizar prestaciones accesorias o del socio-administrador que infringe la prohibición de competencia o que ha incurrido en responsabilidad, según condena por sentencia firme, ante la sociedad) o en una que haya sido especialmente prevista como tal en los estatutos sociales, siempre que la incorporación de tal previsión a los mismos se haya producido merced al consentimiento de todos los socios ( artículo 98, párrafo segundo, de la LSRL y artículo 351 de la LSC). No puede, por lo tanto, quedar una decisión como esa al libre albedrío de un acuerdo de junta general que no se ciña a la aplicación de dichas causas y que pretenda aducir otras circunstancias, por más que éstas fueran compartidas y estimadas como justificadas por la mayoría social.

En el caso objeto de autos no medió en la convocatoria de la junta, ni se explicitó tampoco durante el desarrollo de la misma, una imputación de hechos concretos al demandante que encajase ni en algunas de las causas legales que hemos expuesto (el Sr. Luis Carlos no era entonces administrador y no se concretó qué prestación accesorias, que habría de estar determinada en los estatutos sociales - art. 22 de la LSRL y artículo 86 de la LSC- habría sido la incumplida), ni tampoco en la adicional previsión estatutaria que se ciñe, según el artículo 11 de los estatutos de ACSEBROKER, a una conducta del siguiente tenor: "podrá ser excluido el socio que sin autorización expresa de la Junta General, realizase actividades comerciales de las comprendidas en el objeto social de esta Sociedad, en provincia distinta de su establecimiento".

La imputación que se realizó al demandante en el seno de la junta fue la siguiente: "por llevar a cabo frente a terceros, en el marco de su colaboración profesional con la sociedad y dentro del ámbito territorial de su exclusiva, actuaciones directamente contrarias a los intereses sociales así como al buen nombre comercial de la Compañía" (así consta en el acta de la junta - folio nº 116 de autos). No resulta preciso efectuar un despliegue argumental particularmente elocuente para que cualquier lector mínimamente imparcial pueda comprender que tal imputación, fuese o no justificada, no resulta subsumible en el tenor del artículo 11 de los estatutos sociales que antes hemos explicitado. El texto estatutario no daría acogida a una causa de exclusión como la esgrimida en la junta.

Es más, en la junta se añadió luego una explicación oral por parte del presidente de la misma del siguiente tenor: " El señor Luis Carlos comunicó entre otras Compañías a Reale Aseguradora mediante carta por escrito



su decisión de traspasar su cartera de ACSEBROKER Correduría de Seguros a su clave directa como persona física (.). Ante tal actitud ACSEBROKER comunicó tanto a Reale como a Luis Carlos la disconformidad por escrito de tal actuación, entendemos que es una actuación de Luis Carlos , de solicitud unilateral, va en contra de los intereses sociales y del buen nombre de la sociedad. Supone un incumplimiento de los pactos, de las prestaciones accesorias asumidas por los socios en la constitución de la sociedad y es una infracción a la prohibición de competencia. El Consejo propone a la Junta conforme a la Ley de Sociedades (.) el acuerdo de expulsión" (así consta, literalmente, en el acta de la junta - folio nº 116, anverso y reverso, de autos). A ello le siguió un debate con intervención del afectado, del presidente y de otros socios, tras lo cual se procedió a la votación. Pues bien, tampoco puede extraerse de tal explicación, ni tan siquiera del debate posterior, la imputación de hechos concretos que pudieran subsumirse en la mencionada causa estatutaria de exclusión. Ya hemos apuntado con anterioridad la improcedencia de aplicar en el presente caso las causas legales, pues el demandado no reunía entonces la condición de administrador, luego está fuera de lugar reprocharle el hacer competencia a la entidad (que, recordemos, se le habría imputado además dentro de su ámbito de exclusiva), ni tampoco existe a este respecto una configuración estatutaria de prestaciones accesorias a cargo de los socios (basta leerse los estatutos sociales, que obran a los folios nº 83 a 96 de autos, para comprobarlo).

Tal falta de imputación de hechos subsumibles en causa legal o estatutaria de exclusión en el momento adecuado para ello no puede suplirse con la realización de interrogatorios, más o menos hábiles, al demandante o a un testigo durante el acto del juicio para tratar de suscitar lo que no hubiese sido oportunamente explicitado ante la junta. Tampoco puede solventarse acudiendo a algo tan etéreo como lo que pudo ser el espíritu subyacente a la constitución de la sociedad, cuando ello ya dio lugar a un pacto social concreto a cuyos términos hay que atenerse para regir la entidad constituida. Lo relevante es si la decisión de la junta, alcanzada mediante acuerdo social, tuvo o no soporte en una causa legal o estatutaria. La respuesta negativa conduce a considerar nulo el acuerdo de exclusión. Por lo tanto el recurso de apelación no puede prosperar en este aspecto.

TERCERO.- Sobre los acuerdos de la junta general ordinaria celebrada a las 14,00 horas del día 19 de junio de 2008.

La entidad apelante, al margen de que argumenta que no le parece muy lógica la conclusión sustentada en la resolución apelada de que el demandante pudiera participar en la segunda junta después de haberse decidido su exclusión de la sociedad, considera que la juzgadora de la primera instancia habría cometido un evidente error en la valoración de la prueba respecto al momento del cierre de las actas notariales, ya que alega que las mismas fueron cerradas a las 14,00 horas, la primera, y a las 14,50, la segunda, al concluir cada una de las respectivas juntas. Al considerarlo así, al inicio de la última el demandante ya no sería, en su opinión, socio de ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL.

