



Roj: **SAP M 3964/2013 - ECLI: ES:APM:2013:3964**

Id Cendoj: **28079370282013100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **01/03/2013**

Nº de Recurso: **636/2011**

Nº de Resolución: **66/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00066/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 636/2011

Materia: Sociedades. Impugnación de acuerdos sociales.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 611/2008

SENTENCIA nº 66/13

En Madrid, a 1 de marzo de 2013.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro Mª Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 636/2011, los autos del procedimiento ordinario número 611/2008, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, el cual fue promovido por D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda contra GRUPBAU SA, 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, por un lado, la Procuradora Dª. María José Polo García y el Letrado D. Miguel Ripio Vermenouze por D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda , como parte apelante, y, por otro, la Procuradora Dª Mercedes Caro Bonilla y el Letrado D. Julio Parrilla Quintián por GRUPBAU SA, como parte apelada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 16 de septiembre de 2008 por la representación de D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda contra GRUPBAU SA, 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 la nulidad e invalidez de la Junta General de Grupbau SA de fecha 30 de junio de 2008 o en su lugar declare nulos los siguientes acuerdos adoptados en los siguientes puntos del Orden del día:



1.- Aprobación, si procede, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007, comprensivas de Balance, Cuentas de Pérdidas y Ganancias y Memoria, así como del informe de gestión.

2.- Aplicación del resultado.

10.- Ejercicio de la acción social contra los administradores.

Revocándolos y dejándose sin efecto ni valor con todas las consecuencias adecuadas a su naturaleza y conforme a Ley, incluida en su caso la cancelación en el Registro Mercantil y a tenor del art. 134 determinando la destitución de los administradores, con expresa condena de las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO.- Tras seguirse el proceso por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 1 de Madrid dictó sentencia, con fecha 10 de marzo de 2010 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Gregorio , D^a Yolanda Y D^a Teodora , contra GRUPBAU, S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda 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 28 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.- La demanda emprendida por D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda , esgrimiendo su condición de socios de GRUPBAU S.A. que reunirían el 28,57 % del capital social, pretendía conseguir, según se ha precisado durante el desarrollo del proceso, la nulidad de los siguientes acuerdos sociales adoptados en la junta general de dicha entidad mercantil celebrada el 30 de junio de 2008: a) del punto primero del orden del día, relativo a la aprobación de las cuentas del ejercicio 2007; b) del punto segundo, referente a la propuesta de aplicación del resultado social; c) del punto tercero, atinente a la fijación de retribución para los administradores sociales con relación al ejercicio 2008; y d) del punto décimo, en el que se votó el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores.

La falta de éxito de la demanda en la primera instancia en cualquiera de sus pretensiones ha motivado el recurso de apelación de la parte demandante, que insiste en la defensa de aquéllas con argumentaciones a las que nos iremos refiriendo en el curso de esta resolución.

Significamos que pese a que ya se haya 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"), al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que es el cuerpo legal que, con las reformas correspondientes, resulta aplicable para resolver este litigio.

SEGUNDO.- La primera petición de la parte actora es que se declaren nulos los acuerdos de la junta general de accionistas de 30 de junio de 2008 por concurrir vicios en su convocatoria. Se señala como fundamento de tal imputación que en el orden del día de la misma no figuraba uno de los puntos que, a tenor del artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas , obligatoriamente habría de formar parte del mismo cuando de la celebración de junta general ordinaria se trata, en concreto, el relativo a la censura de la gestión social.

Conviene destacar que análoga problemática a la aquí enjuiciada respecto a la relevancia de la omisión en el orden del día de la censura de la gestión social ya ha sido analizada por este tribunal en sentencias de fecha 16 de diciembre de 2011 y 4 de mayo de 2012 con relación, precisamente, a otras sociedades integradas en el mismo grupo que la aquí demandada. Se trataba en los precedentes supuestos de la impugnación de las juntas generales ordinarias de las entidades "NUMAM, S.A." y "MELDEN, S.A.", celebradas también el día 30 de junio de 2008.

Como es natural, ante problemas idénticos el tribunal proporcionará la misma respuesta y lo hará siguiendo los razonamientos expuestos en nuestras anteriores resoluciones sin más modificaciones que las impuestas por las particularidades del concreto supuesto aquí enjuiciado.



La convocatoria regular constituye un presupuesto para la válida constitución de la junta, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010), y, por ende, para la validez de los acuerdos adoptados en su seno, constituyendo doctrina inveterada que las normas reguladoras de la convocatoria de las juntas generales tienen el carácter de *ius cogens* (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1987, 23 de diciembre de 1997 y 20 de septiembre de 2006, por citar solo algunas correspondientes a diferentes épocas), con una indudable vocación tuteladora del derecho de los socios. En este sentido, el artículo 95.1 de la Ley de Sociedades Anónimas impone que: "La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado".

