



Roj: **SAP BI 1/2012 - ECLI:ES:APBI:2012:1**

Id Cendoj: **48020370042012100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **20/01/2012**

Nº de Recurso: **318/2011**

Nº de Resolución: **22/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS REYES CASTRESANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Bilbao, núm. 1, 26-01-2011,**
SAP BI 1/2012,
STS 5407/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 4ª/4.

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - CP./PK: 48001

Tel. 94-4016665

Fax/Faxa: 94-4016992

NIG/IZO: 48.04.2-10/018623

R. apela.merca. L2 / 318/2011

O Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Jdo de lo Mercantil nº 1 (Bilbao) / Merkataritzako Ep zk. 1 (Bilbao)

Autos de Procedimiento ordinario 411/2010 (e)ko autoak

Recurrente/ Errekurtsogilea: RESIDENCIAL MONTE CARMELO S.A

Procurador/a/Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

Abogado/a/Abokatua: ILEGIBLE.....

Recurrido/a/Errekurrilua: IBERDROLA SA.

Procurador/a Prokuradorea: GERMAN APALATEGUI CARASA

Abogado/a/ Abolatua: ARANZAZU ESTEFANÍA LARRAÑAGA.

SENTENCIA N° 22/2012

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA

D. D JOSÉ ÁNGEL ODRIUZOLA FERNÁNDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a veinte de enero de dos mil doce.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, constituida por los Sres que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 411/2010, seguidos en



el Jdo de lo Mercantil nº 1 (Bilbao) BILBAO (BIZKAIA) a instancia de RESIDENCIAL MONTE CARMELO SA. apelante - demandante, representada por el Procurador Sr. GERMÁN ORS SIMÓN y defendido por los Letrados Sr. JOSÉ ANTONIO CAINZOS FERNÁNDEZ, Sr. JAVIER GARCÍA DE ENTERRIA Y LORENZO-VELAZQUEZ y Sr. ANTONIO BENITEZ-DONOSO TARASCÓN contra IBERDROLA SA. apelada - demandada, representada por el Procurador Sr. GERMÁN APALATEGUI CARASA y defendida por los Letrados Sres. ARANZAZU ESTEFANIA LARRAÑAGA y Sr. JESÚS RAMÓN PEÑALVER; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 26 de enero de 2011 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 26 de enero de 2011 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por RESIDENCIAL MONTE CARMELO, SA. contra IBERDROLA SA., referida en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas procesales son impuestas a la demandante."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 318/11 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Iltrma. Sra. Magistrada D^a REYES CASTRESANA GARCÍA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por Residencial Monte Carmelo SA (RMC), -titular del 6,87% del capital social de Iberdrola SA y sociedad participada íntegramente por ACS que ostentaba a la fecha de la celebración de la junta general de accionistas el 12% del capital social- sobre impugnación de los acuerdos sociales decimocuarto y decimoquinto adoptados, fuera del orden del día y a propuesta del consejo de administración, por la junta general ordinaria de accionistas de Iberdrola SA, celebrada el día 26 de marzo de 2.010, en los que se acordó destituir a los consejeros (titular y suplente, D. Luis Enrique y la propia RMC) designados por RMC mediante el sistema de representación proporcional y reducir a catorce el número de vocales del consejo de administración de Iberdrola, con el voto favorable del 81,52% de los accionistas de Iberdrola, solicitando la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales impugnados por violación del derecho de representación proporcional del art. 137 en relación con el art. 132.2 de la hoy derogada Ley de Sociedades Anónimas y otras causas adicionales de nulidad relativas a la violación del deber de información de RMC y a que el cese del consejero designado por RMC provino del propio consejo de administración de Iberdrola y se produjo antes de que hubiese aceptado el cargo.

El Magistrado de lo mercantil efectúa una valoración de la prueba practicada en estos autos, (principalmente, los dictámenes periciales aportados por los litigantes: la demandante RMC acompaña seis informes periciales: dos emitidos por el Departamento de Forensic Deloitte SA "docs nº 63 y 88 de la demanda", tres por la firma Forest Partners Forensic, Restructuring & Transaction Advísoy "doc nº 67, 73 y 89 de la demanda" y otro emitido por Huerta & Solana "doc nº 68 de la demanda"; la demandada Iberdrola aporta siete informes periciales: dos emitidos por Nera Economic Consulting "doc nº 31 y 33 de la contestación", cuatro emitidos por Price WaterhouseCoopers "documentos 9, 32, 38 y 45 de la contestación" y uno por D. Bruno "doc nº 52 de la contestación") en lo relativo a las actividades concurrentes de ambos grupos empresariales en los distintos sectores estudiados así como la intensidad o magnitud de estas actividades coincidentes. Llega a la conclusión de que existe un conflicto de competencia directo, estructural y permanente entre los Grupos ACS e Iberdrola en energías renovables y en ingeniería industrial porque concurren con distintas cuotas de mercado y en los mismos ámbitos geográficos, existiendo una competencia significativa atendiendo a los datos de facturación, inversiones programadas y de porcentaje de valor dentro del valor total de los grupos empresariales. También considera que existe riesgo de competencia potencial en otra áreas de negocio como el coche eléctrico, servicios de ahorro energético e intereses en sus relaciones cliente/proveedor.



Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de apelación por la demandante Residencial Monte Carmelo SA en base a las líneas generales de unas invocadas infracciones procesales, a una errónea valoración de la prueba y a una indebida aplicación del derecho y de la jurisprudencia, que pasamos a desarrollar y considerar a continuación de forma detallada.

A) DE LAS INFRACCIONES PROCESALES:

SEGUNDO.- Planteamiento de este motivo de impugnación:

La apelante RMC denuncia que la destitución de los consejeros por ella designados se basó en los resúmenes ejecutivos de dos informes económicos elaborados a instancias de Iberdrola, por Nera Economic Consultáns "folios 247 y ss de autos> y PreciWaterhouseCoopers "folio 251 y ss de autos>, a los que tuvo acceso en la propia Junta y que se aportan al acta notarial levantada "doc nº 3 de la demanda a los folios 148 y ss de autos>, los cuales afirman la existencia de un conflicto estructural y de competencia directo y permanente entre el accionista único de Residencial Monte Carmelo SA (esto es, ACS Actividades de Construcción y Servicios SA) e Iberdrola y su Grupo en los sectores de energías renovables e ingeniería, así como en áreas estratégicas para el Grupo Iberdrola, tales como el desarrollo de coche eléctrico e infraestructuras de servicios eléctricos asociados, las actividades conexas al ahorro energético, así como las específicas de la operativa de centrales de generación con ciclos combinados "según se refleja en su página 161 del acta notarial, al folio 232 de autos>. Sin embargo, la demandada Iberdrola ha defendido la validez de los acuerdos impugnados sobre la base de nuevos argumentos que nunca fueron mencionados y que equivalen a ofrecer un fundamento distinto o alternativo al que fue empleado en la junta general. Se dice que al cambiar tales argumentos se están modificando los hechos discutidos, los motivos que fueron invocados para adoptar los acuerdos impugnados y su verdadera justificación objetiva, colocando a la parte demandante-apelante en clara situación de indefensión.

La apelante concreta dicha modificación en que mientras que en los resúmenes ejecutivos la relación de competencia entre los grupos ACS e Iberdrola está fundada en conceptos y categorías ordinarios de las normas de competencia, como los relativos a facturación o volúmenes de negocios en determinados mercados de productos o geográficos "apartados 28 al 31 del resumen ejecutivo del informe económico de Nera de 24-2-10, doc nº 3ª los folios 249v y 250 de autos y doc nº 50 al folio 533 y ss de autos, y en igual sentido resumen del análisis informe pericial de PwC de febrero de 2010, a los folios 252 y y 253 y doc nº 50 al folio 533 y ss>, en la contestación a la demanda y en los informes periciales que se aportan la relación de competencia se funda en criterios ad hoc complemente distintos (carácter estratégico de las actividades, contribución a la creación de valor para el accionista, compromiso de las empresas con su desarrollo, valoraciones de analistas, inversiones, intensidad y dinámica competitiva y generación de valor para los accionistas), destacando la importancia de las "inversiones o la deuda neta" como elementos determinantes para valorar la competencia real o potencial Así en el informe pericial de Nera de fecha 12 de julio de 2.010 en sus apartados 11 y 12 se refieren a que la inversión refleja mejor la entidad de la competencia "doc nº 31 de la contestación a los folios 1.946 y 1.947 del Tomo VI>, en el informe de PWC de 1 de julio de 2.010 se emplean como parámetros esenciales el porcentaje de las inversiones comprometidas, la estrategia y posición pública reconocida por ACS e Iberdrola y sus negocios y la evaluación que hacen los mercados de dichas actividades, a través de la visión de los analistas e inversores "doc nº 9 de la contestación a los folios 1.344 del Tomo V>, y, en dictamen de D. Bruno se consideran los proveedores como amenaza competitiva "doc nº 34 de la contestación al folio 3.145 del Tomo IX>. Adicionalmente manifiesta que mientras que los resúmenes ejecutivos de Nera y PWC aportados a la junta general se centran en el mercado español, en los nuevos informes periciales "docs nº 31 y 9 de la contestación> se presta mayor atención a los mercados geográficos como Méjico, Brasil, Estados Unidos, Inglaterra o Portugal.

Por todo ello, la apelante RMC considera que la demandada Iberdrola ha modificado y alterado el objeto de la litis, por lo que las alegaciones e informes que excedan de los motivos y argumentos utilizados en el propio acuerdo decimocuarto y de los empleados en la junta general para justificar la aprobación de éste, debieron ser rechazados.

Desestimación de este motivo de impugnación:

No hay modificación alguna del objeto de la litis por Iberdrola.

I.- Esta Sala tiene por acreditado que:

1.- En la junta general se puso a disposición de RMC las conclusiones de los informes económicos y jurídicos relacionados con el conflicto de competencia, que lo son el "Análisis de la competencia entre Iberdrola y ACS" de 24-2-10 de Nera Economic Consulting y "Análisis de los conflictos entre Iberdrola y ACS" de febrero de 2.010 "doc nº 50 de la demanda, al folio 535 de autos del Tomo II>



2.- El primer acuerdo impugnado declara que existe un conflicto estructural y de competencia directo y permanente entre el accionista único de Residencial Monte Carmelo SA. (esto es, ACS Actividades de Construcción y Servicios SA) e Iberdrola y su Grupo en los sectores de energías renovables e ingeniería, así como en áreas estratégicas para el Grupo Iberdrola, tales como el desarrollo de coche eléctrico e infraestructuras de servicios eléctricos asociados, las actividades conexas al ahorro energético, así como las específicas de la operativa de centrales de generación con ciclos combinados, y, en consecuencia, destituye al amparo del art. 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas al consejero designado por Residencial Monte Carmelo SA mediante el sistema de representación proporcional previsto en el art. 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como a los suplentes que haya designado, al hacerse extensivo el citado conflicto estructural y de competencia directo y permanente "doc nº 3 de la demanda en la página 161 del acta notarial, al folios 231 v y ss de autos". El segundo acuerdo social impugnado acuerda reducir a catorce el número de miembros del consejo de administración de Iberdrola.

3.- En la demanda se interesa la nulidad de los acuerdos adoptados anteriormente por vulneración del art. 137 en relación con el art. 132 de la antigua LSA, al sostener que no se da el presupuesto legal exigido para el cese del consejero designado por RMC, en base a la inexistencia de un conflicto estructural y de competencia directo y permanente entre ambos grupos empresariales, añadiendo otros motivos de impugnación secundarios.

4.- Iberdrola se opuso a la demanda defendiendo la existencia del repetido conflicto de competencia y alegando los perjuicios que se habrían derivado para el interés social de Iberdrola de no haberse acordado el cese del consejero propuesto por RMC.

5.- En la audiencia previa quedó fijado el único hecho controvertido de esta litis, que lo es la existencia o no del conflicto de intereses y, a mayor abundamiento, la entidad de esa situación de conflicto, por lo que la discusión radica en la existencia de un conflicto estructural y de competencia directo y permanente entre el Grupo del que es sociedad dominante ACS, accionista único de RMC, y el Grupo del que es sociedad dominante Iberdrola en los sectores de energía renovables e ingeniería, así como en áreas estratégicas para el Grupo Iberdrola.

II.- La modificación del objeto litigioso tal como queda planteado en la demanda y contestación está proscrita en los arts. 399, 400 y 412 de la LECn. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de diciembre de 1.999 dice: "Los puntos de hecho y de derecho que configuran los problemas litigiosos habrán de hacerse constar en la fase de alegaciones (SS 16 de junio de 1.976 y 7 de julio de 1.986), pues con posterioridad a la misma no cabe alterar los términos del debate con la introducción de cuestiones nuevas, tal y como exigen diversas reglas procesales: -principios dispositivo (S 8 de febrero de 1.994); de rogación (SS 18 de mayo y 20 de septiembre de 1.996, 11 de junio de 1.997), que es una faceta o aspecto procesal del dispositivo (SS 25 de marzo y 14 de noviembre de 1.994); de contradicción (SS 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991); de igualdad de partes (SS 15 de diciembre de 1.984 y 6 de marzo de 1.990); de defensa, que veda la indefensión (SS 6 de marzo de 1.990 y 25 de diciembre de 1.991); preclusión (SS 30 de enero de 1.989, 6 de marzo 1990 y 19 de diciembre de 1.993), lite pendente nihil innovetur (SS 26 de enero y 20 de octubre de 1.998); pendente appellatione nihil innovetur (SS 21 de abril de 1.992 y 9 de junio de 1.997); iudex iudicare debet secundum allegata et probatartium (SS 19 de octubre de 1.981 y 28 de abril de 1.990); y prohibición de la mutatio libelli (SS 25 de noviembre de 1.991 y 26 de diciembre de 1.997)". Tal y como apuntó la STC 28-9-1992 la introducción de hechos o causas posteriores a la fase expositiva supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y, por ende, al de defensa de la contraparte.

