



Roj: **SAP M 1591/2014 - ECLI:ES:APM:2014:1591**

Id Cendoj: **28079370282014100021**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **27/01/2014**

Nº de Recurso: **576/2012**

Nº de Resolución: **27/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0011111

ROLLO DE APELACIÓN Nº 576/2012.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 1139/2009.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

Parte recurrente: D. Jeronimo e INTERSECO, S.L.

Procuradora: D^a María del Carmen Ortiz Cornago

Letrado: D. Pablo Enrile Mora-Figueroa

Parte recurrida: GINGO BILOBA, S.L.

Procuradora: D^a María Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga

Letrado: D. Rafael Balbuena Cruces

SENTENCIA nº 27/2014

En Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 1139/2009 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día veintiséis de abril de dos mil once.

Han comparecido en esta alzada los demandantes, D. Jeronimo e INTERSECO, S.L., representados por la Procuradora de los Tribunales D^a María del Carmen Ortiz Cornago y asistidos del Letrado D. Pablo Enrile Mora-Figueroa, así como la demandada, GINGO BILOBA, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a María Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga y asistida del Letrado D. Rafael Balbuena Cruces.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por la procuradora D^a M^a del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de D. Jeronimo y de INTERSECO, S.L. contra GINGO BILOBA, S.L., representada por la procuradora D^a M^a Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga, en materia de impugnación de acuerdos adoptados por la Junta General del día 16 de septiembre de 2009, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a los demandantes."



SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día veintitrés de enero de dos mil catorce.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Jeronimo y la mercantil INTERSECO, S.L. interpusieron demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en relación a los extremos primero, segundo y tercero del orden del día de la Junta General de Socios de GINGO BILOBA, S.L. celebrada el día 16 de septiembre de 2009.

Los referidos acuerdos son los siguientes:

1. Cambiar el actual órgano de administración de la sociedad que es el Consejo de Administración por el de Administrador Único que prevé el artículo 20º A) de los Estatutos Sociales; y, a tal fin:
 2. Cesar en el cargo de Administradores de la Sociedad a D. Jeronimo , D. Isidro , D. Lázaro y D. Martin , agradeciéndole los servicios prestados.
 3. Nombrar administrador único de la sociedad por plazo de cinco años a D. Martin , (...).
- D. Jeronimo formaba parte del Consejo de Administración de GILGO BILOBA, S.L. hasta el momento en que se adoptaron los acuerdos objeto de impugnación.

El capital de la sociedad, en el momento de celebración de la Junta, estaba participado por dos socios: la mercantil INTERSECO S.L., que ostentaba una participación del 49,74%, y D. Martin , que ostentaba una participación del 50,26% del capital social. A su vez éste es administrador único de INTERSECO, S.L., sociedad participada en un 24% por el propio D. Martin y en un 76% por D. Jeronimo .

D. Martin procedió a celebrar Junta General de Socios de GILGO BILOBA, S. L., con carácter de universal, en la que compareció personalmente en calidad de socio que ostentaba una participación del 50,26% del capital social y al mismo tiempo en su condición de representante legal del otro socio, INTERSECO, S.L.

Los acuerdos fueron aprobados con el voto favorable de D. Martin , a título personal, absteniéndose en su condición de representante de INTERSECO, S.L. habida cuenta de que no había consensuado el voto con el socio mayoritario de dicha mercantil.

La acción impugnatoria de los referidos acuerdos se basa en su anulabilidad por haber sido adoptados en contravención del régimen de mayorías previsto en los Estatutos sociales y, en concreto, en sus artículos 12 y 20 C). El primero de los citados preceptos requiere el voto favorable de dos terceras partes del capital social para la adopción de acuerdos por los que se determine el sistema de administración. El segundo requiere la misma mayoría para la adopción de acuerdos de cese de los administradores.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión ejercitada. Considera la sentencia que para impugnar un acuerdo anulable es necesario que el socio hubiera hecho constar su oposición una vez que se adoptó el acuerdo. El Sr. Martin , en cuanto representante de INTERSECO, S.L., se abstuvo en la votación, de manera que INTERSECO, S.L., como socio de GILGO BILOBA, S.L. no se encuentra legitimado para impugnar los acuerdos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117.2 TRLSA en relación al artículo 56 LSRL , preceptos aplicables al caso por razones temporales.

En segundo lugar analiza la sentencia la legitimación del codemandante D. Jeronimo , en cuanto administrador de GILGO BILOBA, S.L. A tal efecto señala que carece de legitimación para impugnar los acuerdos en tanto perdió dicha condición precisamente a consecuencia de los acuerdos que impugna (cambio del órgano de administración, cese de los miembros del consejo y nombramiento de administrador único en la persona del Sr. Martin). Del mismo modo que ocurre con el socio, es preciso que al momento de interposición de la demanda ostente también el administrador la legitimación requerida. Por último, en relación a los acuerdos anulables, no es posible acudir a la legitimación fundada en la existencia de un interés legítimo, reservada para la impugnación de acuerdos nulos.

