



Roj: **SAP M 5937/2013 - ECLI: ES:APM:2013:5937**

Id Cendoj: **28079370282013100094**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **05/04/2013**

Nº de Recurso: **30/2012**

Nº de Resolución: **98/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00098/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 30/12.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 381/2.008.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Parte recurrente: "CEMOBI, S.A."

Procurador: Don Arturo Molina Santiago.

Letrado: Don Javier López Montilla.

Parte recurrida: DOÑA Constanza , DOÑA Eloisa Y DOÑA Evangelina

Procurador: Don Jaime Briones Méndez.

Abogado: Don Juan Cadarso Palau.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 98/2013

En Madrid, a cinco de abril de dos mil trece.

La Sección Vigésimo 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 número de rollo 30/12, interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 dictada en el procedimiento ordinario 381/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid .



Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada "CEMOBI, S.A.", siendo apelada la parte actora DOÑA Constanza , DOÑA Eloisa y DOÑA Evangelina , todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por doña Constanza , doña Eloisa y doña Evangelina contra la mercantil "CEMOBI, S.A." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia para que:

"1- Declare la nulidad y, en consecuencia, anule los siguientes acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de CEMOBI, S.A., celebrada el 29 de abril de 2008,

a) El acuerdo primero, en la parte que modificó el artículo 19 de los estatutos de la sociedad estableciendo que "El cargo de administrador único será retribuido. La retribución consistirá en una cantidad fija mensual de DOCE MIL (12.000,00) euros"

b) El acuerdo tercero, en el inciso en el que se establece lo siguiente: "fijándose la retribución de la Administradora única en la cuantía y forma señalada en el nuevo artículo 19º de los Estatutos Sociales"

2- Se ordene la cancelación de todas las inscripciones que causen o hayan podido causar dichos acuerdos en el Registro Mercantil con todos los demás pronunciamientos que en Derecho procedan.

3.- Se condene a la sociedad demandada al pago de las costas causadas."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2011 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 381/2008, seguidos a instancia del Procurador Don Jaime Briones Méndez en nombre y representación de Doña Constanza , Doña Eloisa Y Doña Evangelina , contra CEMOBI SA, representada por el Procurador Don Arturo Molina Santiago DEBO ANULAR Y ANULO los siguientes acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de CEMOBI SA celebrada el 29 de abril de 2008: el acuerdo primero, en la parte que modificó el artículo 19 de los estatutos de la sociedad estableciendo que "El cargo de administrador único será retribuido. La retribución consistirá en una cantidad fija mensual de 12 mil euros", b) el acuerdo tercero, en el inciso en el que se establece lo siguiente: "fijándose la retribución de la Administradora única en la cuantía y forma señalada en el nuevo artículo 19 de los Estatutos Sociales". En su consecuencia, SE ORDENA la cancelación de todas las inscripciones que causen o hayan podido causar dichos acuerdos en el Registro Mercantil. Se condena a la sociedad demandada al pago de las costas causadas".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte actora. Admitido el recurso de apelación 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, votación y fallo el día 4 de abril de 2013.

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconformes con algunos de los acuerdos adoptados en la junta general extraordinaria de la entidad "CEMOBI, S.A." celebrada el día 29 de abril de 2008, las demandantes, doña Constanza , doña Eloisa y doña Evangelina , accionistas de la mencionada entidad, formularon la oportuna demanda interesando la nulidad de los siguientes acuerdos:

a) el acuerdo primero (en realidad, adoptado bajo el punto cuarto del orden del día, según resulta del acta notarial acompañada a la contestación a la demanda como documento nº 5), en la parte que modificó el artículo 19 de los estatutos de la sociedad estableciendo que: "El cargo de administrador único será retribuido. La retribución consistirá en una cantidad fija mensual de DOCE MIL (12.000,00) euros"; y

b) el acuerdo tercero (en realidad, adoptado también bajo el punto cuarto del orden del día), en el inciso en el que se establece lo siguiente: "fijándose la retribución de la Administradora única en la cuantía y forma señalada en el nuevo artículo 19 de los estatutos sociales".



