



Roj: **SAP M 15696/2013 - ECLI:ES:APM:2013:15696**

Id Cendoj: **28079370282013100290**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **29/11/2013**

Nº de Recurso: **398/2012**

Nº de Resolución: **338/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Vigésimo octava C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010 Tfno.: 914931988 37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0006937

Recurso de Apelación 398/2012

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 771/2.010.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid.

Parte recurrente: "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L."

Procurador: Don José Luis Ferrer Recuero.

Letrado: Doña Susana Villalba Trujillo.

Parte recurrida: "THE MARKETING ROOM, S.A."

Procurador: Doña María del Carmen Jiménez Cardona.

Letrado: Don Agustín de Vicente-Retortillo y Díaz.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 338/2013

En Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil trece.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el número de rollo 398/12, interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2011 dictada en el procedimiento ordinario 771/10 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la mercantil demandante "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", siendo apelada la entidad demandada, "THE MARKETING ROOM, S.A.", ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L." contra la mercantil "THE MARKETING ROOM, S.A.",



en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"... se declaren sin efecto y radicalmente nulos los acuerdos referentes a los puntos del Orden del Día Tercero de la Junta General Ordinaria Primero y Cuarto de la Junta General Extraordinaria, ambas de fecha 22 de abril de 2010 de "The Marketing Room, S.A., así como aquellos otros que traigan causa en los mismos, así como la inscripción de la nulidad de los acuerdos en el Registro Mercantil respecto de que los que (sic) fueran objeto de inscripción, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó sentencia, con fecha 31 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "DESESTIMAR LA DEMANDA formulada por DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L., frente a "THE MARKETING ROOM, S.A.", absolviendo a "THE MARKETING ROOM, S.A." de los pedimentos formulados en su contra.

Se condena en costas a la actora."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada, que admitido por el Juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 28 de noviembre de 2013.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme con los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria y extraordinaria de accionistas de la entidad "THE MARKETING ROOM, S.A.", celebrada el día 22 de abril de 2010, la demandante, la mercantil "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", titular del 23,50% del capital social de la mencionada entidad, formuló la oportuna demanda interesando la nulidad de algunos de los acuerdos adoptados en la junta de referencia y concretamente, de los siguientes:

1.- (i) aprobación de la gestión del consejo de administración durante el ejercicio 2009, con excepción de la actuación de la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", representada por don Borja, en su calidad de consejera y consejera delegada; (ii) aprobación del ejercicio de la acción social contra "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", representada por don Borja (punto tercero del orden del día de la junta ordinaria);

2.- confirmación de los acuerdos adoptados por el consejo de administración en sus reuniones de 30 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010 de solicitar la declaración de concurso voluntario de la sociedad (punto primero del orden del día de la junta extraordinaria);

3.- disolución de la sociedad por las causas previstas en el artículo 260.1.3º y 4º de la Ley de Sociedades Anónimas, cese del consejo de administración y nombramiento de don Jesús Carlos como liquidador único de la sociedad por el período de cinco años (punto cuarto del orden del día de la junta extraordinaria);

Conviene destacar desde este momento que con anterioridad a la celebración de la junta ya se anunció y en ésta se acordó el aplazamiento de la deliberación sobre los puntos primero y segundo del orden del día incluidos en la convocatoria de la junta general ordinaria, referidos al examen del informe del auditor designado por el Registro Mercantil, la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009 (punto primero) y de la oportuna propuesta de aplicación de resultados (punto segundo). También se acordó aplazar la deliberación sobre los puntos segundo y tercero del orden del día de la junta general extraordinaria que se referían a la reducción y simultáneo aumento de capital (punto segundo) y modificación del artículo 5 de los estatutos (punto tercero). Estos acuerdos de aplazamiento, expresamente tomados en la junta, no son objeto de impugnación.

Tampoco han sido objeto de impugnación los acuerdos adoptados bajo los puntos quinto y sexto del orden del día de la junta extraordinaria referidos, respectivamente, al encargo efectuado al liquidador para que estudiara y decidiera el ejercicio de cuantas acciones judiciales considerara pertinentes contra "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L." y/o don Borja y contra las demás personas físicas y jurídicas que resultaran legitimadas pasivamente, encaminadas, entre otras posibles pretensiones, a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la desviación de operaciones a favor de "MK DREAMS, S.L."