SEGUNDO. Frente a la citada sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por D. Jeronimo e INTERSECO, S.L.

A tal efecto señala que la sentencia recurrida vulnera el artículo 24 CE en cuanto se refiere a la necesidad de evitar rigorismos o formalismos excesivos en la interpretación de las normas que imponen condiciones



impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, con cita de la STC núm. 40/2009, de 9 de febrero, en la que el TC contempló un supuesto relacionado con la legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales, concediendo el amparo. De este modo, el Sr. Jeronimo pretende impugnar como administrador precisamente los acuerdos por los que perdió tal condición, por lo que no puede admitirse la falta de legitimación, más cuando se vulneró en su adopción el régimen de mayorías previsto en los Estatutos sociales. Ello da lugar, en apreciación de la parte recurrente, a una interpretación rigorista de las normas por las que se establece la legitimación para la impugnación de acuerdos que impide el ejercicio de la acción. Resulta ilógico, conforme a la citada sentencia del Tribunal Constitucional, que se vea privada de legitimación la persona que perdió precisamente su condición legitimante por los acuerdos impugnados, sin que el TC distinga entre acuerdos nulos o anulables.

Por cuanto se refiere a INTERSECO, S.L. considera el recurso que la "verdadera voluntad" de dicho socio no se encontraba representada por el Sr. Martin, con su abstención y silencio en la votación.

Por último, en cuanto se refiere al motivo de impugnación, reitera que los acuerdos se adoptaron sin las mayorías exigidas por los artículos 12 y 20 C) de los Estatutos sociales, que requieren el voto favorable de dos tercios del capital social.

En su escrito de oposición al recurso señala GILGO BILOBA, S.L. que la sociedad mantenía una situación de desgobierno a partir de la salida de unos socios extranjeros que había que solucionar, y que la impugnación se basa en la defensa de intereses particulares del anterior consejero demandante.

Respecto a la legitimación de INTERSECO, S.L. señala que no adoptó tras la votación las reservas de acciones y oposición que son requisito ineludible para la impugnación de los acuerdos.

Por lo que se refiere al Sr. Jeronimo mantiene que la citada sentencia del Tribunal Constitucional no abre una puerta sin límites a la legitimación, sino que deja clara la necesidad de aplicación de la ley. Añade que el criterio legitimador de los administradores no está para defender sus intereses personales. Concluye este aspecto señalando que el cargo de administrador debe estar vigente en el momento en que se interpone la demanda.

Respecto al motivo de impugnación de los acuerdos señala que la demanda debe ser inatendida por el principio de defensa de la sociedad - favor societatis - y añade que los acuerdos han sido los propios de una situación de crisis de una empresa y adoptados en legal forma.

TERCERO. Conforme establece el artículo 117 TRLSA, por remisión del artículo 56 LSRL, para la impugnación de los acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubieran sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

En relación a la condición de socio, referida a la impugnación de acuerdos nulos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2002 entendió que el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar por nulidad un acuerdo social a quien sea accionista, o tenga interés legítimo, en el momento de ejercitar la acción de impugnación, y negó legitimación a quien dejó de ser socio, por transmisión a tercero de sus acciones, varios años antes de ejercitar la acción de impugnación y, además, carecía de interés legítimo. Esta sentencia se cita en la posterior de 18 de junio de 2012.

Por un lado, es evidente que no es preciso analizar la concurrencia de interés legítimo en el demandante, en cuanto la legitimación que se reconoce a quien ostente un interés legítimo se circunscribe a la impugnación de acuerdos nulos.

Por otra parte, atendiendo a la condición de socio, la última sentencia citada reitera la necesidad de que en el momento de interposición de la demanda el demandante siga ostentando la condición de accionista, que en el caso de acuerdos nulos le exige de acreditar cualquier otro interés.

Si la condición de socio al interponer la demanda es requisito para considerar que el actor ostenta legitimación en cuanto tal, la misma conclusión debemos aplicar a la legitimación del administrador, tanto para la impugnación de acuerdos nulos como anulables.

Es necesario por lo tanto que se ostente la condición de administrador al tiempo de ejercitar la acción de impugnación.

Para el ejercicio de la acción se encuentra legitimado cualquier miembro del órgano de administración, de modo que, en este caso, basta que sea un miembro del consejo.