La acción de impugnación se funda exclusivamente en el carácter anulable de dichos acuerdos por lesionar, en beneficio de doña Andrea , accionista y entonces administradora de la sociedad, los intereses de la sociedad.

La sentencia recaída en primera instancia, tras rechazar la excepción de caducidad alegada por la parte demandada, estima íntegramente la demanda y declara la nulidad de los acuerdos impugnados por incurrir en la causa de anulabilidad invocada en la demanda, en esencia, porque considera que: "el acuerdo adoptado lo que pretendía era establecer bajo la falsa imagen de una retribución del cargo, un mecanismo que permitiera a Doña Andrea disponer de parte del patrimonio social para afrontar sus gastos personales, sin contraprestación alguna por su parte, lo que desde luego debe tacharse de contrario al interés social, máxime cuando, objetivamente hablando, la retribución establecida es de una cuantía elevada, 2 millones de pesetas, 12 mil euros al mes".

Frente a la sentencia se alza la parte demandada que, ya sin insistir en la excepción de caducidad, interesa su revocación reprochando a la sentencia recaída en la instancia precedente una errónea valoración de la prueba por las razones que se exponen en el escrito de interposición del recurso de apelación y que serán analizadas en los siguientes fundamentos de derecho.

La parte demandada se opone al recurso de apelación y solicita su desestimación y la confirmación de la resolución apelada.

A pesar de que el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, se precisa que las citas legales contenidas en la presente resolución vienen referidas a la hoy derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y al también derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO.- El tribunal comparte plenamente la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de la primera instancia lo que, necesariamente, conducirá a la desestimación del recurso de apelación.

Como ya se ha apuntado, la ratio decidendi de la resolución apelada y que determina la estimación de la demanda es que: "el acuerdo adoptado lo que pretendía era establecer bajo la falsa imagen de una retribución del cargo, un mecanismo que permitiera a Doña Andrea disponer de parte del patrimonio social para afrontar sus gastos personales, sin contraprestación alguna por su parte, lo que desde luego debe tacharse de contrario al interés social, máxime cuando, objetivamente hablando, la retribución establecida es de una cuantía elevada, 2 millones de pesetas, 12 mil euros al mes" (énfasis añadido).

El recurrente combate, analizándolos aisladamente, algunos hechos que son los que permiten al juzgador alcanzar la conclusión antes transcrita y que el tribunal comparte, resultando por completo irrelevante, a la vista de la ratio decidendi de la sentencia, si ésta toma o no indebidamente en consideración los datos de las cuentas del ejercicio 2008 cuando el acuerdo se adopta en abril de ese mismo año por lo que los datos económicos a considerar, según el recurrente, eran los suministrados por las cuentas del ejercicio 2007, valorando además erróneamente, siempre según el apelante, el balance de situación a 23 de octubre de 2008 aportado con la contestación a la demanda como documento nº 7 (alegaciones primera y segunda).

La propia secuencia de hechos relacionada en el tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia, completados en lo necesario con los que a continuación se precisarán, evidencian que de lo que se trataba con los acuerdos impugnados era asegurar a doña Andrea la asignación de una importante cantidad económica a cargo de la sociedad sin que, efectivamente, correspondiese al desempeño del cargo de administradora.

A estos efectos deben tenerse en cuenta los siguientes hechos:

1.- La entidad "CEMOBI, S.A." tiene por objeto social la adquisición, tenencia, disfrute, administración y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros, así como la compraventa de solares y terrenos, la construcción, promoción, compra, venta, arrendamiento y explotación de bienes inmuebles (documento nº 10 de la demanda), sin que se discuta que la actividad de la sociedad se reduce a la mera tenencia de inmuebles y a la inversión en valores mobiliarios y otros activos financieros.