Como indica doctrina autorizada, la delimitación competencial de la junta ordinaria que se hace en el precepto no tiene un carácter taxativo, pudiendo cualesquiera otras materias distintas de las allí contempladas ser incluidas en el orden del día de una junta ordinaria; pero sí tiene carácter necesario, en el sentido de que la junta convocada como ordinaria ha de tratar obligatoriamente sobre las materias allí señaladas. En línea con todo ello, cabe señalar, por lo que se refiere en concreto a la censura de la gestión social, que la competencia de la junta general ordinaria no es exclusiva, toda vez que a tenor del artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas la separación de los administradores puede ser acordada en cualquier momento, pero sí es necesaria, pues, con independencia de lo anterior, aquella materia ha de ser abordada en la junta que se convoque con tal carácter.

La consecuencia de cuanto se lleva dicho es que en el orden del día de la junta general ordinaria ha de figurar forzosamente la censura de la gestión social. En consecuencia, la omisión de dicho tema en el correspondiente anuncio de la convocatoria, siendo esencial por tratarse de una junta general ordinaria, ha de determinar la nulidad de los demás acuerdos que integran el contenido mínimo de la junta general ordinaria (artículo 97.2 TRLSA: "El anuncio expresará todos los asuntos que han de tratarse").

Básicamente, la argumentación de la sentencia para rechazar las pretensiones de la parte recurrente se construye en torno a la idea de que aunque formalmente el orden del día no incluyera un punto relativo a la censura de la gestión social -y, correlativamente, debemos añadir, no se adoptara un acuerdo expreso al respecto-, dicha materia debería entenderse tratada bajo otros puntos, siendo esto lo verdaderamente trascendente. Sin embargo, dicho planteamiento no es admisible. No sólo porque implica hacer tabla rasa de la disciplina establecida para la convocatoria de las juntas generales de las sociedades anónimas, en los términos ya expuestos, sino también porque la línea que lo inspira, tendente al encuadramiento de la censura de la gestión social en otras materias más o menos próximas, resulta errónea.

No cabe, en efecto, entender subsumida la temática atinente al examen de la gestión de los administradores durante el ejercicio social de referencia (2007) en la discusión y ulterior votación sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que se planteaba a propuesta de un accionista -que interesó oportunamente el complemento de convocatoria-, pues esta tuvo como objeto dos asuntos muy concretos, la solicitud de devolución de unas dietas y la exigencia de justificación de la veracidad de unas compras de materias primas, según se deduce del propio acta notarial de la junta, y no se refería al examen en su conjunto de la gestión social.

Tampoco existe base para entender consumida esta cuestión por la deliberación, discusión y votación sobre las cuentas anuales: el dictado del artículo 95.1 de la Ley de Sociedades Anónimas ("La junta general ordinaria se reunirá para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior.") es suficientemente esclarecedor en cuanto a la distinción existente.

Del mismo modo, ha de establecerse la necesaria separación conceptual entre la censura de la gestión social, corolario de la obligación de los administradores de rendir cuentas de su gestión, y la aprobación del informe de gestión, que no entraña sino la asunción de dicho informe por la junta, resultando legalmente acotado el contenido de aquel en el artículo 202 de la Ley de Sociedades Anónimas, a tenor del cual deberá recoger una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, consistente en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad (incluyendo, en la medida necesaria, los pertinentes indicadores clave de resultados financieros y no financieros respecto de la actividad empresarial, así como referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales), junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta la sociedad, así como información sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquella, las actividades en materia de investigación y desarrollo y las adquisiciones de acciones propias, así como determinada información con respecto al uso de instrumentos financieros por la sociedad, cuando resulte determinante para la valoración de los activos, pasivos, situación financiera y resultados de aquella. Dicho informe puede



constituir, sin duda, un elemento de primer orden a la hora de valorar la emisión del voto dando por buena o, por el contrario, reprobando la gestión de los administradores, pero en modo alguno su aprobación ha de entenderse como formación de juicio sobre la actividad gestora de los administradores.

La parte apelada reprocha el silencio observado por los recurrentes respecto de la omisión del punto que nos ocupa en el anuncio de la junta al solicitar la publicación de un complemento a la convocatoria, la cual dio lugar a la conformación final del orden del día que se abordó en aquella, afirmando que bien pudieron los demandantes solicitar la inclusión del tema cuya omisión luego denuncian como fundamento de su demanda. Hemos de aclarar que el derecho a solicitar un complemento a la convocatoria introducido por la Ley 19/1995, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, mediante la adición a la redacción anterior del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas de los apartados 3 y 4, tiene como finalidad proteger a la minoría societaria, facultándola para completar el orden del día anunciado mediante la inclusión de nuevos puntos en el mismo. De esta forma, el alegato de la parte apelada, en cuanto se pretenda enlazar con una eventual obligación de formular la petición de suplemento a la que alude, se presenta de escaso recorrido.