Sin embargo, D. Jeronimo perdió precisamente su condición de administrador a consecuencia de los acuerdos que pretende impugnar. Es indudable que a la fecha de interposición de la demanda no ostentaba cargo alguno.



No obstante es necesario profundizar en este aspecto para determinar si en este caso particular se pierde la legitimación que permite el ejercicio de la acción.

La citada STC núm. 40/2009, de 9 de febrero, planteó un supuesto semejante en relación al socio. Se pretendían impugnar los acuerdos simultáneos de reducción a cero y ampliación de capital, cuando, a consecuencia de la reducción de capital, el socio perdió tal condición, de manera que no podría impugnar ya el acuerdo. El argumento utilizado era que antes de haber ejercitado la acción impugnatoria, los demandantes ya habían perdido su condición de socios como consecuencia de la ejecución del acuerdo adoptado en la junta de reducción del capital de la compañía hasta cero euros y la simultánea ampliación del mismo hasta 60.101,21 euros.

El TC recuerda su ya consolidada doctrina relativa al derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción. No se trata de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos. No obstante el derecho puede verse conculcado por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican.

En relación a las decisiones que impiden un pronunciamiento de fondo por apreciarse la falta de legitimación activa, recuerda el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva impone a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, ciñéndose su función a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas, así como a garantizar el control de aquellas decisiones judiciales que declaran la falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso, contraria a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Considera el TC que las Sentencias recurridas en amparo incurrieron en una quiebra lógica de juicio, porque, prejuzgando el fondo del asunto, al atribuir indirectamente validez a un acuerdo societario que era precisamente objeto de impugnación en el proceso por parte de los demandantes, niegan a éstos legitimación ad causam para impugnar en concepto de socios (art. 117.1 LSA) ese acuerdo, que les desposeyó de su condición de socios accionistas de la compañía. Añade que las Sentencias impugnadas han vulnerado el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pues la decisión judicial de apreciar su falta de legitimación activa para impugnar en calidad de socios los acuerdos societarios en cuestión, se fundaba en una interpretación rigorista y desproporcionada de la norma aplicable al caso (art. 117.1 LSA).

Atendiendo a los criterios expuestos por el TC, no es posible apreciar la carencia de legitimación para la impugnación de acuerdos cuando la pérdida de la condición legitimante se funda precisamente en el acuerdo que se trata de impugnar. Dicho de otro modo, no cabe excluir la legitimación tomando como presupuesto la validez del propio acuerdo que se impugna.

En efecto, de seguirse este criterio, nunca podría el socio impugnar como tal aquellos acuerdos por los que pierde dicha condición.

Y del mismo modo, tampoco el administrador podría impugnar los acuerdos adoptados en la Junta que le separa del cargo. Por ello se refiere el TC a que la falta de legitimación se sostiene prejuzgando el fondo del asunto.

En suma, la legitimación reconocida al socio o al administrador (tanto para la impugnación de acuerdos nulos como de acuerdos anulables) se vería recortada en determinados supuestos, en los que el propio acuerdo impugnado serviría para negar su legitimación.

Esta interpretación en modo alguno altera los presupuestos establecidos legalmente para el ejercicio de las acciones de impugnación, sino que, por el contrario, tiende a evitar que, en supuestos excepcionales como los contemplados, el propio acuerdo que se pretende impugnar bloquee el acceso a la jurisdicción al amparo de la falta de legitimación, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es más, esta es la interpretación que procede siguiendo el criterio adoptado por el legislador en supuestos semejantes.



En el caso de la exclusión de socios, parece difícil sostener que el socio excluido por acuerdo de la junta cuya participación sea inferior al veinticinco por ciento del capital social (artículo 99 LSRL , actualmente, artículo 352 TRLSC, supuesto en el que no se requiere además resolución judicial firme para dar lugar a la exclusión) no pueda impugnar el acuerdo que le excluye por haber perdido ya la condición de socio en el momento de ejercitar la acción de impugnación. La facultad de impugnar el acuerdo parece indudable, sin que sea preciso alegar ningún interés legítimo específico más allá de la propia condición de socio que se pierde a consecuencia del mismo acuerdo impugnado.

Dicho de otro modo, cuando se trata de impugnar el propio acuerdo por el que el socio o el administrador pierden su condición, lo que se extiende a los acuerdos adoptados en la misma junta, no desaparece la situación legitimante de éstos, lo que es de aplicación tanto a la impugnación de acuerdos nulos como de acuerdos anulables.

Atendiendo a lo expuesto, hemos de reconocer que el Sr. Jeronimo , al ostentar la condición de administrador en el momento de ser adoptados los acuerdos por los que pierde la condición de miembro del consejo de administración, se encuentra legitimado para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos adoptados en esa misma junta.