III.- No se ha cometido infracción procesal porque el objeto de esta litis quedó precisado en fase de alegaciones (demanda y contestación), en la impugnación de los acuerdos sociales de destitución de los consejos designados por RMC y la reducción a catorce del número de vocales del consejo de administración, por la causa de un conflicto estructural y de competencia directo y permanente entre ACS y Iberdrola en los sectores de energía renovables e ingeniería así como áreas estratégicas del Grupo Iberdrola.

La vinculación es a la misma causa que fundamenta la destitución, esto es, la existencia de conflicto de intereses y la competencia. La demandada Iberdrola no ha variado las razones para fundamentar los acuerdos impugnados, es decir, la causa de la destitución del consejero (conflicto de intereses estructural y de competencia directo y permanente).

Puntualizar, con respecto a los indicadores económicos a considerar para valorar la competencia y conflicto de intereses, que Iberdrola no ha prescindido de los criterios de facturación e ingresos y valor de mercado, sino que hace hincapié en otros parámetros para valorar este conflicto (inversiones o deuda neta, el carácter estratégico de dichos sectores o su valor para el accionistas...)

Es más, los criterios o parámetros económicos utilizados en los informes periciales aportados por Iberdrola en su contestación a la demanda "informe de Nera Economic Consulting aportado como doc nº 31 y el de



PriceWaterhouseCoopers aportado como doc n° 9> aparecían ya mencionados en los resúmenes ejecutivos que facilitó a la junta general de accionistas.

En concreto, en el resumen ejecutivo de PwC se refiere no solo a su facturación, señalando que solo facturación de renovables e ingeniería suponen el 41% y casi un tercio del valor de la compañía ACS "folio 253 de autos>, sino también alude a estrategias futuras, a capacidad en proyecto en construcción y desarrollo o negocio de futuro en referencia a las inversiones "doc n° 3 a los folios 254v a 256 y doc n° 50 en su pg, 8 a 11, folios 533 y ss de autos>. Igualmente en dicho resumen ejecutivo de PwC se apuntan los parámetros de carácter estratégico de las actividades, constitución a la creación del valor para el accionista, compromiso de empresas con su desarrollo, valoraciones de analistas e inversores, intensidad y dinámica competitiva, y predominan las referencias a los mercados internacionales en los que ACS y Iberdrola operan.

En igual sentido, el resumen ejecutivo de Nera se menciona una referencia a la inversión en renovables y en ingeniería y construcción para terceros ajenos a Iberdrola "doc, n° 50 de la demanda al punto n° 7>

TERCERO.- Planteamiento de este motivo:

Como segunda infracción procesal alega la apelante RMC la no admisión en el acto de la audiencia previa celebrada el 7 de octubre de 2.010 de dictámenes económicos contradictorios a los aportados por la demandada Iberdrola respecto de cuestiones nuevas, de conformidad con el art. 338 de la LECn, quedando sin posibilidad de contradecir por escrito y de forma detallada los criterios y argumentos que Iberdrola utiliza en defensa de los acuerdos impugnados, causándole indefensión proscrita en el art. 24 de la CE. Explica que los Peritos de RMC se habían ceñido a rebatir los datos y argumentos que fueron empleados en la junta general de Iberdrola para justificar la destitución de los consejeros propuestas por RMC, sin que haya podido rebatir los nuevos y diferentes argumentos esgrimidos para defender los acuerdos impugnados (inversiones o nuevos criterios ad hoc invocados), cuando la sentencia de instancia da especial importancia para valorar la relación de competencia al dato de "las inversiones", que no pudo ser contradicho por prueba pericial correspondiente de la demandante. Insiste en que se le ha causado indefensión al negarle aportar informes periciales contradictorios de los aportados por Iberdrola, máxime cuando ésta acompañó con su contestación dictamen pericial de Nera sobre "Réplica a Huerta&Solana y Forest Partners" "doc n° 33>, y por PwC "Sobre análisis de los argumentos expuestos por Huerta&Solana y Forest Partners en sus informes sobre actividades de la presunta competencia entre los Grupos ACS e Iberdrola "doc n° 32 > y " Sobre análisis de los criterios del informe de Forest Partners sobre actividades en competencia con Iberdrola de otros accionistas y/o consejeros" "doc n° 38>

En esta misma línea invoca la apelante la desigualdad de armas procesales e indefensión en el hecho de que el Magistrado de lo mercantil nítidamente la "prueba de los perjuicios", que se produce por la entrada del competidor en el consejo de administración de Iberdrola, en el informe del Prof. Bruno, cuando a la demandante RMC no se le permitió presentar un informe contradictorio o interrogar a dicho Perito a fondo, puesto que solo se le permitió formular tres preguntas o aclaraciones.

Rechazo de este motivo de apelación:

I.- Señalar que en esta segunda instancia se dictó Auto de fecha 15 de abril de 2.011 inadmitiendo la prueba propuesta y denegada en la primera instancia (prueba pericial a elaborar por Forest Partner Estrada y Asociados SLP para determinar si la relación de competencia ente los grupos ACS e Iberdrola se pueden definir en función de parámetros como "inversiones comprometidas" o "deuda neta" así como en función de las declaraciones públicas de los gestores, las valoraciones de los analistas o factores como la intensidad competitiva, y, en su caso, analizar si existe un conflicto de competencia estructural y permanente en función de los citados indicadores), confirmado por Auto de fecha 7 de junio de 2.011, que se denegó la reposición de RMC, donde quedó juzgada la cuestión en el sentido de que "Añadamos que, en el caso de autos, existen seis informes periciales aportados por la demandante apelante, tres de ellos emitidos por la firma Forest Partners Forensic, y otros siete informes periciales emitidos a instancias de la demandada-apelada, los cuales abordan el tema de si existe o no conflicto de competencia entre la sociedad dominante ACS Actividades de Construcciones y Servicios SA, accionista único de la apelante Residencial Monte Carmelo SA y el Grupo del que es sociedad dominante Iberdrola SA. No se comprende qué indefensión se ha causado a la apelante cuando pretende que se practique lo que llama una nueva prueba pericial a los efectos de valorar los criterios a su vez utilizados en los dictámenes periciales de la demandada Iberdrola SA, o, lo que es lo mismo, a los efectos de revisar las variables apropiadas para medir la intensidad del conflicto de competencia, máxime cuando los Peritos de Forest Partners Forensic contestaron y dieron las explicaciones que se les formularon en la celebración del juicio en torno a los criterios y magnitudes para medir el conflicto de competencia de los informes periciales aportados por Iberdrola SA. Por ello, también se pone en evidencia la escasa utilidad o relevancia de dicha prueba pericial atendiendo al material probatorio desarrollado en autos, donde se han



emitido trece informes periciales, que han sido objeto de valoración por el Magistrado de lo Mercantil en su sentencia, que es objeto del presente recurso de apelación"

II.- Siendo correcta la inadmisión de la prueba pericial solicitada en primera instancia y por lo tanto no admitida su práctica en segunda instancia al ser correcta la anterior inadmisión, no cabe hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el que se incardina el derecho a la utilización de medios de prueba. Como señala el Auto del TS de 3 octubre 2006 ha de observarse que el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24-1 de la Constitución Española, pero que dicho derecho al uso de los medios de prueba pertinentes no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar su pertinencia y sus consecuencias para la solución de la cuestión planteada (STS 30-7-99). El Tribunal Constitucional ha ido configurando a través de numerosas resoluciones, de las que son exponentes, entre otras, las nº 100/98, 185/98 y 37/2000, un cuerpo de doctrina sobre el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, que se sitúa dentro del más amplio derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y que es ejercitable en cualquier tipo de procesos y, consiguientemente, en los procedimientos civiles también -e inseparable del derecho mismo de defensa-, destacando su naturaleza como derecho de configuración legal, cuyo alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. No comprende, por tanto, un hipotético derecho a una actividad probatoria ilimitada. Como consecuencia de ello, en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales, cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

III.- Tampoco se acoge que se le haya causado indefensión a la apelante RMC poíno haber podido presentar un informe pericial contradictorio al del Profesor Bruno "folio 3.131 y ss de autos al Tomo IX> relativo a los perjuicios que se derivarían de la introducción de un consejero designado por ACS en Iberdrola y por una alegada imposibilidad de interrogar ampliamente a dicho Perito en el acto del juicio.

La no presentación de prueba pericial a que alude la parte apelante se debe a su propia omisión o inactividad, al no considerar necesario la aportación de dictamen pericial al respecto. No aportó junto con la demanda ni propuesto prueba pericial en tales términos en la audiencia previa.

Por otro lado está reconocido que la parte apelante pudo interrogar al Perito profesor Bruno en el acto del juicio ordinario en los términos previstos en el art. 347 de la LECn . En ambos casos no ha sido peticionada su prueba en esta segunda instancia por la parte apelante.

Por ello este motivo de recurso tropieza de forma insalvable con la exigencia del art. 459 LEC , de forma que para esgrimir en apelación la infracción de normas o garantías procesales debe acreditarse que denunció oportunamente la infracción, lo que no es el caso.

B) DE LA ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA EN TORNO AL CONFLICTO ENTRE ACS E IBERDROLA:

CUARTO.- Enunciado y desarrollo de este motivo de apelación basado en consideraciones genéricas:

1.- La apelante RMC alega que el Magistrado de lo mercantil no ha considerado datos decisivos para valorar la prueba y descartar la existencia de cualquier relación de competencia entre ACS e Iberdrola: (1) Guarda silencio sobre todos los hechos anteriores a la junta general de 26 de marzo de 2.010 cuya estrategia desplegada era impedir por cualquier medio la designación de consejero por ACS, (2) Ignora los hechos relativos al anuncio de la convocatoria y al desarrollo de la propia junta general (negación del turno de réplica al representante de ACS e intervenciones interesadas de accionistas), (3) Omite hechos notorios e indiscutidos cuando favorecen a ACS, como la venta por parte de ACS de todo su negocio de energías renovables, comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 25 de noviembre de 2.010, con posterioridad a la junta general de Iberdrola, que pone de manifiesto que el sector de las energías renovables no es una actividad estratégica para ACS y que las inversiones tampoco indican nada sobre estrategia o prioridades competitivas de una empresa.

2.- La sentencia recurrida también hace caso omiso a "actos propios de Iberdrola" que ofrecen las pautas de interpretación de lo que ha entendido por conflictos de competencia y que pueden resolverse mediante el simple deber de abstención del administrador afectado, señalando los casos de (1) D. Bartolomé , Presidente el Grupo Empresarial Ence SA que fue dispensado de la obligación de no competencia en el año 2008 hasta su dimisión en la junta general de 26 de marzo de 2.010, (2) Banjaca, cuyo consejero se ha abstenido en los temas de gas debido a su participación en Enagas SA, (3) BBK, que tiene participación significativa en la sociedad Ingeteam que es una empresa de ingeniería industrial que construye plantas de llave en mano. Tampoco considera que Iberdrola tiene consejeros en las empresas de Gamesa y Ghesa, a pesar de realizar ciertas actividades en competencia con Iberdrola, puesto que Gamesa se dedica a la promoción y explotación de



parques eólicos además de su actividad principal de aerogeneradores y Ghesa a la ingeniería industrial en competencia directa con Iberdrola.

3.- Por otro lado la apelante RMC alega que la sentencia apelada favorece a Iberdrola, anunciando ya los motivos de impugnación que contiene su recurso de apelación, puesto que: (1) Se basa en datos no reconocidos como ciertos por la apelante y basados en simples conjeturas o especulaciones (competencia potencial en el coche eléctrico o en servicios de ahorro energético); (2) Niega importancia a los casos de competencia real con Iberdrola por parte de accionistas representados en su órgano de administración (BBK, Bancaja, Unicaja y el Sr. Bartolomé); (3) Magnifica la relevancia de competencia en supuestos en que es residual o inexistente, ignorando cifras o datos económicos objetivos que constan en sus informes periciales, frente a intuiciones o datos inconcretos y genéricos como las declaraciones de administradores; (4) Va más allá de las declaraciones de los Peritos de Iberdrola, porque, pese a reconocer que el sector de las energías renovables es un mercado de generación único en el que no existe competencia -al estar primada la energía generada es íntegramente absorbida por el sistema- por lo que la competencia lo es de la "actividad de promoción y construcción de los parques eólicos", el Magistrado de lo mercantil alude equivocadamente a la competencia en "la venta de la energía generada"; (5) Atribuye valor decisivo para acreditar los supuestos perjuicios a Iberdrola por la presencia de un consejero de RMC al dictamen pericial de D. Bruno , que critica porque se basa en juicios de intenciones y de opiniones subjetivas, frente a los autores del informe pericial! Huerta y Solana, Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional de Competencia; (6) No se atribuye relevancia a los reguladores del sector eléctrico y de las autoridades de defensa de la competencia en los casos de ACS/Unión Fenosa o Acciona/Endesa o otros casos de "competencia" equivalentes.

