



Roj: **SAP M 1698/2017 - ECLI:ES:APM:2017:1698**

Id Cendoj: **28079370282017100043**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **10/02/2017**

Nº de Recurso: **573/2014**

Nº de Resolución: **60/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0172122

Recurso de Apelación 573/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 619/2010

APELANTE: MUNAVI GLOBAL GROUP S.L.

PROCURADOR D. /Dña. ALEJANDRO ESCUDERO DELGADO

APELADO: TECNICOS EN TASACION SA

PROCURADOR D. /Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

SENTENCIA nº 60/2017

En Madrid, a 10 de febrero de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 573/2014, los autos del proceso nº 619/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en materia de impugnación de acuerdos sociales.

Han sido partes en el recurso, como apelante, MUNAVI GLOBAL GROUP SL, representada por el procurador D. Alejandro Escudero y defendida por la letrada D^a. Beatriz Quirosa; y como apelada, TÉCNICOS EN TASACIÓN SA (TECNITASA), representada por la procuradora D^a. Isabel Afonso y defendida por el letrado D. Jaime Guerra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 30 de julio de 2010 por la representación de MUNAVI GLOBAL GROUP SL contra TÉCNICOS EN TASACIÓN SA (TECNITASA), en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:



"...tenga por formulada demanda de PROCEDIMIENTO ORDINARIO sobre IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES en nombre de mis representados, contra TÉCNICOS EN TASACIÓN, S.A., teniéndome por parte en la indicada representación, disponiéndose el traslado de la demanda a la mercantil demandada para que la conteste si a su derecho conviene y, en su día, tras los trámites oportunos, dicte sentencia estimatoria de la demanda, declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de TÉCNICOS EN TASACIÓN, S.A., celebrada el 19 de noviembre de 2009, por los motivos aducidos en el presente escrito, condenando en costas a la demandada, TÉCNICOS EN TASACIÓN, S.A."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil número 5 de Madrid dictó sentencia, con fecha 7 de marzo de 2014 , cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Alejandro Escudero Delgado, en nombre y representación de MUNAVI GLOBAL GROUP SL D. contra TÉCNICOS EN TASACIÓN SA, representada por la procurador D^a. Isabel Afonso Rodríguez en materia de impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General del día 29 de junio de 2010, ABSOLVIENDO a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, con condena en costas a la demandante".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de MUNAVI GLOBAL GROUP SL se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Recibidos los autos en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 6 de noviembre de 2014, tras ser turnados a la sección 28^a, se procedió a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión para la deliberación sobre este recurso se celebró, respetando el turno preestablecido, con fecha 9 de febrero de 2017.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La entidad MUNAVI GLOBAL GROUP SL, en su condición de socia con un 36,539% del capital social de TÉCNICOS EN TASACIÓN SA (TECNITASA), viene sosteniendo que deberían anularse todos los acuerdos, e incluso el propio evento en su conjunto, adoptados en la junta general de 29 de junio de 2010.

La referida junta tenía previsto el siguiente orden del día: 1º) informe sobre la evolución de la compañía; 2º) examen y aprobación de las cuentas del ejercicio 2009; 3º) propuesta de aplicación de resultados del ejercicio 2009; 4º) examen de la gestión del consejo durante 2009; 5º) nombramiento de auditor de cuentas; 6º) análisis y aprobación de las retribuciones de los consejeros; 7º) modificación del reglamento de régimen interno; y 8º) delegación de facultades para la elevación a documento público e inscripción de los acuerdos.

Durante el desarrollo de la junta ni tan siquiera llegaron a someterse a votación los puntos 1º a 5º del orden del día, ya que se había prorrogado el plazo para la emisión del informe de auditoría y quedó pospuesto a un nuevo evento el pronunciamiento de los socios sobre todo lo referente a cuentas y gestión social. Se aprobó el punto 6º, por 60,15 % votos a favor y 36,60 en contra, en el sentido de que los consejeros cobrarían 1.000 euros anuales, salvo el presidente que percibiría 42.500 y el consejero delegado al que corresponderían 120.000 euros. Se aprobaron también los puntos 7º y 8º. Y se debatió finalmente, a propuesta del presidente, el cese de MUNAVI GLOBAL GROUP SL como miembro del consejo de TECNITASA, lo cual fue aprobado por el 60,15% del capital.