2.- Hasta la modificación estatutaria aprobada en la junta celebrada el día 29 de abril de 2008, el desempeño del cargo de administrador era gratuito conforme al artículo 19 de los estatutos sociales (documento nº 10 de la demanda).

3.- En junta celebrada el día 29 de junio de 1995, don Heraclio -esposo de doña Andrea - fue designado administrador único de la sociedad "CEMOBI, S.A." (documento nº 3 unido al documento nº 6 de la contestación a la demanda, inscripción 13ª).



4.- En la junta celebrada el día 5 de noviembre de 2001 se designa administradora única de la sociedad a doña Andrea (documento nº 3 unido al documento nº 6 de la contestación a la demanda, inscripción 18ª) y según se explica con detalle en la propia contestación a la demanda (nota de la página 7) a este cargo había accedido aquella "formalmente" para posibilitar la jubilación del Sr. Heraclio -sin que se haya explicado la razón última de la jubilación- dado que éste "de hecho, se mantuvo al frente de la economía familiar y de CEMOBI, S.A. como siempre había hecho, hasta su fallecimiento", reiterando en las páginas 5, 6, 7,14 y 16 de la contestación a la demanda que don Heraclio era el único que organizaba y administraba la sociedad, admitiéndose expresamente su condición de administrador de hecho en algunos de los pasajes de la referida contestación.

5.- Poco después del fallecimiento de don Heraclio -administrador de hecho de la sociedad- lo que tuvo lugar el día 30 de noviembre de 2005 (documento nº 2 de la contestación a la demanda), se modifica el órgano de administración de la sociedad en virtud de acuerdo adoptado en la junta celebrada el día 18 de mayo de 2006, que pasa a estar constituido por un consejo de administración integrado por doña Andrea , doña Constanza , doña Eloisa , doña Evangelina , don Carlos Miguel y don Miguel Ángel (documento nº 3 unido al documento nº 6 de la contestación a la demanda, inscripción 24ª).

6.- En la junta celebrada el día 29 de abril de 2008, objeto de los presentes autos, entre otros acuerdos, se vuelve a modificar la estructura del órgano de administración pasando a estar regida la sociedad por un administrador único, nombrándose para el cargo a doña Andrea , modificándose simultáneamente el artículo 19 de los estatutos para fijar retribución al administrador en la cuantía de 12.000 euros mensuales, retribución que se aprueba para la recién nombrada administradora única (documento nº 5 de la contestación a la demanda).

7.- Doña Andrea dimitió de su cargo mediante carta de fecha 10 de febrero de 2009 y en la junta celebrada en esa misma fecha día se designó administrador único de la sociedad a don Carlos Miguel que en dicho acto renunció a la retribución que por razón del desempeño del cargo pudiera corresponderle (documento nº 2 aportado por la parte demandante en el acto de la audiencia previa).

8.- En la junta general celebrada el día 29 de junio de 2009 se volvió a modificar el artículo 19 de los estatutos sociales para suprimir la retribución por el ejercicio del cargo de administrador que pasó a ser gratuito (documento nº 4 aportado por la parte demandante en el acto de la audiencia previa).

La secuencia de hechos expuesta unida a que doña Andrea carece de formación en la gestión de sociedades y más específicamente de conocimientos financieros, bursátiles o de inversión, tal y como se explica en la resolución apelada, pone de manifiesto que aquella no desempeñó materialmente el cargo de administradora, buscando, en realidad, los acuerdos declarados nulos -y con ello se contesta a las alegaciones tercera, séptima y octava del recurso, aunque la tercera luego será examinada con más detalle- facilitar a la misma unos ingresos mensuales de 12.000 euros sin que fuera contraprestación al real ejercicio del cargo. A ello no cabe oponer la declaración como testigo de don Miguel Ángel y menos la del representante legal de la demandada, don Carlos Miguel , hijos de la Sra. Andrea y hermanos de las demandantes, que están posicionados a favor de su madre y enfrentados a sus hermanas, como se deduce de la propia contestación de la demanda.