Finalmente alude a la existencia de contradicciones entre (1) los dictámenes periciales de Nera y PwC aportados por Iberdrola (en la competencia eólica off- shore, del coche eléctrico, centrales de ciclo combinado, relación cliente-proveedor, mercado de Brasil, mercado de generación eléctrica...), (2) de los dictámenes periciales con la posición de Iberdrola (irrelevancia de los parámetros de facturación o cuota de mercado y del dato de relación cliente-proveedor; en vez de competencia en la "producción de energía" o "competencia dentro del mercado" se pone el acento en la "competencia por el mercado" o por la búsqueda de emplazamientos para instalar parques eólicos y en la promoción y construcción de éstos; el mercado de ingeniería industrial de los proyectos de llave en mano es realizada por la filial Iberinco; y utilizan los datos de "Servicios Industriales y Energía" del Grupo ACS que es uno de los cuatro segmentos de negocios de éste y que comprende actividades ajenas), y (3) contradicciones entre los informes de un mismo Perito y sus declaraciones (los resúmenes ejecutivos de Nera y PWC aportados a la junta se basan en datos de facturación e ingresos mientras que los aportados a estos autos en inversiones, deuda neta e intensidad competitiva; tras acreditar ACS que la inversión no es un dato relevante para la competencia porque no significa vocación de desarrollo ni de permanencia, los peritos de Iberdrola reconocen que en el sector de la ingeniería industrial la inversión no es un dato relevante; y no es correcto que ACS resulte adjudicataria de 3.000 mw en los parques eólicos off-shore de Reino Unido a través de Hochtief AG)

Oposición de este motivo de apelación:

Iberdrola afirma la correcta valoración de la prueba que de forma conjunta se realiza por el Magistrado de lo mercantil así como la inexistencia de las supuestas contradicciones que destaca RMC. Se reitera en la conclusión de la existencia de una situación estructural y permanente de competencia directa entre el Grupo ACS y el Grupo Iberdrola y no meramente de un riesgo de coincidencia esporádica en operaciones singulares.

Defiende los informes periciales aportados a instancias de Iberdrola, que han sido elaborados en función "al interés social" que persigue el derecho de sociedades frente a los criterios y técnicas del derecho a la competencia, para a continuación efectuar sus apreciaciones en torno a la prueba practicada por los Peritos de Iberdrola en los distintos sectores que se examinarán en el siguiente fundamento de derecho.

Además manifiesta la irrelevancia de la alegación de pretendidas situaciones similares en el consejo de administración de Iberdrola. Argumenta que la pretendida concurrencia de situaciones equiparables ha sido desmentida por la prueba pericial practicada, porque no se puede equiparar la situación de la compañía industrial ACS a la participación marginal indirecta y no estratégica de las cajas de ahorro (Bancaja y Unicaja) y a la inicial situación de empresa Ence que explotaba un negocio energético para autoconsumo. En todo caso, reafirma su irrelevancia porque la valoración de la situación de conflicto corresponde a la Junta, siempre con el límite del abuso del derecho y el interés social.

Valoraciones de esta Sala:

I.- Este Tribunal no considera en absoluto relevantes para la resolución de este pleito los hechos ocurridos antes ni después de la celebración de la junta de accionistas en que se adoptaron los acuerdos sociales hoy impugnados, puesto que, además de no reputarse acreditados por falta de prueba objetiva algunos de ellos,



como la venta de energía renovables, lo cierto es que nada inciden en la causa de pedir, entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamenta la pretensión.

Precisamos que todos los hechos anteriores que ACS imputa a Iberdrola para impedir su entrada en el consejo de administración no fueron objeto de revisión judicial a instancias de ACS, por lo que las conclusiones alcanzadas a partir de los mismos constituyen opiniones de parte.

Reiteramos, como mantiene Iberdrola, que no se ha justificado ninguna venta del negocio de renovables de ACS en estos autos, y que las declaraciones de los Peritos de PwC se encaminan a que ACS no ponía a la venta su negocio de renovables, sino que se trataba de una rotación de activos coherente con las recomendaciones de los analistas y con otras operaciones el Grupo ACS.

II.- Se confirma la argumentación expuesta por el Magistrado de lo mercantil sobre que la presencia en el consejo de administración de Iberdrola de otros consejeros con intereses en empresas que ejercen actividades idénticas a las de Iberdrola no justifica la nulidad de los acuerdos impugnados.

En primer lugar, porque estamos ante situación fácticas distintas que exigen la correcta ponderación de las circunstancias concurrentes, sin que las especificadas de BBK, Bancaja, Unicaja, Ence Gamesa y Gesa sean idénticas a las que mantiene los grupos empresariales ACS y Iberdrola.

En segundo término, ningún accionista ha propuesto la destitución de los consejeros de dichas entidades al amparo de la regla establecida en el art. 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas . La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de octubre de 2.007 , que contempló un caso opuesto al aquí examinado en que la junta de accionistas defiende y permite la compatibilidad de un administrador de otra sociedad con objeto social análogo, dice: "De ahí que sea difícil hablar en abstracto de una relación de efectiva competencia o de intereses contrapuestas, máxime si la junta, órgano social soberano, aprueba la existencia de esa compatibilidad... Por ello el acuerdo social de ratificación en el cargo de administrador y el rechazo de la propuesta de cese por incompatibilidad en su cargo debe ser mantenido..." En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2.005 también recoge que "... la Ley confía a la junta su apreciación, que deberá apreciar la existencia o no del conflicto de intereses... tiene un límite: la junta vendrá obligada a acordar el cese o separación si constata que la persona normada tiene, mantiene o es portadora de intereses opuestos a la sociedad (tales administradores, dice el precepto "cesaran en su cargo... ")

III.- En relación con la valoración de la prueba, tiene declarado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que no está sujeto el Juzgado de instancia a ninguna regla en cuanto a la valoración de la prueba, realizada en una valoración conjunta siempre y cuando su proceso deductivo no colisione de una manera clara y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando, de este modo, la sana crítica, o que sus conclusiones, examinada la resultancia probatoria, sean opuesta a las máximas de la experiencia, ilógicas, absurdas o irracionales, o cuando haya dejado de considerarse, como prueba objetiva, alguna que las contradiga. La valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraía a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores, no pudiendo pretender la parte sustituir la apreciación probatoria del Juzgador por la suya propia, por ser función que corresponde única y exclusivamente a aquél y no a la parte. Por otra parte, en la apelación el Tribunal de la segunda instancia puede verificar si en la valoración conjunta del material probatorio el Juzgador de instancia ha incurrido en error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, o de forma ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la conjunta apreciación de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, permitiendo el recurso de apelación conocer íntegramente la cuestión resuelta en primera instancia, pudiendo no sólo revocar, adicionar o suplir las sentencias de instancia, sino también dictar el pronunciamiento que proceda respecto las cuestiones debatidas.

IV,- Además de todo ello, en concreto, en relación con la valoración de la prueba pericial, tiene declarado reiterada jurisprudencia que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener como prevalentes, en principio, aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes. La prueba pericial es de libre apreciación por el Juez, y no existen reglas de valoración tasadas de este tipo de prueba, lo que implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente con claridad, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas consistirá en hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso, que aparezcan convenientemente constatados, no pudiéndose vulnerar la sana crítica, con conclusiones ilógicas



o disparatadas, o estableciendo conceptos fácticos distintos de los que se han querido llevar a los autos, o provocando alteraciones que impliquen cambios en la causa petendi.

El artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, siendo reiterada la jurisprudencia que declara que dicha prueba es apreciable discrecionalmente pudiendo el juzgador prescindir de su resultado (SsTS de 31-3-92 , 4-6-92 , 4-11-92 , 30-12-92 , 26-1-93 , 4-5-93 , 2-11-93 y 7-11-94 , entre otras), pero del mismo modo es constante la jurisprudencia que declara que la valoración atribuida en la instancia se ha de respetar, salvo que fuese desproporcionada, absurda o se manifieste irracional (SsTS de 1-12-90 , 23-4-91 , 22-5-91 , 10-3-94 , 14-10-94 , 7-11-94 , 13-11-95 , 25-3-02 , entre otras).

V.- Luego se debe de respetar la valoración probática realizada por el Magistrado de lo mercantil salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente presente modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Y no se advierte por este Tribunal que la valoración de la prueba haya sido arbitraria, ilógica o manifiestamente infundada.

El Magistrado de lo mercantil reproduce los indicadores o datos económicos que considera relevantes para resolver la presente cuestión litigiosa sobre competencia y oposición de intereses, sin que la parte apelante haya mostrado su disconformidad con los parámetros numéricos. Incluso llega a reconocer que los indicadores económicos ofrecidos tanto por los Peritos de ACS como por los del Iberdrola no han sido puestos en cuestión, pero que la diferencia radica en que los Peritos de ACS enfocan hacia unos datos y minimizan el conflicto, calificándolo de residual, mientras que los Analistas contratados por Iberdrola, con una visión mas completa, terminan calificándola de estructural y permanente, en áreas estratégicas para ambos grupos, en los sectores de energías renovables y en ingeniería industrial, existiendo riesgo de concurrencia competencial en otros áreas de negocio (coche eléctrico, servicios de ahorro energético) e intereses opuestos en sus relaciones clientes/proveedores.

La conclusión de la sentencia recurrida tiene como fundamento una apreciación realizada en el plano jurídico de los diversos elementos probatorios existentes, en la que se toman en consideración aquellos que el Magistrado de lo mercantil considera más relevantes para la ponderación. Esto no significa omitir de manera arbitraria aquellos otros elementos que, en consonancia implícita con su argumentación, puede estimarse que, ajuicio del juzgador, carecen de trascendencia para la conclusión obtenida.

La actora-apelante debería de haber demostrado que el Magistrado de lo mercantil incurrió en un manifiesto error en la valoración de la prueba de los datos e indicadores económicos de los dictámenes, lo que no ha realizado RMC, porque se ha limitado a fragmentar extractos de declaraciones o alegaciones de los Peritos de Iberdrola para restarles credibilidad y desenfocar el debate, intentando atribuir mayor fiabilidad a los Analistas de RMC que también ha sido recogidos en la sentencia apelada.

Las contradicciones que la parte recurrente considera que existen en la sentencia de instancia son producto de una concepción disconforme con el razonamiento y con las conclusiones que en aquella se exponen sobre la valoración de la prueba, pero no demuestran que el razonamiento sea arbitrario o confuso, pues es producto de un análisis detallado de la prueba.

Cuestión distinta son las conclusiones alcanzadas finalmente atendiendo al material probatorio desplegado en autos, es decir, si existe o no competencia en los sectores económicos examinados, y en caso de respuesta afirmativa si esta es accesoria o residual, como pretende defender RMC, o directa, estructural y permanente, como se afirma por el Magistrado de lo mercantil en consonancia con Iberdrola.

QUINTO.- Exposición del motivo de errónea valoración de la prueba en los distintos sectores examinados:

1.- En el sector de energía renovables:

La apelante RMC defiende que en la realidad fáctica del sector de energía renovables no existe ninguna competencia económica mínima significativa entre los Grupos ACS e Iberdrola, ni, mucho menos, competencia que pueda merecer seriamente la calificación de estructural y permanente.

A tales efectos invoca que ambas tienen dos modelos de negocios distintos. ACS es una empresa dedicada a la construcción, a las concesiones, medio ambiente y a los servicios industriales, que comprende la instalación y mantenimiento de redes e instalaciones especiales como redes de alta tensión, así como la construcción de los activos de generación de energía (plantas de generación fotovoltaica y parques eólicos) para venderlos, como dice que ha ocurrido durante la tramitación de este procedimiento. Iberdrola es empresa eléctrica dedicada a



la producción, transportes, transformación y distribución o comercialización de energía eléctrica o derivados de la electricidad, que también construye los activos con la finalidad de explotarlos y dedicarse a su actividad de generación y venta de energía.

Destaca los datos de generación de energía entre Iberdrola y ACS, que considera definitivos a los efectos pretendidos, que lo son, respectivamente: facturación, el 90% (22.900 millones de euros sobre 25.000) / el 1% (150 millones de euros frente a 15.000); los MW instalados, 44.000 MW / 1.200 MW; la presencia de sectores, eléctrico y gas / solo eléctricos; la calificación para la CNE, operador principal y dominante en eléctrico y gas / no operador principal ni dominante; en presencia de mercados, operador vertical que opera en generación, distribución y comercialización / solo generación a través de fuentes renovables; mix de generación, nuclear, hidráulico, térmico, eólico y termosolar / solamente eólico y termosolar; y cuota de mercado en España, el 24% / el 1%.

Insiste en el cuadro de "comparación del modelo de negocio de ACS e Iberdrola del negocio energético según la información de las cuentas consolidadas de 2008" que obra al informe pericial de Forest Partners "pg. 43 del doc nº 67 de la demanda al tomo III, folio 613 de autos" donde aparece que el mercado eléctrico de Iberdrola es del 19,7 % mientras el mercado eléctrico de ACS es del 0,16%.

En el caso de la energía eólica on-shore la competencia entre ACS e Iberdrola lo es en la promoción y construcción de los parques, coincidiendo en la competencia del sector de ingeniería, sin que compitan en la generación de la electricidad; y en la energía eólica off-shore, no existe la más leve competencia porque no se ha acreditado la concurrencia, ya que la construcción de la planta en Reino Unido lo es de Hochtief, empresa participada por ACS, sin que se vaya a encargar de la generación de energía. En la energía termosolar se tratan de tecnologías en desarrollo y generosamente primadas, lo que supone no entrar en la competencia que hipotéticamente pudiera existir.

Concluye alegando que no hay posibilidad alguna de alegar siquiera una pretendida competencia entre ambas compañías en el sector eléctrico, siendo que la competencia en el sector de energías renovables se reduciría a la competencia por el mercado o la promoción y construcción de parques eólicos y termosolares.