La acción de impugnación se fundaba en la infracción del derecho de información ejercitado por el demandante con carácter previo junta. Además, respecto del acuerdo de aprobación de la gestión social se denunciaba que no podía aprobarse con carácter autónomo respecto del resto del contenido de la junta ordinaria, esto es, de la aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación de resultado, cuya deliberación y aprobación resultó aplazada.

La sentencia recaída en primera instancia desestima la demanda al rechazar la vulneración del derecho de información denunciada, en esencia, porque tal derecho fue razonablemente satisfecho y por la propia condición de consejero delegado, hasta el 16 de noviembre de 2009, de la entidad actora.

Frente a la sentencia se alza la parte demandante que insiste en la vulneración del derecho de información denunciada en la demanda y en la imposibilidad de aprobar la gestión del órgano de administración al margen de la aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación de resultado, añadiendo que también se vulneró su derecho de información en la propia junta. Además, de forma un tanto genérica e imprecisa se imputan a la sentencia los vicios de incongruencia y falta de motivación que se sostienen en la errónea valoración de la prueba practicada.

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

A pesar de que el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, se precisa que las citas legales contenidas en la presente resolución vienen referidas al hoy derogado Real Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al ser dicho texto, por razones temporales, el aplicable al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO.- Por razones sistemáticas el tribunal considera que deben abordarse en primer lugar dos cuestiones que afloran en el escrito de interposición del recurso de apelación consistentes en la denuncia de incongruencia y falta de motivación de la sentencia dictada en primera instancia y la infracción del derecho de información durante la celebración de la propia junta.

Como el apelante en su escrito de interposición del recurso de apelación tacha la sentencia de incongruente y le imputa el vicio de falta de motivación, tal cuestión debe ser analizada con carácter previo, eso sí, muy someramente, dada la imprecisión y confusión conceptual en que incurre el recurrente.

El apelante, de forma asistemática, en la tercera de sus alegaciones señala que: "La Sentencia que se recurre no es congruente porque toda la documental aportada por esta parte acredita que existió vulneración del derecho de información, por lo que el fallo no está suficientemente motivado ni es congruente con la prueba practicada. Entiende esta parte que se debe respetar la libre valoración de la prueba por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, pero en el caso presente no se ha realizado, por lo que el fallo es totalmente incongruente con la prueba, de hecho el contenido de la sentencia y su fallo se alejan y se abstraen de toda la prueba obrante en el procedimiento, motivo por el cual el fallo es insostenible".

El planteamiento supone desconocer los elementales conceptos de incongruencia y falta de motivación, extensamente desarrollados por la jurisprudencia, resultando innecesario detenerse ahora sobre los mismos por la sencilla razón de que la cuestión alegada -indebida valoración probatoria- ninguna relación guarda con la aludida incongruencia y falta de motivación y, en consecuencia, no se alega circunstancia alguna que determine la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En cuanto a la alegada infracción del derecho de información durante la celebración de la propia junta, debe recordarse al apelante que tal infracción no la invocó en su demanda que se sustentaba en la infracción del derecho de información ejercitado con carácter previo a su celebración hasta el punto de que en su escrito inicial toma como parámetro para poner de manifiesto la infracción denunciada, precisamente, la extensa información facilitada en la propia junta (páginas 14 y 22 de la demanda, por ejemplo).

El objeto del proceso tal y como fue conformado en la primera instancia no puede ser alterado. De acuerdo con nuestra tradición histórica, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, acoge un modelo de segunda instancia limitada, como revisio prioris instantie. La prohibición de introducir cuestiones nuevas en segunda instancia es un principio fundamental del recurso de apelación, positivizado en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en la instancia precedente. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo.

En definitiva, aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general pendente appellatione nihil innovetur.

A mayor abundamiento, el tribunal desconoce cuál puede ser la supuesta información interesada y denegada en la junta. Es más, con independencia de lo que afirma la sentencia apelada sobre la ampliación de la información en la junta, basta la lectura del acta de la reunión para comprobar que el apelante, sencillamente, no interesó información adicional alguna, limitándose a denunciar la infracción de su derecho de información ejercitado con carácter previo.

TERCERO.- Para la adecuada resolución del recurso de apelación son antecedentes fácticos relevantes los siguientes hechos que declaramos probados:

1.- La entidad demandante, que hasta el día 16 de noviembre de 2009 había sido consejera delegada de la mercantil "THE MARKETING ROOM, S.A.", en su calidad de socio titular del 23,50% de su capital social, solicitó la convocatoria de una junta general con el siguiente orden del día:

"1.- Análisis de la situación económica de la Compañía y su viabilidad. 2- Propuesta de disolución, en su caso, de la Compañía" (documento nº 2 de la demanda).