Tampoco parece que la censura por su silencio que se imputa a los recurrentes pueda encontrar fácil acomodo en la natural exigencia del ejercicio de los derechos de buena fe y la proscripción del abuso del derecho, cuando lo que ocurrió es que el órgano de administración no sometió a junta todo lo que inexcusablemente la ley le exigía que debiera ser llevado ante ella. No resulta admisible que se intente reprochar a los demandantes lo que constituía una inexcusable obligación inherente al ejercicio de un cargo que no era por ellos desempeñado, sin que el responsable del mismo pueda derivar hacia otro lo que sólo le es atribuible a su propia omisión.

Lo anterior nos lleva a estimar el recurso respecto de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2007, la propuesta de aplicación de resultado y del informe de gestión, adoptados en la junta celebrada el 30 de junio de 2008, resultando innecesario entrar a examinar los restantes motivos de impugnación relativos a los citados acuerdos adoptados.

TERCERO.-El vicio de convocatoria que antes hemos apreciado sólo afectaría a lo relacionado con el contenido propio y mínimo de la junta ordinaria, el cual viene definido legalmente en el artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas y se integra por la censura de la gestión social, la aprobación, en su caso, de las cuentas del ejercicio anterior y la decisión sobre la aplicación del resultado. Por lo que el defecto apreciado sólo incumbe a los otros acuerdos que forman parte de ese contenido típico de la junta ordinaria sin que por esta causa pudieran extenderse los efectos de la nulidad a los demás acuerdos adoptados en la junta impugnada. Nos estamos refiriendo al acuerdo relativo a la retribución de los administradores (respecto del que se hace alguna consideración en el escrito de recurso, pero del que luego no se suplica expresamente, suponemos que por un olvido, que se decreta su nulidad) y al que se votó en último lugar y determinó la decisión de no ejercitar la acción social de responsabilidad (punto décimo de orden del día, del cual sí se suplica en esta segunda instancia que sea declarada su nulidad). En ambos casos el reproche frente a los mismos de la parte demandante, y a ello debemos ceñirnos, sería la comisión de un abuso de derecho de la mayoría frente a la minoría. Vamos a referirnos a cada uno de ellos en esos términos.

CUARTO.- Con respecto al acuerdo relativo a la retribución de los administradores, a los efectos de salvar cualquier duda (ya que se alude a él en el cuerpo del escrito de recurso), hemos de decir que su impugnación por "abuso de poder" carece de sustento suficiente. Suscitar un polémica a propósito de la fijación de la cantidad de 126.000 euros anuales a distribuir entre los dos administradores por partes iguales (es decir, 63.000 euros anuales para cada uno) como remuneración para el ejercicio del cargo en una sociedad cuyo importe neto de la cifra de negocios ascendió en el ejercicio 2006 a 10.774.662,12 euros y se elevó en el ejercicio 2007, según las cuentas formuladas, a 12.500.347,28 euros, habiéndose obtenido beneficios en ambos años, exigiría de quien impugna el correspondiente acuerdo social un mayor esfuerzo que el de la mera alegación de su carácter desproporcionado e injustificado, calificativos que en el contexto descrito no parece que pudieran ser apreciados.

Por otro lado, no está de más recordar que los tribunales no están llamados a fiscalizar el acierto económico de las decisiones empresariales ni a dictaminar lo que en cada momento hubiese de resultar más conveniente para la sociedad (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 , 12 de julio de 1983 y 17 de abril de 1997), pues eso supondría inmiscuirse en la soberanía de los órganos sociales e interferir en la autoorganización asociativa, lo que forma parte del derecho fundamental de asociación (artículo 22 de la Constitución), ante el que el poder público debe ser respetuoso.

Además, no es determinante que los administradores de la sociedad demandada perciban también retribución por serlo de otras sociedades del grupo, pues lo que debía acreditar la parte actora es que la remuneración fijada por su condición de administradores en la sociedad demandada resultase desproporcionada o abusiva en atención a la dedicación que exige el desempeño del cargo en esa concreta sociedad, sin perjuicio de que,



en su caso, impugnase la fijada en otras sociedades que en cada caso podría estar o no justificada en función de las circunstancias que concurriesen en cada una de ellas.