Oposición a este motivo del recurso:

La parte apelada en el sector de las energías renovables defiende un doble nivel de rivalidad, competencia "por el mercado" (promoción y desarrollo de parques renovables) y de competencia "en el mercado" (generación de energía eléctrica). Ambos tipos de competencia han sido valorados por los Peritos de Iberdrola, que basan sus estudios en los indicadores económicos relevantes. En concreto, realiza una amplia revisión del informe de PwC que estudia las actividades concurrentes entre ambos grupos atendiendo a los distintos indicadores económicos "doc nº 9 de la contestación a la demanda al Tomo V a los folios 1.336 y ss de autos"

Facturación: La facturación de ACS en "Servicios Industriales y Energía" en los años 2004 y 2009 ha sido de 3.491 y 6.862 millones de euros de pg. 39 del informe al folio 1.376 de autos> y para Iberdrola en renovables 332 y 2.009 millones de euros y en ingeniería en 333 y 1.441 millones de euros "pg 50 al folio 1386 de autos">

Inversiones: Considera que es uno de los factores más apropiados sin que sea un criterio ad hoc ni etéreo, porque los datos e inversiones son reales y señalan la actividad competitiva a largo plazo. A tales efectos destaca lo reflejado en los cuadros de inversiones comprometidas por ambos grupos "pg. 45 y 53 del dictamen y folios 1.382 y 1.389 de autos", de los que resultan que las inversiones no corporativas netas en los años 2004-09 de ACS en "Servicios Industriales y Energía" fueron del 62% mientras que Iberdrola dedicó una media anual del 44% de sus inversiones netas.

Megavatios: Se tiene en cuenta la potencia de los megavatios que los grupos desarrolla en diferentes países y sus distintas fases (promoción, construcción y operación) y los distintos ámbitos geográficos (España USA y México), "pg. 11 para la potencia eólica y en la pg 14 para la potencia termosolar "folios 1348 y 1,351 de autos", leyendo que los totales en España de Iberdrola en potencia eólica es de 7.674 MW y en termosolar 653 MW y de ACS es de 2.295 MW y de 600 MW, además de señalar los valores en USA y México.

Porcentaje de valor de las compañías: Consiste en precisar cuánto valen para el accionista las áreas de conflicto en relación con el valor total de la compañía. El dictamen de PwC cifra la valoración de los negocios de renovables e ingeniería en torno al 31% del valor de la empresa de ACS "pg. 47 del dictamen al folio 1.384 de autos" mientras que la valoración del negocio de renovable de Iberdrola es del 32% "pg. 54 de su informe al folio 1.390 de autos">

Declaraciones públicas y posicionamiento estratégico: Se da importancia a los compromisos públicos de los administradores de la compañía frente a los mercados y a sus accionistas. Destaca el discurso del Presidente



D. Conrado en la junta general de ACS el 15 de abril de 2.010 "nuestra vocación por el sector energético es permanente e indiscutible" "folios 1.357 a 1.362 y 1.378 a 1.380 de autos>.

Notoriedad del conflicto: Se Señalan los medios de comunicación que ponen de manifiesto la notoriedad el conflicto "revista The Economist de 28 de mayo de 2.009 pg, 7 del informe de Bruno > y convocatoria al Ministro de Industria a ACS para reunión de empresa eléctricas de energías renovables "doc n° 36 y 37 de la contestación>

2.- En el sector de ingeniería industrial:

La apelante ACS reconoce que es la única actividad que podría existir competencia entre ACS e Iberdrola en el ámbito de la actividad de proyecto ETC o de construcción "llave en mano" de instalaciones eléctricas, actividad que Iberdrola desarrolla a través de su filiar Iberinco. Pero sostiene que se ha atribuido una relevancia mayor ya que se han recogido cifras relativas a la división de "Energías y Servicios Industriales" de ACS que es una de sus cuatro líneas de negocio de ACS y que comprende actividades distintas de los proyectos EPC y ajenas a las realizadas por Iberdrola. Así como que Iberdrola a pesar de que se califica la ingeniería industrial como una actividad estratégica, en sus cuentas anuales no se da información separada de esta actividad, sino que la misma figura como "negocios no energéticos" que incluyen "las actividades inmobiliarias realizadas en España, la ingeniería y el resto de las actividades ajenas a la energía".

Alega que se ha demostrado que el conjunto de la actividad de ingeniería industrial o de proyectos EPC realizada por ACS en los años 2007 a 2009 es del 12,87% del conjunto de ventas del grupo ACS de pg. 20 del informe Deloitte al documento n° 63 de la demanda, al folio 561 de autos>, mientras que el conjunto de "sectores no energéticos" de Iberdrola en 2.009 fue menos del 5% "pg 119 del doc n° 67 de Forest Partners al folio 690 de autos>. Ahora bien, en términos prácticos todavía es menor la actividad de ambas empresas en competencia al excluir los proyectos EPC que realizan para sí mismas, de los realizados por otros operadores eléctricos que desarrolla ACS y en los mercados internacionales, las áreas de ingeniería industrial en competencia rondan la cita de negocios del 0,33 de ACS y del 0,95 de Iberdrola "informe Forest Partners aportado como doc n° 67>.

Incluso en el informe de Nera aportado por Iberdrola "doc n° 31 de la contestación> se evidencia la falta de concurrencia en los proyectos porque ambos grupos han concurrido a nueve licitaciones entre 2.005 a 2010.

El Magistrado omite cualquier referencia a las razones que le permiten concluir que existiría competencia en este concreto sector económico.

Oposición a este motivo de apelación:

Iberdrola sostiene que ambos grupos compiten en el sector de la ingeniería industrial en la construcción de activos eléctricos tanto de centrales de generación como de infraestructuras de transmisión de energía eléctrica. Destaca que las actividades de ingeniería que el Grupo Iberdrola desarrolló en competencia con el Grupo ACS en 2008 alcanzaron los 1.325 millones de euros para Iberdrola y los 1.997 millones de euros para ACS "pg. 97 del informe de Deloitte aportado como doc n° 67 de autos, al folio 668 de autos>, coincidiendo en 16 países y en 33 concursos importantes "pg. 17 de PwC al folio 1.354 de autos>.

Es más, tanto Iberdrola como ACS se sitúan entre las 5 primeras ingenierías energéticas del mundo "pg. 18 del dictamen de PwC al folio 1.355 de autos>

Destaca que el área de ingeniería y construcción de Iberdrola tiene una importancia capital porque en ella se acumula el conocimiento tecnológico necesario para triunfar en sus actividades

3.- En el sector de la competencia futura o potencial:

La apelante RMC alega que la referencia a la competencia potencial o futura con Iberdrola en los sectores del coche eléctrico, de los servicios de ahorro energético y de la operativa de ciclos combinados implican por sí sola un reconocimiento implícito pero inequívoco de que actualmente no existe competencia económica de ningún tipo entre ambas empresas. Si bien la sentencia de instancia declara que lo importante es que ACS e Iberdrola son competidores en renovables e ingeniería, negando trascendencia en los supuestos de competencia futura o potencial, afirma que no puede justificar la destitución del consejero de ACS la presencia de un competidor meramente potencial.

En el sector del coche eléctrico, pone en evidencia la escasa relevancia en la demanda de electricidad, donde hay intereses diferentes, el de ACS en construcción de infraestructuras de suministro, mientras Iberdrola en la actividad de distribución y suministro eléctrico, y ambos en forma de consorcio en el proyecto "Movele Madrid" destinado a crear una red de recarga de vehículos eléctricos en esta ciudad.



En el sector de servicios de ahorro energético, se trata de una actividad residual con inexistencia de conflicto alguno.

En las centrales de ciclo combinado dice que ACS puede participar en la construcción pero no en la explotación de la misma.

Oposición al motivo de apelación:

Iberdrola mantiene la tesis contraria, es decir, que la competencia potencial en otros mercados incipientes pone en evidencia la contradicción de intereses en estas áreas de desarrollo, intensificando el conflicto de competencia real y existente entre ambas partes (en energía renovable y ingeniería industrial).

Valoraciones de esta Sala:

I.- Este Tribunal ratifica la desestimación de la base argumental de ACS para pretender judicialmente la nulidad de los acuerdos sociales impugnados, que no es otra que la inexistencia de competencia directa, estructural y permanente entre ambos grupos empresariales, calificando de accesorias y secundarias las actividades económicas que realizan ambas litigantes en los sectores de energías renovables y de ingeniería industrial, careciendo de entidad suficiente para poder considerar a ambos grupos competidores.

Es decir, la apelante RMC niega la existencia de competencia en la generación de energía "en el mercado" y admite la existencia de actividades concurrentes en el sector de energía renovables "por el mercado" y de ingeniería industrial, pero aquí discute la magnitud o entidad (intensidad del conflicto) que opina no justifica el cese del consejero.

Para llegar a efectuar estas alegaciones RMC tiene en consideración exclusivamente los parámetros económicos de generación de energía, facturación y valor de mercado, mientras que la demandada Iberdrola valora una pluralidad de indicadores económicos, además de los indicados por RMC los de deuda neta, inversiones, megavatios instalados y en desarrollo, valoración de negocios concurrentes, declaración públicas o posicionamientos estratégico para valorar la entidad del conflicto.

II.- El Magistrado de lo mercantil comienza examinando a la vez el escenario de concurrencia en los sectores de las energías renovables y de la ingeniería industrial descritos por los analistas económicos de los litigantes, tras destacar que los indicadores económicos ofrecidos tanto por los Peritos de ACS como por los de Iberdrola no han sido puestos en cuestión, sino que los de ACS destacan unos datos y minimizan el conflicto calificándolo de residual mientras que los de Iberdrola lo califican de estructural y permanente, y lleva a la conclusión de que el escenario expuesto reflejan un conflicto de competencia en renovables e ingeniería industrial e intereses económicos contrapuestos en otras áreas de negocio.

Aborda el estudio del conflicto de competencia conjuntamente en ambos sectores de energías renovables y de ingeniería industrial, afirmando que ambos grupos concurren, con distintas cuotas de mercado, pero concurren y lo hacen en los mismos ámbitos geográficos. Apunta a la distinción de competencia (a) en la generación de energía renovable, no aceptando el argumento de que no hay competencia en las energías renovables porque toda la oferta es absorbida por el sistema y los precios están primados, al comprobar la concurrencia en un mismo ámbito geográfico ofreciendo los mismos servicios, y (b) en el acceso al mercado, mediante la construcción de los parques y centrales, destacando que esta competencia es significativa entre ambos grupos, atendiendo a los indicadores económicos de la facturación, inversiones programadas -criterio que es utilizado porque el alegato sobre la rotación de activos (construir parques eólicos para luego venderlos y no para competir en la venta de la electricidad con Iberdrola) está carente de probanza alguna ACS, atendiendo además a que la destitución del consejero designado es una medida preventiva-, y al porcentaje de valor en que los negocios de ingeniería energética y renovables.

Mientras que afirma el riesgo de una concurrencia competencial en otras áreas de negocio (el coche eléctrico, servicios de ahorro energético) e intereses opuesto en sus relaciones cliente/proveedor, ateniendo al dictamen de Nera "pg. 42 a 49 de su informe aportada como documento nº 31 de la contestación, a los folios 1.984 y ss de autos> No acepta la afirmación de RMC de que ambas litigantes son colaboradoras porque estén interesadas en el desarrollo exitoso del coche eléctrico, lo que no implica que no tengan intereses empresariales propios.

III.- Estas consideraciones son asumidas por este Tribunal.

A los efectos que interesan en esta alzada, confirmando lo resuelto por la sentencia recurrida, basta decir que RMC y Iberdrola son competidoras en los sectores de energía renovables y de ingeniería industrial, especialmente, en el desarrollo, promoción y construcción de parques y centrales de energía eólica y termosolar, construcción y mantenimiento de redes, instalaciones especializadas y sistemas de control, con inclusión de las adjudicaciones privadas y públicas en "proyectos llave en mano", aun dejando de lado la concurrencia en la venta de la energía generada y del futuro desarrollo de los proyectos del coche eléctricos,



ahorro energético y centrales combinadas. Cabría añadir un nuevo aspecto competitivo, y es que ACS trabaja notoriamente "en" y "para" otras empresas energéticas que se dedican principalmente, al igual que Iberdrola, a la producción, distribución y comercialización de energía eléctrica.

Los Peritos de ACS nunca han cuestionado el hecho de la confluencia de ambos grupos en los sectores de la energía renovable de construcción de plantas eólicas y termosolares y en la ingeniería industrial (desarrollo, promoción y construcción), sino que tratan por todos los medios de argumentar que las magnitudes estudiadas no son relevantes.

Pese a ello, debemos dejar constancia de los siguientes datos económicos que nos parecen expresivos del grado de competencia y lucha por el mercado de ambos grupos empresariales, que no han sido impugnados por la apelante:

1.- Estamos hablando de una facturación en el año 2.009 de ACS de "Servicios Industriales y Energía" en el año 2.009 de 6.862 millones de euros, mientras que la de Iberdrola en renovables e ingeniería es de 3.450 millones de euros. Argumenta RMC que en aquella se incluyen también otros segmentos de negocio, pero en ningún caso desacredita la enorme incidencia en este apartado del área específica de energías renovables.

2.- La línea de negocio ateniendo a la inversión de los años 2.004 a 2009 en los sectores renovables y de ingeniería industrial es del 62% para ACS y del 44% para Iberdrola.

3.- El valor de los negocios examinados de energía renovable y ingeniería industrial actualmente es del 31% para ACS y del 32% para Iberdrola.

4.- Iberdrola y ACS se encuentran entre las cinco primeras empresas de ingeniería energética del mundo.

5.- Ambas concurren en la realización de proyectos EPC (llave en mano) en el sector privado y en el público.