2.- El día 10 de marzo de 2010 se comunicó a la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L." la convocatoria de la junta general ordinaria y extraordinaria de la mercantil "THE MARKETING ROOM, S.A.", para el día 22 de abril de 2010, con el siguiente orden del día:

"JUNTA ORDINARIA

Primero.- Examen del Informe del Auditor designado por el Registro Mercantil y examen y, en su caso, aprobación del Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, Memoria y Estado de Cambios en el Patrimonio Neto correspondientes al ejercicio social cerrado al 31 de diciembre de 2009.

Segundo.- Aprobación, en su caso de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2009.

Tercero.- Examen y aprobación, en su caso, de la gestión del Consejo de Administración y de los Consejeros-Delegados durante el ejercicio 2009. Deliberación y, en su caso, aprobación del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el Consejero- Delegado dimitido Desarrollos Empresariales Manila, sociedad limitada y su representante persona física Don Borja .

JUNTA EXTRAORDINARIA:

Primero.- Análisis de la situación económica de la sociedad y de su viabilidad. Informe del Consejo de Administración sobre la solicitud de concurso voluntario y acuerdos que procedan.

Segundo.- Análisis y, en su caso, aprobación de una reducción de capital social en la cifra de 501.250,68 euros hasta dejarlo en la cifra de cero euros y aumento simultáneo del capital social , por aportación dineraria o por compensación de créditos contra la sociedad, hasta la cifra máxima de 60.200 euros, mediante la emisión de 60.200 nuevas acciones nominativas, de un euro de valor nominal cada una de ellas, con una prima de emisión por cada nueva acción emitida de 36 euros; todo ello con el objeto de restablecer el equilibrio patrimonial de la sociedad como consecuencia de las pérdidas acumuladas.

Tercero.- Modificación, en su caso, del artículo 5º de los Estatutos Sociales.

Cuarto.- Propuesta del accionista Desarrollos Empresariales Manila, sociedad limitada, de disolución de la sociedad y aprobación, en su caso.

Quinto.- Informe del Consejo de Administración sobre las acciones contra el accionista Desarrollos Empresariales Manila, sociedad limitada y acuerdos que procedan.

Sexto.- Delegación de facultades para la formalización y ejecución de los acuerdos anteriores.

Séptimo.- Ruegos y preguntas.

Octavo.- Redacción, lectura y aprobación, en su caso, del acta de la sesión." (documentos nº 4 y 5 de la demanda).

3.- Pasados veinte días, la demandante, mediante comunicación remitida el día 31 de marzo -que no fue entregada a la sociedad hasta el día 5 de abril de 2010- , interesó la siguiente información: "... el envío gratuito, al domicilio de esta empresa y con la antelación suficiente a la celebración de la Junta, de toda la información



y documentación referente a todos los puntos del Orden del Día y a que obliga la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a las modificaciones estatutarias previstas.

Igualmente les ruego el envío del informe de Auditoría solicitado por esta empresa una vez obre en su poder." (documento nº 6 de la demanda).

4.- El presidente del consejo de administración, mediante comunicación remitida y recibida el día 16 de abril de 2010, informó al socio demandante que se iba a proponer aplazar los puntos primero y segundo del orden del día de la junta ordinaria y los puntos segundo y tercero de la junta extraordinaria hasta que se dispusiera del informe de auditoría, ofreciendo, en lo que aquí interesa, detallada información sobre las conductas que justificaban proponer el ejercicio de la acción social de responsabilidad (documento nº 7 de la demanda).

5.- Recibida la anterior comunicación, el demandante con fecha 20 de abril de 2010, dos días antes de la celebración de la junta, insistió en "... el envío gratuito, al domicilio de esta empresa y con la antelación suficiente a la celebración de la Junta, de toda la información y documentación referente al resto de los puntos del Orden del Día que serán sometidos a deliberación. Le recuerdo que de los once puntos del Orden del Día de las Juntas Ordinaria y Extraordinaria, únicamente se han aplazado cuatro, por lo que quedamos a la espera de la recepción de la documentación referente a los restantes puntos del Orden del Día, y todo ello para la propia validez de la Junta.". (documento nº 8 de la demanda).

6.- Dicha comunicación fue contestada por la sociedad el propio día 20 de abril, destacando que la información solicitada desde la primera petición se hacía en términos vagos y genéricos y, en lo que ahora interesa, respecto del ejercicio de la acción social reitera y se remite a la información facilitada en la anterior comunicación, añadiendo que los puntos primero y cuarto del orden del día de la junta extraordinaria habían sido incluidos a petición del demandante (documento nº 9 de la demanda).

7.- La junta se celebró el día 22 de abril de 2010 y se adoptaron los acuerdos referenciados en el primero de los fundamentos de derecho de esta resolución (documento nº 11 de la demanda).

CUARTO.- Procede ya examinar la impugnación de los concretos acuerdos adoptados en la junta litigiosa.

Bajo el punto tercero del orden del día de la junta general ordinaria se adoptaron, en realidad, dos acuerdos distintos: (i) la aprobación de la gestión del consejo de administración durante el ejercicio 2009, con excepción de la actuación de la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", representada por don Borja , en su calidad de consejera y consejera delegada; (ii) el ejercicio de la acción social contra "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", representada por don Borja .

Al margen de por la infracción del derecho de información, el primero de los acuerdos adoptados fue impugnado por adoptarse separadamente del resto del contenido que integra la junta ordinaria y, concretamente, de la aprobación de las cuentas anuales. Tal infracción se puso de manifiesto en la propia junta, se denunció en la demanda y se reitera en el recurso.

El artículo 95.1 de la Ley de Sociedades Anónimas impone que: "La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado".

Como indica doctrina autorizada, la delimitación competencial de la junta ordinaria que se hace en el precepto no tiene un carácter taxativo, pudiendo ser incluidas en el orden del día de una junta ordinaria cualesquiera otras materias distintas de las allí contempladas; pero sí tiene carácter necesario, en el sentido de que la junta convocada como ordinaria ha de tratar obligatoriamente sobre las materias allí señaladas.

En definitiva, no puede disociarse el contenido de la junta ordinaria y someterse a aprobación de una junta la gestión social al margen y con independencia de la deliberación y aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación de resultado, de modo que se apruebe la gestión del consejo, con la excepción de la del consejero delegado, sin haberse sometido a deliberación las cuentas anuales, sin perjuicio de que, naturalmente, la junta pueda decidir separar a los administradores que tenga por conveniente sin necesidad de que tal cuestión figure siquiera en el orden del día (artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esto es, al margen de la junta ordinaria puede censurarse la gestión social y aprobarse en cualquier junta la separación de los administradores pero no puede aprobarse tal gestión al margen y con independencia del resto del contenido de la junta ordinaria, lo que determina la nulidad del acuerdo ahora analizado.

Resulta irrelevante la alegación efectuada por el apelado cuando afirma que en la junta celebrada el día 29 de junio de 2011 y, en consecuencia con posterioridad a la presentación de la demanda origen de estas actuaciones, se ratificó, con ocasión de la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2009, el acuerdo



por el que se aprobó la gestión del consejo de administración con la excepción de la actuación del consejero delegado, en tanto que tal ratificación no sana la nulidad del acuerdo impugnado sin perjuicio de la eficacia del acuerdo adoptado con posterioridad que no es objeto del presente pleito.

Como indican la sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002 , 6 de enero de 2006 , 11 de noviembre de 2005 y 18 de octubre de 2012 , que cita las anteriores: "la ratificación o convalidación del acuerdo consistente en dejarlo sin efecto o sustituirlo válidamente por otro sólo surtirá efectos para enervar la acción de anulabilidad cuando se haya producido antes de la demanda impugnatoria de los acuerdos tachados de anulables, pues, en otro caso, bastaría que, una vez iniciado el proceso, se convocase nueva Junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes o se sustituyesen los acuerdos dictados para dejar sin contenido la demanda formulada, en contradicción con el principio de la perpetuación de la jurisdicción que obliga, por razones de seguridad jurídica y garantía del proceso, a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de la interposición de la demanda, como expresa la rúbrica de las Decretales, traída a colación en este proceso, Ut lite pendente, nihil innovetur ".

Ya hemos señalado que bajo el mismo punto del orden del día se acordó ejercitar la acción social contra "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", representada por don Borja .