En la demanda de MUNAVI se planteaban tres bloques de problemas, referentes a defectos de convocatoria, a la fijación de las retribuciones de los consejeros de TECNITASA y al cese como consejero de la propia MUNAVI.

El juez de lo mercantil rechazó la demanda porque consideró que la parte actora no denunció al inicio de la junta la existencia de defectos en la convocatoria y porque no hubo adopción de acuerdos en relación con las cuentas anuales. Con respecto a la aprobación de retribuciones apreció que ya se habían señalado con anterioridad retribuciones diferentes para los consejeros y que constituía una actuación contraria a la buena fe el cuestionarlo ahora. Por último, en cuanto a la separación de MUNAVI como miembro de consejo de TECNITASA, consideró que era una libre facultad de la junta, sin que se hubiera justificado el carácter abusivo de lo acordado al respecto.

La falta de éxito de su iniciativa impugnatoria ha sido contestada por MUNAVI con su recurso de apelación, en el que muestra su insatisfacción con la respuesta obtenida en la primera instancia y vuelve a defender los



planteamientos de su demanda. La recurrente insiste en que deberían declararse la nulidad de toda la junta, porque se cometió una falsedad al anunciar que se iban a someter a ella las cuentas y el informe de auditoría y desvelarse luego que tales documentos ni siquiera existían, lo que también implicaría vulneración del derecho de información, sin que ello pudiera denunciarlo al inicio del acto porque entonces lo desconocía. Considera que no podía aprobarse la fijación de la retribución de los miembros del consejo sin la previa aprobación de las cuentas anuales y que no cabía establecer cuantías distintas para los consejeros sin que ello lo previesen los Estatutos, siendo MUNAVI un socio que entró en 2009 y que nunca votó a favor de lo contrario. Afirma, por último, que la mayoría social se extralimitó al cesar a la sociedad MUNAVI como miembro del consejo de TECNITASA, cuando ésta representaba a una minoría por el sistema proporcional, porque fue una decisión arbitraria y fundada en causas falsas.

SEGUNDO. - La recurrente considera que la convocatoria de la junta debería considerarse nula porque se cometió una falsedad al anunciar que se iban a someter a ella las cuentas y el informe de auditoría y desvelarse luego que tales documentos ni siquiera existían. La apelante dice que no denunció tal defecto al inicio de la junta porque desconocía entonces que ello fuera así.

El planteamiento de la parte recurrente resulta, ciertamente, endeble desde el punto de vista jurídico. Para que puede declararse una nulidad por defectos de convocatoria deben serle puestos de manifiesto al tribunal defectos formales que afecten a la misma. Los defectos de carácter material, tales como que estuvieran ultimadas o en proceso de revisión las cuentas anuales o efectuado o no el informe de auditoría, no constituyen una deficiencia de la convocatoria de la junta. Se trata de circunstancias que pueden impedir la adopción de un acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales o que convertirían en nulo el que se hubiera llegado a adoptar al respecto.

Por otro lado, invocar la infracción del derecho de información del accionista sólo tiene sentido cuando se desatienden solicitudes concretas de éste en relación con puntos determinados del orden del día (artículo 112 del TRLSA y 197 del TRLSC). Lo que no cabe es invocar el derecho de información de modo general, en un intento de vestir jurídicamente una pretensión que carece, en realidad, de fundamento.

En el caso que nos ocupa, conscientes al inicio de la propia junta de que el informe de auditoría no estaba realizado (el auditor había obtenido prórroga del plazo para emitirlo) y de que iban a ser precisos ajustes en la propias cuentas, se decidió no someter a votación los puntos 1º a 5º del orden del día, que comprendía todo lo relativo a cuentas y gestión social, decisión ésta que sólo podemos estimar lógica y razonable. Por otro lado, no debe perderse de vista que, como consecuencia de lo que acabamos de explicar, en el presente caso ni tan siquiera hubo un pronunciamiento de la junta sobre la propuesta inicial del órgano de administración, pues se decidió no someterla a votación, con lo que no hubo adopción de acuerdo social alguno, ni de signo positivo (aprobatorio), ni tampoco negativo (no aprobatorio, con el valor que a ello pudiera asignarse). En definitiva, no hubo decisión alguna de la junta que pudiera ofrecer sustento para el ejercicio de una acción impugnatoria en su contra, por lo que la iniciativa de la parte actora carece de justificación. Es más, resulta censurable que la parte actora esté buscando en ello el pretexto para tratar de conseguir la nulidad de otros acuerdos que sí fueron adoptados en el seno de esa junta y que nada tienen que ver con esta incidencia.

TERCERO. - Las decisiones de la junta general sobre la fijación de la retribución de los miembros del consejo de administración no son dependientes de la previa aprobación de las cuentas anuales. Por lo tanto, no puede sostenerse que el simple hecho de que no llegaran a someterse a la aprobación de la junta las cuentas del ejercicio precedente hiciera legalmente inviable el adoptar acuerdos sobre la retribución de los miembros del órgano de administración. El que pueda resultar de interés el conocer la situación económica de la entidad antes de adoptar decisiones que afecten a los gastos que la misma ha de soportar no implica que resulte imprescindible que haya que posponer todo el proceso de toma de decisiones si se retrasa la aprobación de las cuentas. Lo que habrá que hacer es procurar que en la junta se ofrezca por los miembros del órgano de administración el caudal de información preciso para adoptar una decisión consciente al respecto. En cualquier caso, las circunstancias que se dieron en la junta de 29 de junio de 2010 explican que sólo se pudieran tomar decisiones sobre algunos de los asuntos que estaban previstos y no sobre otros (las cuentas del ejercicio precedente), aunque éste no fuera el plan inicial. Por otro lado, resulta significativo que la cuantía total de la remuneración que fue objeto de aprobación en la junta era inferior a la del ejercicio precedente (que ascendió a 200.000 euros), por lo que se trataba de una decisión más conservadora, desde el punto de vista económico, para el futuro de la sociedad. Por lo tanto, el óbice inicial que la parte recurrente pretende oponer a la adopción de un acuerdo sobre esta materia no puede prosperar.

Es cierto que la regla general en materia de retribución es que la misma deberá ser igual para todos los administradores, salvo disposición en contra de los Estatutos (artículo 124.3 del RRM). Pero también lo es que en juntas precedentes (25 de junio y 9 de diciembre de 2008) ya habían sido aprobadas remuneraciones distintas para los miembros del consejo por razón de sus diferentes funciones, pese a no explicitarse esa



excepción en los Estatutos, sin que esa circunstancia concreta hubiera dado lugar a ninguna impugnación. Es comprensible, por lo tanto, que este asunto fuera considerado como algo pacífico y consolidado en el seno de la sociedad, de manera que lo que puede estimarse contrario a la buena fe con la que deben ejercerse los derechos (artículo 7 del C. Civil) es que un socio sorprenda a todos los demás, rompiendo el estatus quo, aduciendo que debería haberse dispuesto de soporte estatutario para tomar ese tipo de disposiciones, cuando se venían adoptando así desde años antes sin que eso motivase ninguna polémica. Aunque MUNAVI sea socia desde junio de 2009, los integrantes de su sustrato sí lo eran desde antes y nunca se impugnó por ellos el establecimiento de retribuciones de cuantía diferente para los consejeros. Es más, en el seno de TECNITASA se disponían de votos suficientes, visto el resultado de las sucesivas votaciones sobre esta materia, para haber acordado la modificación estatutaria, por lo que cabe comprender la sorpresa que ha podido ocasionar en la sociedad el que MUNAVI haya querido buscar en ello el pretexto para impugnar. Resulta entendible, por lo tanto, que, para prevenir futuras contiendas, en la junta general de 24 de mayo de 2011 se haya aprobado una modificación estatutaria que reseña que la remuneración de los miembros del consejo podrá ser desigual en razón a las diferentes funciones que cumplan (artículo 21). Se trata de una sabia precaución, que ha venido a reflejar, de modo explícito, en la normativa interna social, lo que de modo implícito ya venía siendo aplicado como una operativa normal en la adopción de este tipo de decisiones societarias.

CUARTO. - La jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 2 de julio de 2008 , 24 de noviembre de 2011 y 11 de diciembre de 2012) considera que es una atribución de la junta general, al amparo del artículo 131 del TRLSA (vigente artículo 223.1 del TRLSC), la de poder separar, en cualquier momento, a un administrador de su cargo, con independencia de que lo haya designado la mayoría o que proceda del sistema proporcional (artículo 137 del TRLSA y vigente artículo 243 del TRLSC), porque el administrador lo es de la sociedad y no de un cierto sector de los socios. No es preciso, por lo tanto, que concurra la justa causa a la que se refiere el caso especial previsto en el artículo 132 del TRLSA (vigente 224.2 del TRLSC), para que la junta pueda ejercer su poder decisorio de separar al administrador en el momento en el que la voluntad social allí conformada lo estime como lo más oportuno. Ahora bien, para no vaciar de contenido el derecho de la minoría a tener representación en el consejo lo que sí puede controlarse es que el poder de la mayoría no se ejerza de forma arbitraria o caprichosa (al amparo del límite derivado del artículo 7 del C. Civil).

Por lo tanto, partiendo de que no hubo, en principio, una formal contravención legal por el hecho de cesar a MUNAVI como miembro del consejo de TÉCNICOS EN TASACIÓN SA (TECNITASA), pese a que no constase en el orden del día y a que procediese de una designación proporcional, y de que tampoco era preciso justificar la concurrencia de justa causa, lo que hay que comprobar es si medió un abuso de la mayoría al adoptar esa decisión.

La respuesta para este tribunal es negativa. No podemos negar, a la vista de la documental aportada y de la información que extractamos de las alegaciones que se contenían en la propia demanda, donde se critica la interpretación de determinada información, pero no se niega una parte de ella, que pueden establecerse conexiones, a través de sus respectivos sustratos societarios y del entramado de sociedades en el que participan los miembros de la familia Jesús María (significadamente, MAZQUIARÁN IRIARTE ASOCIADOS SL y OROBE INVERSIONES SL), entre MUNAVI GLOBAL GROUP SL y la entidad competidora de TECNITASA, INSTITUTO DE VALORACIONES SA, donde han pasado a trabajar una parte de los antiguos empleados de aquella. Se trata de una circunstancia que justifica la desconfianza del resto de los socios hacia la misma como miembro del consejo de TECNITASA. Es más, han mediado actitudes concretas de MUNAVI, tales como designar, aunque lo fuera solo durante un tiempo, como representante en su nombre en el consejo al Sr. Jose Ramón , ex empleado de TECNITASA, despedido por ésta, y que ahora presta sus servicios para INSTITUTO DE VALORACIONES SA (IVALORACIONES), lo cual ponen de manifiesto que la conexión antes aludida no entrañaba un riesgo remoto sino real. Es más, existe justificación documental en autos de que se habían ejercitado acciones penales en febrero de 2010 por parte de TECNITASA contra los Sres. Jose Ramón y Jesús María imputándoles la comisión de delitos societarios. En definitiva, se trata de razones de suficiente peso para descartar que el acuerdo de cese fuera el simple fruto de una mera imposición de carácter abusivo.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva que proceda efectuar expresa imposición de las costas derivadas de la segunda instancia a la parte apelante, tal como resulta de la regla prevista en el nº 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLO



1º. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de MUNAVI GLOBAL GROUP SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en el proceso número 619/2010.

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas derivadas de la segunda instancia.

Contra la presente sentencia tienen las partes la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