Por lo que acabamos de exponer, es irrelevante si en la sentencia se toman en cuenta los datos económicos de la sociedad al cierre del ejercicio 2008. En todo caso, conviene aclarar que también se examinan los del ejercicio 2007 que ya arrojaron unas pérdidas de 7.867,17 euros y, además, es la propia parte demandada la que en la contestación a la demanda introduce datos económicos posteriores a la fecha de adopción del acuerdo al referirse y aportar como documento nº 7 el balance de situación cerrado a 23 de octubre de 2008, por lo que, por ello, se estima plenamente justificado que el juzgador no atendiera tanto a ese balance de situación como a los datos de las cuentas anuales de dicho ejercicio aportados en trámite de audiencia previa por la parte actora.

Por la misma razón, no es relevante si la retribución fijada representa o no más de un 20% de los ingresos de la sociedad en el año 2008 (alegación sexta). En todo caso, resulta necesario apuntar que lo que compara el juzgador es la reseñada cifra de ingresos en el ejercicio 2008 (692.015,36 euros) con la retribución anual (144.000 euros) que serían las cifras comparables y no con la percibida por la Sra. Andrea mientras desempeñó el cargo retribuido (período que no alcanzó el año). La retribución anual supone exactamente el 20,81% de los ingresos por lo que tampoco es errónea la afirmación efectuada en la sentencia.

Tampoco la resolución apelada aplica analógicamente el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que se refiere a la retribución del administrador de la herencia, sino que cita el precepto a título de mero ejemplo para poner de manifiesto el carácter excesivo de la retribución fijada y sin que pueda compararse la retribución de un administrador social con las comisiones que tienen derecho a percibir las Instituciones de Inversión Colectiva por la gestión profesional del objeto de su actividad que consiste en la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no,



siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos ( artículo 1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva ) y, en todo caso, repetimos una vez más, la remuneración no se corresponde con un efectivo ejercicio del cargo de administrador por parte de la Sra. Andrea .

De igual modo el hecho de que la esposa y los hijos de don Heraclio permitieran a éste, mientras vivió, que administrara de derecho y de hecho la sociedad como si de su patrimonio personal se tratara y distrajera de la caja social las cantidades que consideraba oportunas para sus necesidades personales y familiares, que es lo que se afirma en la contestación a la demanda y en las declaraciones efectuadas en el acto del juicio por don Carlos Miguel como representante legal de la sociedad y por don Miguel Ángel como testigo, no quiere decir que, fallecido el padre y patentizado el enfrentamiento familiar entre, de un lado, la madre y los hijos y, de otro, las hijas aquí demandantes, éstas, accionistas de la sociedad, tengan que tolerar que su madre perciba retribución con cargo a la sociedad cuando no obedece al efectivo ejercicio del cargo y, desde luego, no corresponde al tribunal efectuar juicios morales y menos cuando desconoce el origen de la disputa familiar -lo que, además, carece de relevancia para la resolución del litigio-. Por lo demás, las meras declaraciones de los hijos del Sr. Heraclio tampoco permiten tener por acreditada la conducta que afirman desarrolló su padre mientras gestionó de hecho o de derecho la sociedad que, desde luego, no podría considerarse un ejemplo de diligente gestión societaria confundiendo su patrimonio personal y el social.

TERCERO.- Retomando ahora la tercera de las alegaciones del escrito de interposición del recurso de apelación, el recurrente destaca el trato discriminatorio que, a su juicio, la sentencia dispensa hacia doña Andrea , afirmando que debe ser reprobado tanto moral como jurídicamente apelando a la constitución y hasta diversos protocolos internacionales, todo ello porque considera que se descalifica a la Sra. Andrea por ser mujer, viuda, de setenta años y sin titulación.