No ocurre lo mismo con el socio INTERSECO, S.L.

En este caso la falta de legitimación se debe a la necesidad de que el socio haya hecho constar en acta su oposición al acuerdo, lo que no ocurrió en este caso.

Como señala la STS de 4 de julio de 2007 :

La doctrina jurisprudencial de modo pacífico viene exigiendo que la oposición ha de expresarse con posterioridad a haberse adoptado el acuerdo, no siendo suficiente la oposición anterior aunque vaya acompañada del voto en contra. Esta doctrina puede ser más o menos rigurosa cuando, como sucede en el caso, los impugnantes fueron los accionistas que promovieron la junta y a cuya instancia se incluyó el particular objeto de debate en el orden del día, pero es la mantenida por la Sala como más ajustada a la exigencia legal. En tal sentido se manifiesta la Sentencia de 21 de febrero de 2001 , que resume la doctrina de las Sentencias de 18 de septiembre de 1998 , 14 de julio de 1997 , 13 de noviembre de 1988 (que recoge la plasmada en las anteriores de 22 de diciembre de 1986 , 15 de junio y 30 de noviembre de 1987), y a continuación dice «cuando la ley exige "constar en acta su oposición al acuerdo" no se está refiriendo a disentir del mismo y exteriorizarlo en la discusión previa en la que cabe la emisión de opiniones encontradas, que puedan ser incluso modificadas; lo que se requiere es que, una vez tomado el acuerdo, conste su oposición claramente aunque de forma libre, explícitamente, aunque no con la frase sacramental del verbo oponerse; en todo caso, que el oponente salve el voto manifestado su oposición al acuerdo de la mayoría, acuerdo que, evidentemente debe haber sido tomado. Para este tema, la opción del legislador manifestada en el texto legal del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 es clara: no da trascendencia jurídica a cualquier manifestación anterior, sino sólo a la de oposición posterior "...oposición al acuerdo, no a la previsión, proposición o discusión del acuerdo. Esta es la interpretación que ha dado la jurisprudencia, en múltiples sentencias como las relacionadas en el fundamento anterior». Y no se ha aducido ninguna razón, -añadimos aquí-, con la entidad suficiente para poder efectuar un cambio jurisprudencial.

El criterio expuesto se ajusta al requisito legalmente establecido, cuyo cumplimiento se exige además de manera no rigorista.

En consecuencia, dado que INTERSECO, S.L. no votó en contra ni formuló oposición a los acuerdos, no se encuentra legitimada para el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos anulables.

CUARTO. Admitida la legitimación del codemandante D. Jeronimo hemos de conocer del motivo de fondo alegado para impugnar los acuerdos, que no es otro que fueron adoptados sin concurrir las mayorías previstas estatutariamente.

Este hecho es evidente, por lo que no se discute el régimen de mayorías previsto estatutariamente. La sociedad pretende salvar esta situación aludiendo a los móviles que atribuye para la impugnación de los acuerdos al Sr. Jeronimo , que no serían otros que los intereses particulares. Sin embargo, la causa de la impugnación no se debe en sí a la modificación del órgano de administración, el cese de los administradores y el consecuente nombramiento de un administrador. La sociedad puede, a través de la junta, adoptar las decisiones que crea conveniente, como en cualquier clase de asunto. Lo relevante es la alteración del régimen de mayorías previsto estatutariamente para la adopción de determinados acuerdos, cuyo respeto atiende a un indudable interés social.



Y para justificar la vulneración estatutaria no puede aludirse a crisis alguna en la empresa, pues al margen de que ello no permite alterar el régimen legal o estatutario al que se somete la sociedad, los acuerdos van mucho más allá de completar vacantes en el órgano de administración.

El socio mayoritario está en su derecho de hacer valer su participación en la conformación del órgano de administración y en su composición, pero respetando las normas legales o estatutarias.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser parcialmente estimado en lo que se refiere al Sr. Jeronimo e igualmente la demanda debe ser parcialmente estimada, apreciando la legitimación del codemandante para el ejercicio de la acción y la nulidad de los acuerdos que se impugnan, desestimando la demanda en relación a INTERSECO, S.L.

QUINTO. No cabe efectuar expresa imposición de las costas del recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC. Dada la estimación parcial de la demanda no cabe efectuar expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia (artículo 394 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Jeronimo e INTERSECO, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, en su lugar,

Estimamos la demanda interpuesta por D. Jeronimo contra GINGO BILOBA, S.L., declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de Socios de dicha mercantil celebrada el día 16 de septiembre de 2009, por resultar contrarios a los Estatutos sociales, y desestimamos la demanda en relación a la mercantil INTERSECO, S.L.

No se efectúa expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.