Por otro lado, la asignación de retribución a los administradores no tiene que ser necesariamente considerada como un reparto encubierto del resultado social a favor de éstos y una simultánea privación de su participación en aquél a otros socios, como parece entender la parte demandante, pues se trata de conceptos distintos, perfectamente discernibles, pudiendo incluso la incentivación económica a los administradores redundar en el aumento del beneficio repartible a los socios. Como contrapartida, están sujetos a mecanismos de control y fiscalización por los socios de la gestión social y éstos pueden exigirles responsabilidad por las consecuencias de sus actos

QUINTO.- En lo que respecta al acuerdo de no ejercitar la acción social de responsabilidad hemos de recordar que la doctrina del abuso del derecho ha de aplicarse (sentencias de la Sala 1ª del TS de 15 de febrero de 2000 , 1 de febrero de 2006 y 26 de Septiembre de 2012) cuando se rebasen límites de orden moral, teleológico y social, de modo que con una actuación aparentemente correcta se estuviese incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no debería conceder protección alguna. En concreto, la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 21 diciembre 2000 , 16 mayo y 12 julio 2001 , 2 julio 2002 y 28 enero 2005) exige para la apreciación del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) los siguientes elementos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercerlo -ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo), sin que quepa invocar la sanción cuando el exceso pernicioso en el ejercicio del derecho esté garantizado por precepto legal (sentencia del TS de 2 julio 2002 , que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992).

Pues bien, la decisión mayoritaria de no emprender la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales (que está legalmente configurada como un acuerdo social de signo negativo, por ser contrario a la exigencia de aquélla - artículo 134.4 del TRLSA) no puede justificar la aplicación de la doctrina del abuso del derecho que se invoca en el recurso por las siguientes razones: 1ª) porque en esta materia resulta fundamental que se respete la voluntad soberana de la junta, obtenida por mayoría, que ha de apreciar no sólo la concurrencia de los presupuestos legales para el ejercicio de la acción sino también valorar otros aspectos, como la posibilidad de que ésta pueda prosperar en función de múltiples circunstancias (claridad de los hechos, material probatorio disponible, etc), la relación entre el coste de la misma y el posible beneficio obtenible (gastos previsibles, solvencia del futuro demandado, etc) e incluso razones de oportunidad (afectación al prestigio de la entidad, posibles soluciones alternativas al conflicto planteado, mantenimiento de la confianza otorgada al administrador, etc), por lo que salvo que hubiesen concurrido defectos de forma en la adopción del acuerdo resultaría difícil que pudiera éste ser atacado por motivos de fondo; y 2ª) porque además el legislador ya ha previsto la oportuna garantía específica para satisfacer el derecho del minoritario que, como es el caso de los demandantes, alcancen el 5% de representación en el capital social (en este caso superan el 28%), pues pueden ellos ejercitar por sí mismos, de modo subsidiario, la acción en defensa del interés social ante la negativa de la mayoría a hacerlo (artículo 134 del TRLSA). Gozando de tal facultad carece de sentido tratar de atacar una decisión soberana de la junta general de socios que además no puede vetar el ejercicio de la acción por el que clama la parte demandante, sin que las referencias que se efectúan a un pacto de sindicación de votos entre un sector de los socios de la entidad entrañe ningún dato relevante a estos efectos.

SEXTO.- Ya que las cuentas anuales son objeto, tras su aprobación, de depósito en el Registro Mercantil (artículo 218 a 220 del TR de la LSA), causando los correspondientes asientos (artículo 368 del RRM), procede acceder a la petición de que se libere mandamiento a los efectos previstos en el artículo 122 del TR de la LSA .

SÉPTIMO.- En materia de costas, tanto por la estimación parcial del recurso de apelación como, en consecuencia con ello, porque la demanda resulta acogida en parte, la regla aplicable deriva de lo previsto en los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Es por ello que no procede efectuar expresa imposición de las mismas en ninguna de las dos instancias.

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

FALLO

1º) Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda contra la sentencia dictada el día 10 de marzo de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid , en el procedimiento núm. 611/2008 del que este rollo dimana.



2º) Revocamos en parte dicha resolución y, en su lugar, estimamos parcialmente la demanda formulada por D. Gregorio , D. Teodora y D. Yolanda contra la mercantil "GRUPBAU S.A." y, en consecuencia, declaramos la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general de socios de dicha entidad demandada, celebrada el día 30 de junio de 2008, bajo los puntos primero y segundo del orden del día relativos a la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2007, a la propuesta de aplicación de resultado y al informe de gestión; acordamos, en consecuencia, la cancelación de los asientos que hubieren podido causar en el Registro Mercantil los acuerdos que han sido anulados, así como la de los posteriores que resulten contradictorios con esta sentencia, para lo que deberá librarse al efecto el correspondiente mandamiento.

3º) Confirmamos la desestimación de la demanda decidida en la primera instancia en lo referente a las impugnaciones en ella planteadas contra los puntos tercero y décimo del orden del día de la referida junta.

4º) No efectuamos expresa imposición de las costas causadas en primera instancia ni de las originadas con el recurso de apelación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO