



Roj: **SAP M 17162/2011 - ECLI:ES:APM:2011:17162**

Id Cendoj: **28079370282011100339**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/12/2011**

Nº de Recurso: **134/2011**

Nº de Resolución: **358/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00358/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

Rollo de apelación nº 134/2011

Materia: Impugnación de acuerdos sociales

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario nº 441/08

Parte apelante: PUERTACERRADA, S.L.

Procurador/a: Dª María José Polo García

Letrado/a: D. Miguel Ripoll Vermenouze

Parte apelada: NUMAN, S.A.

Procurador/a: Dª Mercedes Caro Bonilla

Letrado: D. José María Buxeda Maisterra, D. Julio Parrilla Quintián

SENTENCIA Nº 358/2011

En Madrid, a 16 de diciembre de 2011.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 134/2011, los autos del procedimiento nº 441/08, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 15 de septiembre de 2008 por la representación de PUERTACERRADA, 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 al Juzgado que dictase sentencia "que, estimando plenamente la demanda, declare la nulidad de



la Junta por defecto de convocatoria o en su caso declare nulos o anulables los acuerdos adoptados el día 30 de junio de 2008 por la Junta General, relativos a: Primero.- Aprobación, si procede, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007, comprensivas de balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria, así como del informe de gestión: "Aprobar las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007, que comprenden la memoria, balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad, y que firmadas por todos los consejeros se acompañan como anexo al presente acta". "Igualmente se acuerda aprobar el informe de gestión que también se acompaña como anexo"; Segundo.- Aplicación del resultado; "Aplicar el resultado, consistente en pérdidas por importe de CUATRO MILLONES CUATROCIENTAS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON SESENTA CÉNTIMOS (4.474.232,60 euros) a compensar con beneficios de ejercicios posteriores"; Dejando los citados acuerdos sin efecto, con todas las consecuencias adecuadas a su naturaleza y conforme a ley, incluyendo la inscripción de la sentencia y la cancelación de los acuerdos inválidos y los posteriores que resulten contradictorios con dicha sentencia en el Registro Mercantil".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia, con fecha 23 de julio de 2009, cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a María José Polo García, en nombre y representación de la mercantil Puertacerrada S.L., debo absolver y absuelvo a la también mercantil NUMAN, S.A., de la totalidad de los pedimentos contra ella formulada, con expresa condena en costas a la mercantil actora".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación, que tramitado en legal forma, con oposición de la contraria, ha dado lugar al presente rollo. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 15 de diciembre de 2011.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito iniciador del procedimiento PUERTACERRADA, S.L. (en lo sucesivo, "PUERTACERRADA") interesaba que se declarase nula la junta general de NUMAN, S.A. (en adelante, "NUMAN") celebrada el 30 de junio de 2008 "o en su caso" se declarasen nulos los acuerdos adoptados en relación con los puntos 1º y 2º del orden del día, consistentes, respectivamente, en la aprobación de las cuentas y el informe de gestión correspondientes al ejercicio 2007 y en aplicar el resultado del ejercicio, consistente en pérdidas por importe de 4.474.232,60 euros, "a compensar con beneficios de ejercicios posteriores". El juzgador de la anterior instancia no apreció fundamento en ninguno de los motivos de nulidad aducidos por la parte actora, por lo que desestimó la demanda. Disconforme con tal decisión, la sociedad demandante se alza contra ella en apelación, reproduciendo esencialmente en esta instancia los pedimentos y argumentos en abono de los mismos formulados en la anterior, que, en la medida que resulte procedente, serán objeto de estudio en los apartados que siguen.

SEGUNDO.- La primera petición de PUERTACERRADA es que se declare nula 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 convocatoria no figuraba uno de los puntos que, a tenor del artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (corpus al que, por razones de vigencia temporal, habrá que estar en la resolución de la presente controversia; en lo sucesivo "TRLSA") obligatoriamente ha de formar parte del mismo cuando de la celebración de junta general ordinaria, como es el caso, se trata, en concreto, el atinente a la censura de la gestión social.

Antes de entrar en el examen de la procedencia de los pedimentos de la recurrente con apoyo en el motivo indicado, entendemos conveniente efectuar ciertas precisiones en relación con el alcance que debe darse a tales pedimentos.

Como tenemos señalado (entre otras, sentencias de 1 de diciembre de 2008, 11 de septiembre de 2009, 4 de marzo y 1 de abril de 2011), el TRLSA no preveía la posibilidad de impugnar, como tal, una junta general. Si se examinan los preceptos que allí disciplinaban las acciones impugnatorias, concretamente los artículos 115 y siguientes, lo que se regulaba en ellos era la impugnación de "acuerdos de las juntas" (la situación no ha variado con ocasión del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en el que se habla de impugnación "de acuerdos sociales"). Ciertamente, en supuestos de vicios en la convocatoria, constitución o celebración de la junta, no era infrecuente en la práctica forense que se hablase de nulidad "de la junta general". En el propio TRLSA, tras la modificación operada por la Ley 19/2005,



de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, se pasa a hablar, en el artículo 97.4 , de "nulidad de la junta", con ocasión de la falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado. Sin embargo, en puridad, lo que era nulo o anulable, lo que la ley preveía que podía impugnarse, no era la junta, sino los acuerdos adoptados en la junta convocada, constituida o celebrada sin observar las exigencias legales o estatutarias. Sobre esta base, debemos entender que la recurrente, al pedir que se declare nula la junta de NUMAR celebrada el 30 de junio de 2008, lo que está solicitando es que se declaren nulos todos los acuerdos adoptados en el seno de la misma, por la omisión que denuncia en el orden del día publicado en la convocatoria.

TERCERO.- Por lo que se refiere al motivo de impugnación en sí, coincidimos con PUERTACERRADA en las críticas que efectúa a la sentencia dictada en la anterior instancia.

La convocatoria regular constituye un presupuesto para la válida constitución de la junta, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 TRLSA (STS 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 (SSTS 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 TRLSA 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 TRLSA 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. Corolario 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 aquella (artículo 97.2 TRLSA : "El anuncio expresará. todos los asuntos que han de tratarse") y, por tanto, la de los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria celebrada en base a dicha convocatoria.

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 debe entenderse tratada bajo otros puntos, siendo esto lo verdaderamente trascendente. Sin embargo, dicho planteamiento no es admisible. No solo 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 plantea a propuesta de PUERTACERRADA (de esta proviene el complemento de convocatoria que lleva a incluir el punto en el orden del día) contra uno de los miembros del consejo de administración de NUMAN, en concreto su presidente, D. Jose Augusto , a consecuencia de las iniciativas unilateralmente adoptadas por este último sin conocimiento de los restantes miembros del consejo de administración, en relación con la compra de ciertos terrenos por NUMAN a INVERSIONES RENFISA, S.L. y NUADA, S.L. y sus ulteriores actuaciones en relación con la misma, que no se extienden más allá del mes de agosto de 2005 (extremos todos estos que resultan de la nota aportada en la junta por el representante de PUERTACERRADA, que se incorporó al acta, figurando al folio 45 de las actuaciones).

Tampoco existe base para entender consumida esta cuestión por la deliberación, discusión y votación sobre las cuentas anuales: el dictado del artículo 95.1 TRLSA ("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 TRLSA , 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 (detallada en el apartado 4) 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.

Alude también el juez de la primera instancia al silencio observado por la recurrente 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 pudo entonces PUERTACERRADA solicitar la inclusión del tema cuya omisión luego denuncia como fundamento de su demanda. 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 TRLSA 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 razonamiento del juez a quo, 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 que se efectúa del silencio de la recurrente pueda encontrar fácil acomodo en la natural exigencia del ejercicio de los derechos de buena fe y la proscripción del abuso del derecho.

Lo anterior nos lleva a estimar el recurso y a declarar nulos los acuerdos adoptados en la junta general de NUMAN celebrada el 30 de junio de 2008, resultando innecesario entrar a examinar los restantes motivos de impugnación relativos a los acuerdos adoptados sobre los puntos primero y segundo del orden del día.

CUARTO.- La estimación del recurso, que comporta la estimación de la demanda en su día promovida, acarrea las siguientes consecuencias en materia de costas: (i) las de la primera instancia han de ser impuestas a la parte demandada, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; (ii) no procede hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las ocasionadas por el recurso, de conformidad con el artículo 398 del citado cuerpo legal .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, la Sala acuerda el siguiente

FALLO

1.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por PUERTACERRADA, S.L. contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en los autos 441/08, de los que este rollo dimana.

2.- Revocamos los pronunciamientos contenidos en la citada sentencia, acordando en su lugar:

2.1.- Estimar la demanda promovida por PUERTACERRADA, S.L. contra NUMAN, S.A. y, en consecuencia, declarar nulos los acuerdos adoptados en la junta general de esta última entidad celebrada el día 30 de junio de 2008.

2.2.- Condenar al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia a NUMAN, S.A.

3- No procede hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas por el recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, la 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.