



Roj: **SAP O 2751/2014 - ECLI:ES:APO:2014:2751**

Id Cendoj: **33044370012014100331**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2014**

Nº de Recurso: **257/2014**

Nº de Resolución: **340/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA núm. 340/2014

Rollo 257/14

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

D. JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

D. GUILLERMO SACRISTAN REPRESA

D. JAVIER ANTON GUIJARRO

En Oviedo a quince de Diciembre de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera, de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 221 /2012, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de OVIEDO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 257 /2014, en los que aparece como parte apelante, CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A., representada por la Procuradora de los tribunales, D^a.MARIA VISITACION RIVERA DIAZ, asistida por el Letrado D. LUIS LLANES GARRIDO, y como parte apelada D- Íñigo , representado por el Procurador de los tribunales D. FRANCISCO JAVIER FUMANAL FERNANDEZ, asistido por el Letrado D. JAVIER GARCIA SANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 9 de Enero de 2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:"ESTIMAR la demanda interpuesta por Íñigo contra CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. (CAPSA), declarando la nulidad por lesión del interés social del Acuerdo adoptado en la reunión del consejo de administración de la demandada de 28-9-2012, bajo el 5º punto del orden del día, consistente en aprobar la propuesta con los términos de un nuevo contrato de arrendamiento de marca así como de los posteriores acuerdos que puedan adoptarse en sus ejecución, con imposición de costas a la demandada".

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido en ambos efectos, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 11 de Diciembre de 2014, quedando los autos para sentencia.



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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. GUILLERMO SACRISTAN REPRESA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que impugna la entidad demandada, CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑA SANTA (CAPSA), tras rechazar la primera acción ejercitada por D. Íñigo , relativa a la vulneración por el acuerdo que impugna del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital por no considerar existencia de conflicto de intereses, acoge la demanda por entender que lo que hizo dicho acuerdo en su punto 5º fue lesionar el interés social al aprobar una propuesta de nuevo contrato de arrendamiento de marca.

Son motivos del recurso el error en la valoración de la prueba al sostener que en absoluto dicho acuerdo fue lesivo para la sociedad, aspecto que vincula con la consideración de que el contrato de licencia de marca anterior, fechado el 18 de febrero de 1.997 (documento nº 12 de los acompañados con el escrito de demanda, en los folios 238 a 242), estaba extinguido; con la circunstancia de que en el mismo constaba una cláusula nula de pleno derecho en su estipulación segunda; con la afirmación de que el precio del arrendamiento que se pacta es de mercado, lo que nunca puede perjudicar los intereses de la sociedad; y, por último, con la consideración de la existencia de una comunidad de intereses de grupo determinante de su licitud; en segundo lugar, y pese a que la sentencia no entra en la tercera pretensión de la demanda por no ser necesario, se alega que tampoco dicho punto del acuerdo vulnera los estatutos de la sociedad.

Llega a esta alzada firme, por consentido, el pronunciamiento que rechaza que el mencionado acuerdo vulnerara el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital .

SEGUNDO.- El acuerdo litigioso se adoptó en reunión del Consejo de Administración de la sociedad CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑA SANTA (CAPSA) que se celebró el 28 de septiembre de 2.012. El acuerdo que se impugna suponía la aprobación de un nuevo contrato de licencia de la marca "**Central Lechera Asturiana** S.A.T." que alteraba los términos del anterior que unía a ambas partes fechado en 1.997 respecto a aspectos tan trascendentes como el precio (canon) que pasaba de 3.750.000.000 pts. más el correspondiente IVA, cantidad que no se distribuía igualitariamente sino que aumentaba progresivamente, para situarse en 4.000.000 € fijos, también más IVA, a lo que se añade un variable anual con objetivo del 75% del fijo que para el año 2.012 se establecía en 3.000.000 €, lo que supuso que en el año 2.011 la cantidad abonada alcanzó los 2 ?06 millones de euros y que para 2.012 alcanzara más de 4.000.000 €; en segundo término la renovación por periodos sucesivos de 15 años pasó a ser de 10.

Lo cierto y verdad es que con el contrato de 1.997, que era de arrendamiento de las marcas de **Central Lechera Asturiana** S.A.T. por parte de CAPSA (de la que la **CENTRAL** es el socio mayoritario) la entidad demandada disponía ya de aquellas marcas pero a un precio muy inferior al que se fijó en 2.012 y durante un periodo de tiempo mayor (pues llegaba a 15 años) al que se acordaba en el nuevo convenio y que se reducía a 10. Evidentemente, la única beneficiaria de aquella mayor cuantía y de la reducción de tiempo es **Central Lechera Asturiana**, no desde luego CAPSA. Y no puede olvidarse que el mencionado acuerdo fue adoptado por siete de los consejeros que habían sido designados por **Central Lechera Asturiana**, que dijeron actuar "ejecutando el mandato recibido de la Junta rectora" de la SAT (folio 49 de los autos en el acta de la reunión del Consejo), mientras que votaban en contra cinco ajenos a la SAT y un último se abstenía, datos todos éstos que si bien no pueden ponerse en relación con el conflicto de intereses que denunciaba la demanda, puesto que la sentencia rechaza ese argumento y llega a esta alzada firme al no haberlo impugnado el actor, debe dejarse constancia de ello por su posible utilización en relación con posibles perjudicados y beneficiados.