Las graves imputaciones que se efectúan a la sentencia recaída en la instancia precedente sólo se justifican por el ejercicio del derecho de defensa pero, desde luego, no pueden ser más infundadas e injustas hacia el juzgador.

En primer lugar conviene aclarar que la sentencia, tras señalar que las cualidades personales del administrador es uno de los factores que han de ser tomados en consideración para valorar si es o no desproporcionada la retribución fijada, lo que se afirma literalmente es que: ". resulta que Doña Andrea es una señora que el periodo objeto del pleito (29-4-08 al 19-2-09) tenía 70 años, viuda del difunto Don Heraclio , quien hasta su fallecimiento en 2005 administró la sociedad CEMOBI, no constando de Doña Andrea posea titulación o cualificación empresarial alguna, ni siquiera que haya realizado un efectivo y real desempeño del cargo de Administradora durante su mandato. pues ya hemos dicho que a Doña Andrea tampoco le consta una especial cualificación, que sin embargo tales personajes han demostrado más que sobradamente" (se refiere al resolución a Lula Da Silva, expresamente citado por el testigo don Miguel Ángel junto con Steve Jobs, Ernest Hemingway y Thomas Alva Edison, entre otros).

Que doña Andrea es una mujer, que tenía 70 años al tiempo de la junta objeto de autos, que estaba casada con don Heraclio -administrador, primero, de derecho y, luego, de hecho, de la entidad demandada hasta su fallecimiento- y que, como consecuencia de la muerte de su esposo, quedó viuda, son hechos plenamente acreditados en las actuaciones. Es más, ni siquiera son discutidos, y tampoco consta que aquélla posea titulación o cualificación empresarial alguna, por lo que no se comprende cómo pueden tacharse de discriminatorias tales afirmaciones.

Una vez más debe recordarse que en la propia contestación a la demanda se afirmaba que tras ser designada formalmente doña Andrea administrador única de la sociedad en el año 2001, era el Sr Heraclio : ". quien, de hecho, se mantuvo al frente de la economía familiar y de CEMOBI, S.A., como siempre había hecho hasta su fallecimiento".

Por lo demás, exactamente a la misma conclusión, respecto a don Heraclio , podría haberse llegado en el supuesto inverso de que hubiera sido la Sra. Andrea la administradora de derecho de la sociedad desde la adquisición de sus acciones y que al alcanzar la edad de jubilación hubiera cesado para nombrar formalmente como administrador a su esposo, de 70 años y sin experiencia empresarial, continuando aquélla, de hecho, al frente no sólo de la sociedad sino, incluso, de la economía familiar, sin que por ello pudiera tacharse la resolución de discriminatoria para el marido viudo. Lo que ocurre es que no se dio esta situación y sí la descrita en la sentencia que no implica trato discriminatorio alguno para doña Andrea .

También se reprocha a la sentencia que el juez efectúa estas afirmaciones como si de un perito se tratara y sin ni siquiera interrogar a la Sra. Andrea .



Desde luego, para efectuar las afirmaciones que se realizan en la sentencia no se exigen especiales conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos sino atender a hechos no discutidos (que la Sra. Andrea es mujer, está viuda, tenía 70 años y que su esposo fue el administrador de derecho o de hecho de la sociedad hasta su fallecimiento) o no acreditados (que posea titulación).

Por último, el recurrente omite que si no se interrogó como testigo a doña Andrea, oportunamente propuesta por la parte demandante, es porque la propia sociedad demandada y ahora apelante aportó un certificado médico en el acto del juicio que ponía de manifiesto determinadas dolencias cardiacas de la testigo que desaconsejaban su presentación en juicio por el estrés cardiovascular que podía producirle.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada.

CUARTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal.

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

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Arturo Molina Santiago en nombre y representación de la mercantil "CEMOBI, S.A." contra la sentencia dictada el día 24 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, en el procedimiento núm. 381/2008 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso

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.