El examen de las actas notariales de ambas juntas revela que, a diferencia de lo que sostiene la apelante, las dos se celebraron sin solución de continuidad y el cierre notarial de las correspondientes actas no se produjo, según deducimos de las menciones insertas por el notario a la conclusión de las diligencias, sino con posterioridad a la terminación de las dos juntas, pues ni hubo un lapso temporal intermedio, a tenor de los horarios que constan en las mismas (pues la primera comenzó sobre las 13,00 horas y terminó sobre las 14,00 y la segunda empezó precisamente a las 14.00 y finalizó sobre las 14,50), para obrar de otro modo y consta además en ellas que al tiempo de la celebración el fedatario se limitó a tomar notas que luego le permitieron, aunque no figure en la copia expedida ni la hora ni la fecha en la que así lo hizo, la ulterior extensión de la correspondiente acta por él autorizada en su condición de fedatario público (tal como posibilita el artículo 103 del RRM para efectuar el cierre del acta notarial).

En materia de sociedades de responsabilidad limitada (lo que entendemos generalizado además para las anónimas a partir de la LSC, RDL 1/2010 - arts. 202 y 203 ) la posibilidad de ejecutar un acuerdo social (que no la existencia de éste, pues ésta deriva de la simple exteriorización de la voluntad social en un determinado sentido) exige la previa aprobación del acta de la junta ( artículo 54.3 de la LSRL ) o bien que se haya producido, al no ser precisa en este caso la aprobación, el cierre del acta notarial ( artículo 55.2 de la LSRL ).

En el supuesto objeto de autos se obró, sin embargo, como si ya gozase de fuerza ejecutiva un acuerdo que conforme a ley todavía no la había adquirido (pues lo que sí es seguro es que no se había cerrado el acta notarial de la primera junta al tiempo de celebrarse la segunda). Luego el no permitir al demandante el ejercicio de sus derechos políticos, cuando aún no había alcanzado fuerza ejecutiva el acuerdo de expulsión, entrañó una infracción del derecho de asistencia del socio a la junta general ( artículo 49 de la LSRL y artículo 93.c de la LSC), lo que afectó a la constitución de la misma. No se trata de que cada cual pueda hacer lo que considere más lógico para el funcionamiento de la sociedad (lo que además podría resultar opinable, si no se pierde de vista la nulidad del acuerdo de exclusión), sino de atenerse a lo que establece la ley sobre el momento a partir del cual un acuerdo social puede ser ejecutado. Si el de su exclusión todavía no podía serlo el socio seguía



conservando sus derechos hasta que aquél pudiera ser ejecutado. Por otro lado, el interés del demandante en participar en dicha junta resultaba legítimo, no sólo porque consideraba ilegal el acuerdo de exclusión y aspiraba a permanecer en el seno de la entidad ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL, sino porque, en cualquier caso, la adecuada transparencia de la situación patrimonial y financiera de la sociedad podía ejercer alguna influencia, siquiera refleja, a la hora de una eventual valoración de su participación social; no se debe olvidar que el procedimiento de exclusión del socio, tras el acuerdo social al efecto ( artículo 99 de la LSRL y artículo 352 de la LSC) -al margen del supuesto especial, que no es el caso que aquí nos ocupa, del socio con participación igual o superior al 25 % del capital, que requeriría además resolución judicial firme en caso de disconformidad del afectado-, proseguiría luego, tras su previa valoración (consensuada o por el procedimiento legal - artículo 100 de la LSRL y artículo 353 de la LSC), con el reembolso del valor razonable de sus participaciones sociales o su consignación ( artículo 101 de la LSRL y artículo 356 de la LSC) y la ulterior reducción del capital social (salvo que hubiese mediado autorización de la junta para que la sociedad adquiriese aquéllas , artículo 102 de la LSRL y artículo 358 de la LSC, lo que no era el caso).

Ha sido, por lo tanto, una solución correcta el declarar la nulidad de la totalidad de lo acordado en el seno de la segunda junta en la que se cometió la infracción legal ( artículo 56 de la LSRL en relación con el artículo 115, nº 1 y 2, del TR de la LSA ) de no permitir al todavía socio, como lo era el demandante (que incluso lo sigue siendo al resultar nulo el acuerdo de exclusión), asistir a la junta, impidiéndole con ello no sólo la posibilidad de votar, sino la de participar en la fase de debate y deliberación, y con ello de expresar su opinión con la lógica aspiración de influir en el parecer de otros, como también la de ejercitar en su seno el derecho de información ( artículo 51 de la LSRL ), mediante el planteamiento de preguntas al órgano de administración. La comisión de una infracción legal de las normas que regulan la constitución de la junta vicia de raíz la propia celebración de dicho acto, por lo que ello afecta de forma general a la totalidad de los acuerdos por las circunstancias en que han sido adoptados (defectos extrínsecos).

CUARTO.- Sobre las costas de la segunda instancia.

En materia de costas de la segunda instancia nos atenemos a lo establecido en el nº 1 del artículo 398 de la L.E.C . para los casos de desestimación del recurso de apelación

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de ACSEBROKER, CORREDURÍA DE SEGUROS SL contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el juicio ordinario nº 576/2008. E imponemos a la parte apelante las costas derivadas de la segunda instancia.

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.