Lo expuesto conduce a afirmar que ambos grupos empresariales están integrados por sociedades directa y efectivamente competidoras, fundamentalmente, en el sector de las energía renovable "por el mercado" y de ingeniería industrial, puesto que compiten con regularidad cotidiana en la adjudicación de obras públicas y privadas de toda clase y especialmente de gran envergadura. La competencia conlleva a la existencia de un **conflicto estructural y permanente** entre ambos grupos empresariales.

C) DE LA INDEBIDA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO Y DE LA JURISPRUDENCIA EN EL CASO EXAMINADO;

SEXO.- Enunciado y planteamiento del motivo de impugnación sobre violación del derecho de representación proporcional del art. 137 de la antigua LSA :

A continuación, la apelante RMC denuncia que la sentencia apelada ignora de forma manifiesta el derecho de representación proporcional ejercitado por RMC y comete una flagrante violación al mismo. Para convencer en dicho alegado, desglosa y argumenta lo siguiente:

1.- El derecho de representación proporcional es un derecho que la ley reconoce a los accionistas en términos absolutos e incondicionales, teniendo en cuenta que se trata de un consejero designado directamente por RMC, no por la junta general, de conformidad con el denominado "sistema de representación proporcional" reconocido en el art. 137 de la antigua LSA (actualmente en el art. 243 de la Ley de Sociedades de Capital). El sistema de representación proporcional es un genuino derecho del accionista que reúne el porcentaje de capital necesario (el que resulte de dividir la cifra del capital por el número de consejeros), que obliga a la sociedad estar a las consecuencias que se derivan de su ejercicio, y sin necesidad por tanto de ningún acuerdo ulterior de nombramiento o ratificación por parte de ésta. Trata de garantizar la participación de los accionistas relevantes en la gestión y administración de la sociedad.

2.- Hace hincapié en lo que manifiesta son los reveladores intentos de Iberdrola y de sus Peritos para diluir la trascendencia jurídica del sistema de representación proporcional. Critica que Iberdrola califique el sistema proporcional "como una facultad subordinada y en vías de extinción" y el Perito Sr. Bruno que provoca "fallos generales" como "el peor funcionamiento del Consejo" o "explotación de la mayoría por la minoría".

Por el contrario, alega que el cese es la negación del derecho, que sigue reconociéndose en términos imperativos en la vigente Ley de Sociedades de Capital "derecho de los accionistas a "designar" a los consejeros que correspondan (art. 234)

El sistema proporcional es un derecho legalmente reconocido, vinculado al derecho constitucional de la propiedad, que como tal solo puede ser negado o excluido -en su caso- en supuestos absolutamente excepcionales que, además, como cualquier restricción o limitación de derechos, deben ser interpretados y aplicados de forma restrictiva.



3.- Llega a afirmar la incapacidad de la junta general de accionistas para privar a un socio de su derecho de representación proporcional. Argumenta que cuando un accionista significativo ejercita este derecho para nombrar a un administrador es porque se ve obligado a ello ante la renuencia de la sociedad a aceptar su designación voluntaria, porque lo que la junta general no puede estar capacitada para anular o enervar las consecuencias de dicho ejercicio.

Para evitar que el derecho de representación proporcional se torne en una facultad ilusoria, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria entienden que la destitución debe fundarse en "justa causa". Ahora bien la STS de 2 de julio de 2.008 es consciente de que el "riesgo de que la mayoría, intencionadamente o por extralimitación de sus facultades, impida de hecho el ejercicio de la facultad que a la minoría reconoce el art. 137" y prosigue "para corregir estas situaciones patológicas lo procedente no es forzar el art. 132, para aplicarlo a un supuesto para el que no está previsto, sino atender a los límites generales impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, en este caso de los socios integrantes de la mayoría - artículo 7 del Código Civil -, además de a las condiciones que son consideradas precisas para la validez de los acuerdos sociales-artículo 115.1 del texto refundido".

Pese a ello la sentencia de instancia es sesgada en cuanto valora la destitución de los consejeros designados por el sistema proporcional exclusivamente desde la perspectiva de su compatibilidad con el interés social. Defiende que deben aplicarse los límites generales del interés social (art. 115 de la antigua LSA y actual art. 204.1 LSC) pero también la proscripción general del abuso del derecho y la obligación de ejercitar los derechos conformes a las exigencias de la buena fe, de conformidad con el art. 7 del Código Civil .

4.- La privación del derecho proporcional a un accionista por razones de competencia solo ha sido aceptada por la jurisprudencia en un supuesto absolutamente excepcional en que éste era un competidor directo de la sociedad: Ni la antigua LSA ni la actual LSA permiten que este derecho pueda ser negado por la junta general en atención a motivos libremente apreciados, a meras sospechas o suposiciones, a hipotéticas e imaginarias situaciones de concurrencia futura, ni tampoco a situaciones accesorias y secundarias de mera concurrencia en un mercado, como lo hace la sentencia recurrida.

El único supuesto en que se ha admitido la destitución es el precedente Fomento de Construcciones y Contratas (FCC)/Acciona, por Sentencia de 14 de diciembre de 2.005 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona , y sus presupuestos fácticos no son trasladables al supuesto aquí examinado, puesto que se aceptó la relación de competencia efectiva y directa entre ambas sociedades.

Sigue diciendo que la naturaleza "estructural y permanente" de competencia entre ACS y Iberdrola no depende de las calificaciones interesadas de las partes litigantes sino de la realidad de las cosas. La competencia directa debe afectar al conjunto o grueso de las actividades económicas realizadas por ambas empresas, a sus actividades principales o dominantes. (Sería el supuesto de que, por ejemplo, Endesa designaran a un administrador en Iberdrola, o ACS en FCC o el BBVA en Banco Santander, puesto que el éxito y desarrollo de una empresa implica el fracaso y la falta de éxito de la otra). La competencia entre ambas litigantes es residual y accesorio, no directa ni efectiva, luego la destitución es una medida innecesaria y desproporcionada.

5.- Denuncia RMC que el Magistrado de lo mercantil funda la supuesta incompatibilidad legal en situaciones puntuales de simple "concurrencia", e ignora la inexistencia de cualquier relación de competencia en sentido económico.

Para determinar si una empresa es competidora de otra, y si puede ser portadora de intereses contrarios o contrapuestos, debe aplicarse necesariamente los criterios y categorías ofrecidos por el derecho de la competencia, por ser los únicos que permiten valorar de manera cierta y objetiva la existencia y intensidad de la relación de competencia, y el perjuicio al interés social, a los efectos de determinar la causa de destitución del art. 132.2 de la antigua LSA puesto que vincula la destitución de los consejeros a que lo fueren de "otra sociedad competidora" (aquella que realice sus actividades en confrontación directa con la sociedad), aplicando las categorías y conceptos que proporciona la ciencia que se ocupa específicamente de la competencia como fenómeno económico. La jurisprudencia se refiere a la "competencia efectiva entre dos empresas" y la doctrina a que el "administrador común ejercita una actividad concurrente en sentido estricto" o "una situación de efectiva concurrencia que además ha de tener un carácter relevante"

La competencia efectiva y directa debe valorarse de conformidad con los criterios de identidad de mercado de producto, geográfico y temporal que son propios del derecho de la competencia (elementos relevantes son el objetivo o funcional, geográfico y temporal)

Sin embargo destaca que PwC reconoce que no hay competencia entre ACS e Iberdrola si se aplican las categorías del derecho de la competencia.



6.- Situaciones accesorias y secundarias de concurrencia como las que se imputan con tan graves efectos jurídicos al Grupo ACS son absolutamente corrientes y habituales en todas las sociedades y en particular en las cotizadas: El hecho de que el administrador esté vinculado a empresas que desarrollan algunas actividades secundarias en concurrencia con la sociedad es algo que aborda y permite la normativa societaria, lo que es habitual en la experiencia societaria española y en las sociedades cotizadas. No se prohíbe que puedan desarrollar ciertas actividades en concurrencia con la propia sociedad sino le impone deberes de comunicaciones (art. 127.ter 4 LSA y 229.2 LSC), inclusión en la memoria de las cuentas anuales (art. 229.3 LSC) o informe anual de gobierno corporativo para sociedades cotizadas.

En la realidad societaria hay precedentes similares o equivalentes a la situación de concurrencia que pueda existir entre ACS e Iberdrola: accionistas significativos de Iberdrola con intereses en energías renovables o ingeniería industrial, que se incrementará con el proceso de reordenación financiero de BBK, en proceso de integración con Cajasur que tiene parques eólicos en Andalucía, y de Bancaja, que se ha integrado el Banco Financiero de Ahorros SA junto a Caja Madrid y Caja Canarias, con intereses de energías renovables en tres comunidades autónomas distintas.

LA CNMV habla en sus informes anuales de gobierno corporativo como conflicto de intereses de sus consejeros es la relativa "desarrollo de actividades análogas a las de la entidad cotizada"

7.- La absoluta inaplicación y deformación de los referidos principios por parte de la sentencia apelada, porque: a) niega toda relevancia jurídica al derecho de representación proporcional, cuando explica que "será la junta general de accionistas la que deberá valorar la situación de conflicto" o para valorar la intensidad de conflicto es irrelevante que "las áreas de negocio concurrentes tenga un carácter accesorio (no estratégico) para el grupo accionarial que nombra el consejero" o que "su trascendencia económica... sea poco importante"; b) no requiere una relación de competencia económica directa entre ambas empresas, bastando "aquella que concurre en el mercado ofreciendo un mismo producto o servicio que otra", c) acepta que no existe competencia económica significativa entre ACS e Iberdrola, pero otorga una relevancia decisiva a la simple concurrencia en determinados mercados geográficos y de producto en supuestos irrisorios; d) RMC no debía demostrar que la concurrencia empresarial entre ambos grupos carece de riesgo alguno para los intereses de los accionistas de Iberdrola sino que era obviamente Iberdrola quien tenía la carga de probar una situación de competencia "estructural y permanente" entre los grupos ACS y Iberdrola, justificativo de la privación del derecho de representación ejercitado por la junta general de Iberdrola.

Oposición de este motivo de apelación:

Iberdrola considera que no se ha infringido el derecho de representación de RMC previsto en el art. 137 de la antigua LSA . Alega:

1.- La regla general de designación de administradores es la voluntad en junta por mayoría de capital social (art. 123 en relación con el art. 93 de la LSA y actuales 214 en relación con el 159 de la LSC) por lo que el sistema de representación proporcional del art. 137 de la LSA es la excepción y no la regla, y la facultad pretendida por RMC debe interpretarse de manera restringida. Destaca lo recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2.005 de que " el derecho de representación... como los demás que se reconocen a las minorías, se diseñan para atender intereses del socio, dentro de la sociedad, no así intereses que pertenezcan al socio, pero extraños a la sociedad". Sigue argumentando que RMC vio reconocida y respetada en la junta la facultad de designar a los consejeros pero, al pertenecer a un grupo competidor de Iberdrola, debe aceptar el criterio del 81,52% del capital social de Iberdrola de cesarlos para preservar el interés social.

2.- La sentencia de instancia efectúa un tratamiento jurídico correcto del art. 132.2 de la LSA por cuanto diferencia entre el deber de abstención del consejero en los supuestos en que se producen situaciones episódicas de competencia o conflicto, de aquellos en los que se procede a su cese por existir una actividad permanente de competencia. Además aclara que la valoración corresponde a la Junta, que tiene en cuenta que la competencia ha de ser real y no meramente nominal o aparente, y que el conflicto de competencia exige valorar su intensidad en atención al interés social para cumplir el sistema de representación proporcional su función institucional.

Invoca que para llegar a la conclusión de la existencia del conflicto de competencia permanente referidos a las áreas relevantes para el negocio de Iberdrola es irrelevante acudir al derecho de la competencia porque el derecho societario no contiene una sola norma que remita a aquel. No existe ninguna laguna legal para colmar el término competidor del art. 132.2 de la LSA al poder ser comprendido por cualquier operador jurídico: una cosa es recurrir a la ciencia económica para conocer y valorar los datos de esa competencia y otra es acudir al derecho de la competencia para aplicar la LSA.



Es procedente tener en cuenta las áreas de competencia futura o incipiente porque el art. 132.2 de la LSA tiene una finalidad preventiva (las decisiones de hoy se reflejarán en las acciones competitivas del mañana)

Hay que hacer eco del fenómeno de la creciente diversificación empresarial, al ser improcedente considerar a ACS como de constructora porque ha procedido a su diversificación hacia la ingeniería y las energías renovables.

3.- Defiende la validez de la separación "ad nutum" de los consejeros designados por RMC conforme al sistema de representación proporcional al resultar de plena aplicación el art. 131 de la LSA ("La separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la junta general") cualquiera que sea el sistema de designación (votación mayoritaria, designación por cooptación o por medio del sistema de representación proporcional)

Cita la STS de 2 de julio de 2.008 "regla general, aplicable a todos los casos", en la que se establece que no es necesario justa causa sino que el régimen general de revocación ad nutum previsto en el art. 131 de la derogada LSA se aplica a todos los consejeros.

Los límites de la facultad de revocación "ad nutum" de la Junta General de los consejeros designados por la minoría son los "límites generales" impuestos en el ejercicio de los derechos subjetivos "de los socios integrantes de la mayoría", es decir, el interés social: un acuerdo es contrario al interés social porque una mayoría de accionistas abusan de su derecho de voto para imponer un acuerdo contrario al interés de todos los socios en beneficio propio o de un tercero. Para que pueda anularse un acuerdo de la junta general de accionistas por ser contrario al interés social es necesaria la acreditación por la actora-apelante de que ese acuerdo causa un perjuicio a la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, y RMC ni alega ni concreta el presunto perjuicio para Iberdrola en la adopción del acuerdo de destitución ni que se beneficien a uno o varios accionistas o terceros.

Valoraciones de la Sala

I.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2.008 analiza el motivo de casación, contra la sentencia de apelación que había acordado la nulidad del acuerdo de separación del consejero que la minoría actora había designado por el sistema proporcional del art. 137, y ello porque no se había probado en el proceso que concurriera en el cesado la causa de separación del art. 132.2, consistente en la relación entre los arts. 131 y 137 de la Ley de Sociedad Anónimas, al decir "Nuestro ordenamiento vigente no ofrece apoyo para considerar que le artículo 131 distingue, en orden a la separación, entre los consejeros designados por la mayoría y la de los que lo fueron por el sistema proporcional. Y sí, por el contrario, para entender que contiene una regla general, aplicable a todos los casos... Es cierto que la posibilidad de designar un número de consejeros sucesivos y de aplicar las consecuencias que se derivan de que la agrupación subsista durante un tiempo no bastan para eliminar, de una manera absoluta, el riesgo de que la mayoría, intencionadamente o por extralimitación de sus facultades, impida de hecho el ejercicio de la facultad que a la minoría reconoce el artículo 137. Sin embargo, para corregir esas situaciones patológicas lo procedente no es forzar el artículo 132, para aplicarlo a un supuesto para el que no está previsto, sino atender a los límites generales impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, en este caso de los socios integrantes de la mayoría - artículo 7 del Código Civil -, además de a las condiciones que son consideradas precisas para la validez de los acuerdos sociales -artículo 115.1 del texto refundido"

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2.011 establece, en un supuesto en que también se declara la nulidad del acuerdo de separación de un consejero porque la sentencia de la Audiencia declara inexistente la concurrencia de unos intereses opuestos a los de la sociedad, establece que: "Pero es que, además, si a lo que se refiere la recurrente es a que la posibilidad de cesar ad nutum a los administradores al amparo de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital - aunque hayan sido designados por la minoría por el sistema proporcional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 243 de la Ley de Sociedades de Capital -, conviene recordar que: 1) El artículo 131 no distingue, en orden a la libre revocabilidad de los administradores entre los consejeros designados por la mayoría y la de los que lo fueron por el sistema proporcional, de tal forma que no es preciso en estos supuestos la justa causa a la que se refiere el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 224.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 2) A fin de que el derecho de la minoría a tener representación en el consejo de administración por el mecanismo de la agrupación de acciones no quede vacío de contenido por la utilización intencionada o extralimitada por la mayoría de la facultad de cesar sin necesidad de causa alguna a los designados, como tenemos declarado en la sentencia 653/2008 de 2 de Julio, cabe "atender a los límites generales impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, en este caso de los socios integrantes de la mayoría- artículo 7 del Código Civil -, además de a las condiciones que son consideradas precisas para la validez de los acuerdos sociales-artículo 115.1 del texto refundido-",



El presente caso examinado es el contrario a lo reflejado en la anterior doctrina jurisprudencial, porque aquí sí hemos apreciado la existencia de intereses opuestos entre ambos grupos empresariales que son competidores. En consecuencia, debemos examinar la separación del consejero designado por RMC por causa de la imputación al mismo de conductas previstas en el artículo 132.2 de derogada Ley de Sociedades Anónimas, y, por tanto, el supuesto de la justa causa a que se refiere el mencionado precepto legal "los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad", que fue expresamente invocado en la junta general, siendo precisamente que la actividad de la demandante RMC, en las fases de alegaciones y prueba del proceso, se ha centrado, por el tenor de la imputación, en negar la causa del cese que al consejero había sido atribuida.

Pese a lo expuesto y en todo caso, precisar que esta Sala no acepta la teoría de Iberdrola de que se puede revocar "ad nutum" el nombramiento de un consejero por el sistema proporcional del art. 137 de la LSA.

II.- Somos partidarios, al igual que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2.005 (caso Acciona/FCC), de no se trata tanto de determinar si, por la mayoría, se ha impedido el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la minoría (art. 137 de la derogada Ley de Sociedad Anónimas) cuanto de enjuiciar si en los administradores nombrados por un grupo minoritario significado concurre la repetida causa de incompatibilidad, que jugaría como justa causa de separación.

En esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se recoge que "... En efecto, tal como viene sosteniendo la generalidad de la doctrina, la facultad de la junta general de separar ad nutum a los administradores, conforme al art. 131, encuentra un límite en el derecho de representación proporcional de las minorías consagrado en el art. 137, pero no excluye que puedan ser separados mediando justa causa, una de cuyas concretas expresiones es la que consagra el art. 132.2. De este modo, el derecho de la minoría ex art. 137 no impide la facultad de la junta general, manifestada por la mayoría, de cesar a los administradores así nombrados si concurre alguno de los presupuestos del citado precepto, en particular "tener, bajo cualquier forma, intereses opuestos a los la sociedad", realidad que, en el caso que examinamos, la junta general constató por razón de la condición de competidor directo del accionista que ejercitó el derecho de nombrar miembros del consejo por el sistema de representación proporcional...

I) No es dudoso que, en contraste con la facultad de separación ad nutum que consagra el art. 131, el cese de los administradores por causa de incompatibilidad, concretada en la oposición de intereses con la sociedad, se configura por el art. 132 no ya como un derecho potestativo de la mayoría, sino más bien como un medio de defensa del interés social que la Ley concede a la propia sociedad, representada por su órgano supremo, la junta general de accionistas, que a petición de cualquier socio deberá decidir si el conflicto de intereses existe, y adoptar el acuerdo consecuente. La garantía del derecho de la minoría, que ha designado consejeros por el sistema del art. 137 reside en la posibilidad de impugnar el acuerdo de cese, del mismo modo que también podrá ser impugnado el acuerdo de sentido contrario (de mantener el nombramiento), ya sea por contrariar el interés social o bien por contravenir la norma.

II) Puesto que la incompatibilidad por razón de intereses contrapuestos no opera de forma obligatoria, a modo de prohibición legal (al contrario que las prohibiciones e incompatibilidades por razón de interés público, contempladas en el art. 124, que exigen la inmediata destitución), la Ley relega a la junta general la apreciación de la existencia o no del conflicto de intereses, pues se trata de una incompatibilidad subjetiva, que atiende al interés privado de la sociedad y, por ello, sujeta a la apreciación de la junta general. Lo que en cualquier caso resulta con claridad es que la junta, valorando y primando el interés de la sociedad, deberá cesar a los administradores si constata esa oposición de intereses.

Si es así, debe admitirse que el control judicial en tales casos, que reclama la acción de impugnación del acuerdo de separación, conlleva una fiscalización en orden a la verificación de si tal interés opuesto, aducido como fundamento del acuerdo social, efectivamente existe, lo que a su vez determina la valoración judicial del "interés social", esgrimido por la junta en apoyo del acuerdo.

La técnica de enjuiciamiento apropiada será la de la ponderación de intereses, comprobando si efectivamente el concreto interés social aducido puede ser entendido como tal y si posee un mayor peso (proporciona unas ventajas superiores a la sociedad) que el interés de la minoría, que es competencia, en nombrar administradores; esto es, si el beneficio supera al sacrificio...

III.- En torno a la discusión sobre el significado de sociedad competidora, a que se refiere el art. 132.2 de la LSA, que contempla un supuesto concreto y específico de conflicto u oposición de intereses: el que el administrador que lo sea de otra sociedad competidora, toda vez que en la segunda formulación ("Las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a la sociedad") el concepto es más amplio y genérico, consideramos que es baladí la discusión sobre la aplicación del derecho de la competencia y/o derecho societario a los efectos de precisar el término competencia, cuando la propia la parte apelante, defensora de



la aplicación del derecho de la competencia, define la "sociedad competidora" como aquella que realiza sus actividades en confrontación directa con la otra sociedad, refiriéndose a la "competencia efectiva entre dos empresas" o "ejercicio de una actividad concurrente en sentido estricto" o "situación de efectiva concurrencia que además ha de tener un carácter relevante", máxime cuando esta confrontación directa, efectiva y estricta se ha demostrado en autos.

Lo cierto es que la doctrina jurisprudencial viene a equiparar, al hablar de la competencia desleal (STS 14 de julio de 2003), los términos competencia o concurrencia mercantil en el mercado, en el que se presenta la actividad de las empresas íntervinientes, y, que, afín con el principio constitucional de libertad de mercado -ex art. 38 CE , esa "competencia " o concurrencia o coparticipación ha de ser libre o sin cortapisa alguna, siempre que se respete la del otro o la de los demás, y de ahí que se hable de "desleal" o no leal, esto es no respetuosa con los intereses de los demás, cuando el comportamiento del concurrente discurra en actos irregulares o perjudiciales para los demás o contrarios a esa "lealtad".

Aceptamos la definición que se da en la sentencia recurrida de que la sociedad competidora es aquella que concurren en el mercado ofreciendo un mismo producto o servicio que otra. La distinción de grados de competencia que pretende depurar la parte apelante sobre el carácter accesorio o secundario no hacen sino confirmar la existencia del requisito legal de sociedades competidoras entre las litigantes.

Lo importante es que se produzcan las circunstancias que acompañan a las personas nombradas por el accionista minoritario y significativo, al amparo del art. 137 de la LSA , que sean objetivamente idóneas para provocar o facilitar comportamientos de competencia desleal. No cabe duda que el art. 132 faculta y obliga a la junta general a impedir situaciones estructurales en el órgano de administración que propicien prácticas de competencia desleal, o establezcan las condiciones idóneas para desarrollarlas, actuando el ordenamiento societario como sistema preventivo de la concurrencia ilícita, defendiendo el interés de la sociedad frente a inmisiones de competidores. Además, la situación creada es susceptible de perjudicar la transparencia que se impone en el sistema de libre mercado, contribuyendo a un sospecha de falseamiento de la competencia desde el momento en que, en el exterior, podría contemplar la oferta y actuación de un sociedad, Iberdrola, en cuya gestión interviene o participa una empresa naturalmente competidora, con la consecuente prevención y reserva ante la eventualidad de prácticas concertadas, pues con una estructura tal del órgano de administración se incrementan las condiciones adecuadas para ello, y también puede verse perjudicado el interés de la sociedad. Lo destacado es que las áreas concurrenciales se "erijan en un riesgo para el interés social", (Sentencia de la Audiencia Provincial de 14 de diciembre de 2.005).

IV.- Aceptamos los principios que contiene la sentencia de instancia, rechazando los vertidos y alegados por la parte apelante, puesto que se da la correspondiente relevancia jurídica al derecho de representación proporcional, si bien supeditado a la apreciación de justa causa para su cese o destitución si el administrador nombrado es competidor o tiene intereses opuestos a los de la sociedad. Y se ha demostrado que ambos grupos empresariales son competidores directos en los sectores de energías renovables de desarrollo, promoción y construcción de plantas eólicas y termosolares e ingeniería industrial, y por lo tanto la designación de consejero por RMC perjudica al interés social de Iberdrola, siendo que a Iberdrola le ha correspondido la carga de la prueba de la existencia de la situación de competencia "directa, estructural y permanente" entre los grupos ACS y Iberdrola, justificativa de la privación del derecho de representación ejercitado por la junta general de Iberdrola.

SÉPTIMO.- Alegaciones del motivo del recurso sobre el abuso del derecho:

Denuncia la parte apelante que la sentencia de instancia no aborda la causa de nulidad invocada sobre el carácter manifiestamente abusivo del acuerdo de destitución, como releva las actuaciones anteriores a la junta general de los administradores de Iberdrola y su papel determinante en la aprobación de dicho acuerdo. A tal fin manifiesta:

1.- Las actuaciones seguida por los administradores de Iberdrola en relación con el Grupo ACS desde que adquirió una participación significativa revela de forma inequívoca que la supuesta relación de competencia es un pretexto formal para impedir la designación de consejero por ACS: Aconteció desde julio de 2008 en que ACS procedió a vender su participación del 45% en Fenosa SA por lo que desaparecieron los obstáculos que hubieran impedido la designación de un administrador por Iberdrola (art 34 del Real Decreto Ley 6/2000 de 3 de junio) Cita a tales efectos que: a) En octubre de 2008 modificó su reglamento para eliminar la edad de jubilación de los consejeros e impedir que las vacantes próximas de dos consejeros pudieran ser cubiertas por ACS como primer accionista de la sociedad; b) En la junta general ordinaria de 19 de marzo de 2.009 alegó la inexistencia de vacante, no el conflicto de competencia, al anteponerse la ratificación de un consejero que el consejo de administración había escogido por cooptación (art. 244 de la LSC) a la designación de un consejero por parte del grupo ACS.



2.- Los acuerdos impugnados, además de ser a propuesta del consejo de administración y no de cualquier socio, solo pudieron aprobarse en la junta general por el voto determinante de las delegaciones "en blanco" que tenían los administradores: Explica que del 79,6% del capital que participó en la junta, el 57,06% lo hizo por representación y el 22,54% estaba presente (incluyendo el 12% correspondiente al grupo ACS), los consejeros de Iberdrola concurriendo con el 63,3% del capital teniendo los accionistas significativos de la BBK el 6,8% y Bancaja el 5,7%, luego más del 50% del capital que participó en la junta lo ostentaban los administradores por delegación.

De conformidad con el régimen legal de "solicitud pública de representación" (art. 107.1 LSA y art. 186 LSC) deberá contener "el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas". Sin embargo en la convocatoria no figuraba la destitución de los consejos que pudiera designar RMC, por lo que las delegaciones del voto no contenía instrucciones para el voto en este asunto. Los administradores de Iberdrola se sirvieron de las delegaciones que disfrutaban para votar a favor de la propuesta que ellos mismos había formulado, sin haber recibido instrucción de los accionistas.