Al margen de la genérica e imprecisa petición de información, como luego se analizará con más detalle, respecto de este acuerdo ni siquiera podemos encontrar en la demanda en qué consistiría la supuesta vulneración del derecho de información, pues, precisamente, respecto de este concreto acuerdo sí se facilitó al demandante la necesaria información detallándole cuáles eran las actuaciones que justificaban, a juicio de la sociedad, el ejercicio de la acción (documento nº 7 y 9 de la demanda), siendo manifiestamente irrelevante que aquélla hubiera dejado de ser administrador de la sociedad al tiempo de la adopción del acuerdo y sin que en el proceso de impugnación del acuerdo social por el que se decide ejercitar la acción social proceda examinar la realidad de las conductas que se reprochan al administrador al integrar el contenido propio del litigio en que tal acción se ejercite.

QUINTO.- Tampoco puede prosperar el recurso respecto de la impugnación de los acuerdos adoptados bajo los puntos primero y cuarto del orden del día de la junta general extraordinaria.

Recordemos que dichos acuerdos consistían en la confirmación de los acuerdos adoptados por el consejo de administración en sus reuniones de 30 de noviembre de 2009 y 24 de febrero de 2010 para solicitar la declaración de concurso voluntario de la sociedad (punto primero) y en la disolución de la sociedad por las causas previstas en el artículo 260.1.3 º y 4º de la Ley de Sociedades Anónimas y, en consecuencia, el cese del consejo de administración y el nombramiento de don Jesús Carlos como liquidador único de la sociedad por el período de cinco años (punto cuarto).

La única petición de información previa a la junta que se formuló dentro del plazo señalado en el artículo 112.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hasta el séptimo día anterior a su celebración- adolecía, respecto de los acuerdos ahora analizados, de una manifiesta imprecisión en tanto que el demandante se limitó a pedir: "... el envío gratuito, al domicilio de esta empresa y con la antelación suficiente a la celebración de la Junta, de toda la información y documentación referente a todos los puntos del Orden del Día y a que obliga la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a las modificaciones estatutarias previstas...".

La misma imprecisión cabe reprochar a la petición, ya extemporánea como previa, efectuada en la comunicación de 20 de abril de 2010, una vez depurado el orden del día, en la que insiste en: "... el envío gratuito, al domicilio de esta empresa y con la antelación suficiente a la celebración de la Junta, de toda la información y documentación referente al resto de los puntos del Orden del Día que serán sometidos a deliberación. Le recuerdo que de los once puntos del Orden del Día de las Juntas Ordinaria y Extraordinaria, únicamente se han aplazado cuatro, por lo que quedamos a la espera de la recepción de la documentación referente a los restantes puntos del Orden del Día, y todo ella par la propia validez de la Juta".

En ningún momento aclaró el demandante la información que pretendía obtener para formarse criterio sobre los puntos del orden del día en el que se adoptaron los acuerdos impugnados, ni se ha precisado qué documentos pretendía obtener cuando se trataba, por un lado, de decidir sobre la disolución de la sociedad - punto propuesto por el propio demandante- y, de otro, y en lo que aquí interesa, que el órgano de administración informase sobre la presentación de la solicitud de concurso y se adoptaran los acuerdos oportunos, que se limitaron a la ratificación de las decisiones del consejo relativas a la presentación del concurso.

Además, resulta patente que el demandante en su condición de consejero delegado de la sociedad hasta el 16 de noviembre de 2009 tenía perfecto conocimiento de la situación económica de la sociedad hasta el punto de que fue el propio demandante el que requirió a los administradores para que convocaran una junta en la que se debatiera y, en su caso, se decidiera sobre la disolución de la sociedad. Es el propio demandante el



que en su demanda señala que instó la convocatoria de la junta para debatir y decidir sobre la disolución de la sociedad con cita del artículo 262.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (folio 6 de la demanda), esto es, para que los administradores dieran cumplimiento a sus deberes en orden a promover su disolución.

Por lo demás, el demandante en su condición de consejero delegado de la entidad demandada hasta el 16 de noviembre de 2009, tenía perfecto conocimiento de la más que difícil situación económica de la sociedad hasta el punto de que en el consejo de administración en el que se cesó a la demandante como consejera delegada, celebrado en la indicada fecha, se puso de manifiesto la previsión de unas pérdidas al final del ejercicio de más de un millón de euros (folio 410), siendo negativo el patrimonio social a 30 de octubre de 2009 en la cuantía de 550.227,24 euros (acta e informe acompañados a la contestación a la demanda como documentos nº 19 y 19 bis).

Precisado lo anterior, el demandante en su calidad de consejero delegado de la sociedad hasta el 16 de noviembre de 2009 tenía perfecto conocimiento de la situación económica de la sociedad y los elementos de juicio suficientes para decidir su voto en orden a la disolución de la sociedad, hasta el punto de que fue el propio demandante el que requirió a los administradores la introducción de ese punto del orden del día (documento nº 20 de la contestación a la demanda).

De igual forma, el demandante tenía la necesaria información para ratificar o no la decisión del consejo de administración de solicitar el concurso, decisión que se tomó ya en la reunión del día 30 de noviembre de 2009, esto es, pocos días después de su cese.

Con independencia de la nula transcendencia práctica que pudiera tener el éxito de la impugnación, lo cierto es que aquella no puede ser acogida en tanto que el demandante controló la gestión de la sociedad hasta el día 16 de noviembre de 2009 por lo que no se comprende qué dudas o incertidumbres podía tener para formar criterio sobre la procedencia o no de que el consejo de administración hubiera decidido solicitar el concurso ya el día 30 de noviembre de 2009.

Por último, deber recordarse que el Tribunal Supremo ha perfilado en su más reciente jurisprudencia (sentencia de 16 de enero de 2012 con cita de las 1 de diciembre de 2010 y 21 de marzo de 2011) el contenido y los límites del derecho de información del socio, concretamente en el ámbito de las sociedades anónimas y, en lo que aquí interesa, destaca que: "1) El derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, a tenor de lo previsto en el artículo 48.2.d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (y en el artículo de la de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) -hoy 93.d) de la Ley de Sociedades de Capital-, constituye un derecho autónomo -sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto- que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 del referido texto refundido (y en el artículo 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) -hoy 197 (y 196) de la Ley de Sociedades de Capital -, a fin de que le sean facilitados determinados datos referidos a la marcha de la sociedad.

2) Es el accionista el que debe identificar las informaciones que a él le interesan, tanto para poder emitir su voto con el más perfecto conocimiento de la cuestión sometida a la junta -en cuyo caso tiene carácter instrumental-, como para estar informado sobre detalles de la actividad de la sociedad y de la forma de gestionarla por los administradores, incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercerlo, ya que la privación del derecho a votar no comporta pérdida del derecho a estar informado de los asuntos sociales.

...

5) Además de las limitaciones impuestas por la legislación societaria, el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente, lo que debe examinarse de forma casuística en función de los múltiples parámetros -entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitado-."

En el supuesto de autos, el demandante ni precisó con exactitud las informaciones que le interesaban ni estaba justificada, con relación a los acuerdos aprobados ahora analizados, la petición de información sobre la situación económica de la sociedad - cuya omisión es lo que fundamentalmente se censura en la demanda -, cuando, precisamente, el demandante fue consejero delegado de la sociedad hasta el 16 de noviembre de 2009 por lo que podía formar perfecto criterio sobre la necesidad o no de acordar la disolución de la sociedad y ratificar o no la decisión del consejo de administración, tomada inmediatamente después de su cese, de instar el concurso voluntario de la sociedad, por lo que la petición, en todo caso, debería tacharse de abusiva.

SEXTO.- En materia de costas, la estimación parcial del recurso de apelación con estimación parcial de la demanda, determina que no proceda efectuar condena en costas en ninguna de las instancias, todo ello de conformidad con los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador don José Luis Ferrer Recuero en nombre y representación de la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L." contra la sentencia dictada el día 31 de octubre de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, en el procedimiento núm. 163/2011 del que este rollo dimana.

2.- Revocar parcialmente dicha resolución y, en su lugar, estimamos parcialmente la demanda formulada por la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L." contra la mercantil "THE MARKETING ROOM, S.A.", representada por la procuradora doña María del Carmen Jiménez Cardona y, en consecuencia:

a) Declaramos la nulidad del primero de los acuerdos adoptados bajo el punto tercero del orden del día en la junta general ordinaria de la entidad "THE MARKETING ROOM, S.A.", celebrada el día 22 de abril de 2010, consistente en: " Aprobar la gestión del Consejo de Administración durante el ejercicio 2009, con excepción de la actuación del Consejero y Consejero Delegado la entidad "DESARROLLOS EMPRESARIALES MANILA, S.L.", representado por la persona física D. Borja "; confirmando en lo demás la desestimación de la demanda, sin efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia.

3.- No se efectúa expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá 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.