La sentencia de instancia no le dedica la mínima mención pese a que esta circunstancia tiene una indudable relevancia jurídica que manifiesta su carácter abusivo, que es la estrategia deliberada y sistemática de los administradores de Iberdrola de impedir a cualquier precio que el grupo ACS pueda designar un consejero.

3.- Insiste en la predisposición hostil y beligerante de los actuales administradores de Iberdrola hacia ACS, puesto que Iberdrola siempre ha funcionado en los últimos años con todos los accionistas relevantes o significativos al amparo de la facultad de cooptación, sin precisar el ejercicio del derecho de representación proporcional.

La oposición de los administradores de Iberdrola a la entrada de ACS en el consejo de administración, debida a la persistencia e irracional actitud de animadversión y rechazo a ACS, lo demuestra la demanda de impugnación de los acuerdos de aprobación de cuentas y de aplicación del resultado aprobados por la junta general ordinaria de ACS el 15 de abril de 2.010 interpuesta por Iberdrola, tras adquirir el 0,006% del capital, que se sigue con el nº 436/10 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid

Oposición a este motivo de apelación:

Iberdrola sostiene que la existencia de un **conflicto estructural y permanente** de competencia conlleva implícita y necesariamente la desestimación de la alegación relativa al abuso de derecho, sin necesidad de mayor razonamiento.

La alegación del abuso de derecho sería totalmente infundada porque: a) El consejo de administración se ha limitado a cumplir sus deberes, puesto que ninguna de las decisiones que en la demanda se tachan de abusivas fueron impugnadas por RMC lo que constituye un acto propio contrario a la alegación que vierte en este juicio; b) No se identifica el perjuicio que debería resultar del abuso ni el correlativo beneficio, y c) No ha existido retraso desleal en la invocación de la existencia de la relación de competencia, porque según la SsTS de 4 de julio de 1.997 y 21 de octubre de 2.005 la teoría del retraso desleal se limita al ejercicio de derecho o facultades jurídicas mientras que en este caso estamos ante un deber legal atendiendo a las circunstancias concurrentes: Antes de marzo de 2.010 RMC no había comunicado su intención de ejercitar la facultad derivada del art. 137 de la LSA, por lo que todas las actuaciones anteriores a esa fecha son irrelevantes, además de no haber sido impugnadas por RMC; y d) No puede invocar con motivo del recurso de apelación que el consejo de administración haya abusado de la delegación de voto porque en la demanda descargó expresamente toda queja al respecto, que además sería improcedente.

Y en todo caso aun excluyendo el voto delegado en los administradores y el emitido por los accionistas del grupo ACS, el acuerdo impugnado fue aprobado por el 81,88% del resto del capital social presente en la Junta general.

Consideraciones de esta Sala:

I.- La tesis del abuso de derecho debe ser rechazada ya que la norma de amparo (art. 132 de la LSA) presta real y suficiente cobertura a los acuerdos impugnados.

Por otro lado, La Sentencia del Tribunal Supremo de 209 de septiembre de 2.010 establece que "... no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita. Así lo ha venido señalando esta Sala, tanto al ambos del art. 359 de la LEC de 1881, como de la LEC vigente en la actualidad (STS 12 de junio de 2.007). La respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando "no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de los razonado en el cuerpo de la resolución (STS de 1 de abril de 2.008)"



II.- Con respecto a las actuaciones llevadas a cabo por Iberdrola con anterioridad a la junta general de accionistas de 26 de marzo de 2.010 para impedir la entrada de ACS en el consejo de administración de Iberdrola, las mismas no fueron objeto de revisión judicial a instancias de ACS, por lo que fueron aceptadas y consentidas.

Tampoco se acogen las alegaciones de animadversión o hostilidad invocadas por la apelante RMC, puesto que se tratan de apreciaciones de parte ante la facultad prevista en el art. 132.2 de la LSA o el ejercicio de las acciones sociales ejercitadas contra ACS que deberán ser objeto de resolución judicial independiente.

III.- Respecto al voto delegado en blanco, la sentencia de instancia no analiza este alegato puesto que no constituye causa de nulidad de los acuerdos impugnados, máxime cuando expresamente en la demanda inicial no se cuestiona la legitimidad formal de los administradores de Iberdrola por haber empleado las delegaciones de voto en la votación de la destitución de los consejeros designados por RMC, y, por tanto, nada tenía que oponer al ejercicio del consejo de administración de las delegaciones de voto para la destitución de los consejeros designados por RMC al no pretender "establecer ningún tipo de diferencia o distinción jurídica entre los votos de los accionistas que estuvieron presentes en la Junta y los que quienes delegaron su voto a favor de los administradores de Iberdrola " apartado 106 de la demanda al folio 45 y ss de autos>

Si pretende erigir este motivo como causa de nulidad de los acuerdos sociales impugnados estaríamos en presencia de una cuestión nueva, quedando vedado su análisis en apelación por aplicación de los principios de preclusión, contradicción y defensa.

OCTAVO.- Planteamiento de este motivo de apelación relativo al "interés social"

Se invoca la imposibilidad jurídica de contraponer "el interés social" de Iberdrola con el interés del principal accionista, que es el Grupo ACS. Se opone la parte apelante a que se justifique la validez de los acuerdos impugnados desde la perspectiva exclusiva del "interés social" de Iberdrola, porque se trata de un argumento "comodín" que carece de cualquier límite y contenido preciso, incluso dependiente de cualquier concepción o a conveniencia de cada cual.

El interés social de Iberdrola en ningún caso puede servir para negar el derecho de designación de consejeros de quien es precisamente el principal accionista de Iberdrola.

En la actualidad el grupo ACS es titular de una participación superior al 20% del capital de Iberdrola, mientras en el momento de la junta tenía el 12% (el siguiente accionista es la BBK con el 6,5%), por lo que la participación de ACS excede de la participación conjunta poseída por la totalidad de los actuales miembros del consejo de administración y por los accionistas que disfrutaban de representación en el mismo, que son titulares del 0,3% del capital social y que representa un porcentaje en orden al 12% del capital.

Defiende que el interés social debe de coincidir con los intereses de los accionistas. Y como PwC define el interés social como "la capacidad de Iberdrola para preservar y garantizar de forma sostenible el crecimiento de Iberdrola, del precio de la acción y del reparto de sus dividendos", nadie puede imaginarse que el consejero designado por RMC pueda ejercer sus funciones para perjudicar a Iberdrola y al valor de su propia inversión realizada en la adquisición del capital social.

Oposición de este motivo de apelación:

Iberdrola considera que la parte apelante yerra cuando supedita la aplicación del art. 132.2 de la LSA al nivel de participación en el capital que pueda tener el administrador, o cuando identifica el interés social de Iberdrola con el interés de un accionista relevante, destacando que el interés social no es el interés de los accionistas sino el interés de la sociedad (art. 127 bis de la LSA y 226 de la LSC)

Valoración por esta Sala:

I.- Es cierto que el "interés social" es un concepto jurídico indeterminado que desde una perspectiva contractualista se identifica con el interés común de los socios y desde una perspectiva institucionalista se integra además por otros intereses vinculados a la actividad empresarial.

El art. 127 ter de la LSA reformado por la Ley 26/2003 de 17 julio, establece que "los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad", lo que significa procurar maximizar su valor para el accionista. La equiparación del "interés social" con el "interés de la sociedad" conlleva a que se opta por la llamada teoría institucionalista, que identifica el interés social con el interés de la empresa, es decir, "interés común de los accionistas" frente a "suma de los intereses particulares de los socios"

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2.005 establece:



" I) Las dificultades que, con carácter general, se presentan a la hora de definir, en términos operativos, lo que deba entenderse por "interés de la sociedad" o "interés social", se reducen en casos como el analizado, en que, para determinarlo y valorarlo, se cuenta con una norma (art. 132.2) que trasluce un fundamento y persigue una finalidad íntimamente enlazada con cierta noción del interés social. Deberá atenderse igualmente a la concreta operación con la que aquí se vincula el interés social, esto es, la composición del órgano de administración, que puede exigir la exclusión o veto al derecho que configura el art. 137. Ya un dato relevante, cual es la condición de competidor del socio que ejercita ese derecho.

II) En relación con esta última circunstancia, no se negará que ACCIONA, en cuanto socio, es portadora de un interés extrasocial que, por la propia naturaleza de la relación de competencia directa, es contrapuesto e incompatible, de forma permanente, al de FCC.

III) No debe olvidarse, así mismo, que el derecho de representación proporcional reconocido por el art. 137 TRLSA, enmarcado en los llamados derechos de participación, tiene por finalidad el establecimiento de un equilibrio de fuerzas e intereses en el seno de la sociedad, sirviendo, los consejeros nombrados por la minoría, de contrapeso al poder mayoritario, para el buen funcionamiento de la sociedad. Tal derecho, como los demás que se reconocen a las minorías, se diseñan para atender intereses de socio, dentro de la sociedad, no así intereses que pertenezcan al socio, pero extraños a la sociedad.

Y no puede desconocerse, de otro lado, que la verdadera importancia de tal facultad o derecho reside, no ya en una gestión compartida, en la práctica generalmente imposible, sino sobre todo en la información y control que a través del representante de la minoría puede obtenerse y ejercitarse en el consejo de administración.

IV) No cabe duda que esos poderes, en particular el de información, en manos de administradores nombrados por un socio portador de intereses opuestos a los de la sociedad, sirven de plataforma idónea, en abstracto, para perjudicar el interés social y crean las condiciones adecuadas para el desarrollo de prácticas desleales, falseando igualmente la libre competencia. Se trata de una percepción respaldada por datos objetivos, que entra en el orden lógico de las cosas, y además inevitable"

II.- Se desestima el planteamiento efectuado por la parte apelante. Hemos dicho que el art. 132 de la LSA trata de defender el interés de la sociedad frente a la injerencia del competidor, evitando una situación de conflicto estructural o permanente.

El interés social tutelado es que la sociedad no tenga el deber jurídico de soportar en el seno de su órgano de administración un latente conflicto de intereses permanente, bajo la cobertura de equilibrar fuerzas y de servir de contrapeso al poder de la mayoría. Digamos que el consejero nombrado al amparo del art. 137 de la LSA de "representación proporcional" da pie a la concepción de una representación indirecta que implica el ejercicio del cargo por cuenta y en interés de otro, el accionista que les nombra, pudiéndose sacrificar su interés como socio en la sociedad que ha designado consejero frente al mayor interés que obtendría en la sociedad competidora. Téngase en consideración que el art. 137 de la LSA no ampara los intereses que pertenezcan al socio dominical minoritario que fueran extraños a la sociedad.

Se evita que el consejero designado por RMC cause lesión al interés social que se deriva de la concurrencia de un interés extrasocial y contrapuesto, basado en la fidelidad y confianza con el accionista minoritario que le ha nombrado.

NOVENO.- Enunciado y desarrollo del motivo del recurso relativo a los perjuicios:

La parte apelante califica de irreal los perjuicios que la sentencia apelada presume que podrían derivarse de la presencia del consejero de ACS en el órgano de administración de Iberdrola, "fuga de información" y " el acceso por ACS a la información relevante de Iberdrola", y, en todo caso, su absoluta falta de proporcionalidad con la privación del derecho de representación proporcional.

1.- La apelante RMC critica que el Magistrado de lo mercantil acepta el análisis de los perjuicios analizados por el Profesor Arrullada. Sostiene que las opiniones del Profesor Bruno no van referidas a especiales conocimientos técnicos, ni son susceptibles de verificación o medición, sino que están plagadas de juicios de intenciones y opiniones claramente subjetivas: el dictamen funda sus conclusiones en "fallos generales del sistema de representación proporcional", "en el peor funcionamiento del Consejo" y en "la explotación de la mayoría por la minoría". En el acto del juicio explicó "que no es necesario que la competencia actual sea intensa" "basta que se prevea o incluso que se considere probable un alto grado de competencia futura", - lo que equivale a decir que al día de hoy no hay competencia entre ACS e Iberdrola- y esto sería así por "la creciente importancia que ha adquirido la innovación", siendo que no indicó ninguna empresa que haya surgido en el mercado energético aparte de las cuatro grandes operadoras eléctricas españolas. De igual manera, a pesar de manifestar que "recomienda analizar a los proveedores como competidores potenciales" tampoco concreta

el nombre de un solo proveedor del sector eléctrico que hubiera terminado convirtiéndose en competidor de Iberdrola.

2.- La inexistencia de cualquier riesgo de acceso y explotación por ACS de informaciones sensibles que puedan debatirse dentro del consejo de administración de Iberdrola: Expone que las materias que Nera identifica como potenciales informaciones sensibles que podrían ser utilizadas indebidamente por ACS (software de gestión integral empleado por la división de ingeniería industrial de Iberdrola, sistemas de medición y predicción del viento o las investigaciones relativas a las corrientes marinas) son ajenas a cualquier consejo de administración de una sociedad cotizada.

Además las actividades de energías renovables y de ingeniería industrial son desarrolladas por filiales, como Iberdrola Renovables SA e Iberdrola Ingeniería y Construcción SA (Iberinco) que disponen de sus propios órganos de administración, por lo que es improbable la toma de decisión en el consejo de administración de Iberdrola dada su característica de sociedad holding: modelo descentralizado de gestión, en que cada área de negocio está confiada a distintas sociedades de cabecera que cuenta con sus propios órganos de gobierno.

En cualquier caso, la solicitud de información a instancias del consejero designado por RMC debe canalizarse a través del Presidente o Secretario del consejo de administración, siendo una barrera para que por esta vía pueda acceder de forma torticera a información sensible.

Y siempre podría obligarse al consejero designado por RMC a abstenerse de participar en deliberaciones y votaciones de cualquier asunto potencialmente conflictivo, de conformidad con lo previsto en el art. 127.ter 3 de la LSA y actualmente en el art. 229.1 de la LSC. Sin olvidarse de su responsabilidad de los daños y perjuicios que pudiera causar por el incumplimiento del deber de secreto que expresamente se impone a los consejeros de la (232 y 236 de la LSC)

También la parte apelante critica el certificado emitido por el Secretario del consejo de administración de Iberdrola sobre la enumeración de determinadas operaciones aprobadas entre los años 2007 a 2010 en las que se habría dispuesto de información confidencial "doc nº 42 de la contestación", porque: (a) En relación a compras o ventas de empresas, no hay conflicto en la actividad de gas, generación nuclear o en empresas eléctricas extranjeras; (b) en la participación de concursos de adjudicación de parques eólicos, porque era conocida por todos los operadores del sector sin que conste que la deliberación alcanzase a datos técnicos y económicos, considerando que la sociedad participada por Bancaja también se presentó a un concurso sin que conste que el consejero dominical se abstuvo de participar en las deliberaciones; (c) falta de precisión sobre la información que fue discutida en relación a operaciones relativas a la filiar Iberinco y otro filiar mejicana de concursos o licitaciones de construcción de instalaciones eléctricas; y (d) en otras operaciones de ingeniería industrial al margen de lo indicado, hubo dos ofertas que concurren ambos grupos empresariales en consorcio, siendo que en solo tres se han presentado Iberdrola y ACS por separado y por tanto en hipotético concurso. Tras ello refiere que el referido certificado sobre asuntos y operaciones aprobados por el consejo de administración de Iberdrola más que evidenciar un conflicto de interés "permanente y estructural", evidencia lo contrario al incluir actividades ajenas a la actividad de ACS y otras en que concurren en consorcio y al referirse genéricamente a la participación de otros concursos de parques eólicos y de ingeniería industrial en que ACS ni se presentó, y en todo caso no especifica que las deliberaciones afectaron a detalles técnicos o económicos.

3.- De la absoluta desproporción jurídica de la destitución de los consejeros designados por RMC y la idoneidad del mecanismo de la abstención para resolver los eventuales conflictos de interés que pudieran generarse: Alega que el instrumento jurídico para solventar las potenciales situaciones de conflicto de interés, no puede ser la destitución del consejero designado por RMC, sino el deber de abstención del art. 127.ter 3 de la LSA y actual 220.1 de la LSA "el administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera". Mecanismo que sigue habitualmente Iberdrola con sus restantes consejeros, para obtener la protección del interés social en los casos de competencia meramente ocasional a través de la técnica del deber de abstención en la deliberación y votación del asunto conflictivo.

Oposición de este motivo de apelación:

1.- Se reitera la existencia de riesgos o daños para Iberdrola derivados de la presencia de un consejero designado por el grupo ACS. Expone que su alegación de inexistencia de riesgo de acceso, fuga y utilización de información presupone la existencia de un conflicto de competencia.

El funcionamiento real del consejo de administración de Iberdrola es decisiva en el establecimiento de la estrategia del grupo y autorización de operaciones relevantes y supervisión de las ejecuciones.

No es exigible la acreditación del riesgo de un daño para que se entienda existente una situación de competencia que obligue a activar los mecanismos de protección del interés social del art. 132 de la LSA ,



puesto que la sentencia de instancia dice que "el perjuicio derivado de la presencia de un competidor en el consejo viene implícito en la propia prevención legal de una medida de salvaguarda del interés social (art. 132.2 de la LSA). Nótese que este precepto no exige la acreditación del perjuicio, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2.005 "... porteadora de un interés extrasocial que, por la propia naturaleza de la relación de competencia directa, es contrapuesta e incompatible, de forma permanente...", Incluso la STS de 24 de abril de 2.007 recuerda la presunción acerca del riesgo de fuga y utilización desleal por parte del accionista competidor, que es una de las causas para negar su derecho de información.

2.- Imposibilidad de remediar de conflicto permanente y estructural por medio del deber de abstención. La abstención solo entre en juego ante supuestos concretos, esporádicos y identificables de conflictos de interés. El deber de abstención del art. 127.ter de la LSA solo está previsto en operaciones de desencuentro de intereses de forma individualizada, no así en situaciones de conflicto de carácter permanente.

Valoraciones de esta Sala:

I.- Como se recoge en la sentencia recurrida, el control que establece el art. 132.2 de la LSA es preventivo en defensa del interés de la sociedad, y entre sus concretas manifestaciones está la de evitar situaciones estructurales que faciliten prácticas desleales o, en general, situaciones que puedan perjudicar la posición competitiva de la sociedad. El art. 132.2 en relación con el art. 137, opera preventivamente y permite considerar los intereses que los consejeros representan y que han determinado su nombramiento, bastando con la constatación de circunstancias reveladoras de un riesgo o peligro para el interés de la sociedad, manifestado por la presentación de un conflicto de intereses. Es el control preventivo que en defensa del interés de la sociedad posibilidad y exige el art. 132.2 de la LSA .

II.- En estos términos y como se ha venido reflejando a lo largo de esta resolución, el consejo designado por ACS accedería a la información y control en el consejo de administración.

El análisis de las consecuencias de la presencia de ACS en el Consejo de Iberdrola, considerando el riesgo de peor funcionamiento del Consejo, del riesgo de la competencia y del riesgo en función del proceso de decisión de Iberdrola, así como la ponderación de los intereses en juego, han sido abordados en dictamen pericial de D. Bruno , que concluye que la presencia de un consejero designado por ACS en el órgano de administración de Iberdrola originaría un riesgo grave para el interés social de Iberdrola en términos de competencia, concretado en la fuga de información relevante para la competencia entre ACS e Iberdrola, además del peor funcionamiento del órgano de administración "folio 3.131 y ss de autos al Tomo IX>.

Y como hemos ya expuesto, no es dable que la parte apelante pretenda desacreditar al Perito Sr. Bruno en base a apreciaciones subjetivas e interesadas de parte frente a la valoración objetiva e imparcial que efectúa y abordar el Magistrado de lo mercantil.

III.- Se desestiman las alegaciones de la parte apelante que reproducen su línea argumental examinada y rechazada en la sentencia de instancia, al negar que exista perjuicio alguno que justifique la vulneración del derecho de representación proporcional, porque la existencia de riesgo grave para el interés social ha sido probado por los dictámenes periciales y además este riesgo está implícito en la designación del consejero por un competidor directo.

Por otro lado el cuestionar el certificado expedido por el Secretario del consejo de administración de Iberdrola, que tiene atribuidas la estrategia y líneas de política general de la sociedad así como coordinación de la estrategia general del grupo de sociedades del que Iberdrola es la sociedad matriz e impulsar y supervisar la gestión de la sociedad, y que efectúa el listado de las operaciones que requirieron la valoración y análisis pormenorizado de los miembros del consejo de información confidencial "doc, nº 42 de la contestación al folio 2.842 y ss al Tomo VIII de autos>, introduciendo explicaciones, puntualizaciones o rectificaciones de lo debatido, no hace sino confirmar la competencia directa y efectiva entre ambos grupos empresariales en los sectores económicos establecidos y el riesgo de fuga de información y el peligro a la realización de competencia desleal entre ambas.

IV.- No estamos en presenta de un conflicto aislado, coyuntural o eventual, en los cuales el consejero estaría obligado a abstenerse de la votación determinada, sino que como liemos reiterado estamos en presencia de dos grupos competidores, que conlleva un conflicto de intereses permanente y estructural, que genera objetivamente una predisposición contraria a los intereses de la sociedad, a una oposición o enfrentamiento estable con el interés social de Iberdrola.

D) DE OTRAS CAUSAS ADICIONALES DE NULIDAD DE LOS

ACUERDOS SOCIALES IMPUGNADOS:



DÉCIMO.- Está disconforme la parte apelante con la sentencia de instancia que desestima las otras causas de nulidad secundarias basadas en incumplimientos o defectos formales que afectaban a los acuerdos impugnados, que son, primero, violación del deber de información ejercitado por RMC al no facilitarse copia de los informes completos que justifican el acuerdo de destitución, sino unos simples "resúmenes ejecutivos", segundo, el que la propuesta de cese del consejero designado por RMC provino del propio consejo de administración de Iberdrola y no se hizo a petición de cualquier socio, y, tercera, que el cese del consejero designado por RMC se produjo antes de que hubiese aceptado el cargo.

La sentencia de instancia desestima estas causas de nulidad de los acuerdos sociales porque, siendo ciertos los presupuestos fácticos de que el acuerdo fue aprobado a propuesta del consejo de administración, sin que conste la aceptación previa del cargo por los destituidos y solo fueron entregadas a RMC las conclusiones de los dictámenes e informes que manejaba el consejo de administración, los llamados resúmenes ejecutivos, lo que importa es que el cese o destitución fuere aprobado por la junta de accionistas, sin que conste que los consejeros designados no tenían intención de aceptar el cargo, y que el accionista RMC pudo intervenir en la junta sin que se hubiese cambiado el voto del resto de la junta de haber tenido en su poder los dictámenes completos en lugar que las conclusiones únicamente.

I.- Se confirma lo resuelto por el Magistrado de lo mercantil que rechaza la nulidad de los acuerdos sociales impugnados por lesión del derecho de información, que se fundamenta en la entrega incompleta de la documentación a RMC.

Como se recoge en la Sentencia el Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2.009 "La Sala considera que el derecho de información del accionista, recogido con carácter general en el artículo 48 d) TRLSA, se concreta en dos manifestaciones: a) Como derecho a obtener determinadas informaciones documentales preparatorias de la Junta General (supuestos de los artículos 144, 152, 159, 168 y 212 LSA); y b) Como derecho de los accionistas a solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día (artículo 112).

En el caso de autos, los resúmenes ejecutivos fueron entregados a RMC en la celebración de la junta y la misma sirvió para que la junta general de accionistas decidiera sobre la incompatibilidad del consejero de RMC designado por el sistema de representación proporcional. La documentación referente a los informes completos de Nera y PwC no está comprendida en ninguno de los supuestos de los artículos 144, 152, 159 y 164 LSA y no cabe, por ello, exigir una entrega anticipada o puesta a disposición, ni construir sobre ello la nulidad por defecto de información. No existe ningún precepto legal que obligara a Iberdrola a poner a disposición de los accionistas los informes completos, y no solo los resúmenes ejecutivos, que justifican la competencia directa estructural y permanente entre ambos grupos empresariales. Además no concurre que la no entrega de los informes completos repercutiera en la emisión del voto emitido, puesto que el debido conocimiento de la causa de la destitución y de los factores o parámetros considerados estaban recogidos en los resúmenes ejecutivos, según lo reflejado en la Sentencia del TS de fecha 26 de junio de 1.995 y su remisión a la de 8 de Octubre de 1.957, según la cual solo son nulos los acuerdos cuya adopción tendría que basarse en los datos omitidos por falta de información ó que contribuyan en alguna medida a la suficiente formación de juicio para poder emitir un voto con conocimiento de causa en el extremo del orden del día a que se refiera el dato ó datos cuya información se solicita y es denegada

II.- Tampoco se acoge el motivo impugnatorio de los acuerdos sociales basado en infracción del art. 132.2 de la LSA, porque la destitución fue propuesta por el consejo de administración y no por un socio, puesto que nada impide que el mentado consejo de administración interese la proposición de cese de un administrador a la junta general, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de enero de 2.007.

III.- Igualmente se confirma la sentencia de instancia que rechaza la nulidad de los acuerdos sociales impugnados sobre destitución del consejero designado por RMC por no haber previamente aceptado el cargo, porque el nombramiento realizado ex artículo 137 de la LSA conlleva la previa aceptación de los nombrados y toda vez que el art. 131 de la LSA admite que la separación de los administradores pueda ser acordada en cualquier momento.

E) COSTAS PROCESALES:

DECIMOPRIMERO.- Se ratifica la imposición de las costas procesales de la primera instancia a la demandante RMC, en virtud de la regla general del vencimiento objetivo contenido en el art. 394.1º de la LECn, sin que sea de aplicación la excepción contemplada en el art. 394.1 de la LECn sobre dudas de hecho o de derecho, como sostiene la parte apelante, que se centra en la defensa de sus derechos dominicales y en la complejidad del asunto litigioso.



Basta señalar para desestimar tal motivo de apelación que el tenor literal del artículo 394 de la LECn establece con carácter general el principio del vencimiento en materia de costas, y sólo, si así se aprecia y se razona, la excepción a tal pronunciamiento en el caso de que concurrieran serias dudas de hecho o de derecho, las cuales no concurren en el caso examinado, ya que deben ser dudas de hecho para el Juez y Tribunal a la hora de resolver, no el mero parecer de la parte apelante. La resolución del Magistrado de lo mercantil no plantea duda alguna ni en cuanto a los hechos ni al derecho aplicable, siendo que esta Sala ha confirmado la misma.

DÉCIMO SEGUNDO.- La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, a la parte apelante, de conformidad con el art. 398.1º de la LECn .

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de SM. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por RESIDENCIAL MONTE CARMELO SA, representada por el Procurador D. Germán Ors Simón, contra la sentencia dictada el 26 de enero de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao , en los autos de Juicio Ordinario nº 411/10, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

La confirmación de la resolución recurrida conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, que será transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4704 0000 00 0318 11. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Iltrma. Magistrada Ponente el día 23 de enero de 2012, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.