Para tratar de convencer a la Sala acerca de que el acuerdo no perjudicaba los intereses de la sociedad demandada, se incide en una circunstancia puesta ya de manifiesto en la primera instancia y que consiste en que uno de los Consejeros que no votó el acuerdo no lo impugnó. Se presenta como difícilmente explicable que se constituya en argumento de revocación una afirmación de esta índole, y ello porque la conducta de los Consejeros no es prueba de clase alguna acerca de lo único que se está discutiendo en estos momentos, que es si el acuerdo que decide impugnar otro de los Consejeros lesiona, o no, los intereses de la sociedad. No puede olvidarse que precisamente el acuerdo litigioso fue votado por un concreto sector de los consejeros.

Se da especial importancia en el recurso, como ya se dio en la primera instancia, a lo que pretende ser un hecho debidamente acreditado: en concreto que el contrato de licencia de marca del año 1.997 estaba extinguido; con la circunstancia de que en el mismo constaba una cláusula nula de pleno derecho en su estipulación segunda. Ambos aspectos han de ser examinados conjuntamente, si bien no puede dejarse de lado que al oponerse al recurso el actor señala que la alegación relativa a la nulidad de una de las cláusulas del contrato litigioso se presenta como hecho nuevo en ningún momento opuesto en la primera instancia.



La cláusula en cuestión dice así: "SEGUNDA.- El presente contrato tendrá una duración de quince años desde la firma del mismo. Transcurrido el plazo señalado, el contrato se prorrogará automáticamente por sucesivos períodos de igual duración salvo que medie denuncia expresa por escrito por parte de la entidad CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA SA" (folio 238 vuelto). Su significado es patente: a partir del cumplimiento del decimoquinto año, se establece una prórroga automática que solo dejará de producirse si una de las partes lo denuncia por escrito. Frente a lo que el recurso pretende afirmando que ello supone la "perpetuidad del contrato", la realidad de una cláusula como la que se acaba de transcribir es que se establece un plazo determinado (15 años); una prórroga pactada por períodos iguales (de 15 en 15 años), y la posibilidad de que una de las partes pueda evitar cualquiera de tales prórrogas mediante la denuncia por escrito. Es todo lo contrario a la perpetuidad contractual.

A renglón seguido, dice el recurso que se trata de una cláusula que necesariamente ha de considerarse nula de pleno derecho por vulnerar el artículo 1.256 del Código Civil que dice que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Pues bien, ante este alegato del recurso, la otra parte señala que es algo nunca sostenido por la demandada y que se presenta como hecho nuevo que no podrá ser objeto de la presente resolución por causar indefensión a la apelada. Si se tiene en cuenta la contestación a la demanda, efectivamente se presenta como un alegato nunca manejado. En la contestación se opone (con independencia de la inexistencia de conflicto de intereses entre los consejeros que votaron el acuerdo impugnado y CAPSA y que en esta alzada queda al margen del debate), la posición de la demandada consistió en: 1º. Sostener la extinción del contrato de licencia de marco de 18 de febrero de 1.997 (documento número 12 de los acompañados a la demanda, en los folios 238 a 242 de los autos); 2º. Insistir en que el nuevo contrato de 2.012 en medida alguna lesionó los intereses de CAPSA (folio 24 de la contestación, 324 de los autos); y 3º. Tampoco se advirtió en ningún momento de la pretendida infracción reglamentaria por el acuerdo litigioso (página 26 de la contestación, 326 de los autos). Esta postura en ninguno de sus párrafos dedicó palabra alguna a la posible dimensión de nulidad de la cláusula. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2.011 señala como conducta procesal prohibida la "alteración sustancial de los términos del debate, constituyendo una cuestión nueva y contradice la propia línea de defensa esgrimida en primera instancia"; idea ésta que ha sido reiterada constantemente en otras anteriores, como las de 3 de noviembre de 2.009 y 27 de octubre de 2.010, y en la de 29 de junio de 2.001 que señala: "cuestión no alegada en la instancia, cuestión nueva que no cabe plantear extemporáneamente en casación una cuestión no suscitada en los escritos fundamentales del proceso, al generar indefensión y vulnerar el principio de preclusión procesal - sentencias de 23 de mayo , 18 y 25 de junio y 20 de noviembre de 1990 , 24 de enero , 3 de abril , 7 y 28 de octubre y 13 de diciembre de 1992 , 8 de marzo , 3 de abril y 26 de julio de 1993 , 2 de diciembre de 1994 , 28 de noviembre de 1995 , 7 de junio de 1996 , 1 y 31 de diciembre de 1999 , 23 de mayo y 17 de julio de 2000 -". En este sentido, no puede olvidarse que se está debatiendo una relación de negocios entre empresas, sin intervención de consumidores, situación ésta en la que de oficio podría el juzgador entrar a debatir posibles nulidades de oficio, conforme reiterado criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pero es que además, tampoco es cierto que se vulnere por este concreto clausulado el artículo que se menciona del Código Civil. Prueba de ello es que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1.998 señala que "si bien es cierto que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula (art. 1.115 CC), ¿ello ha de referirse al supuesto de que dependa de la condición la exigibilidad de las obligaciones contraídas, pero no al caso de que lo condicionado es la entrada en vigor del contrato y así puede afirmarse la validez de éste aunque una de las partes se reserve el derecho a resolverlo?. Puede interpretarse también con el mismo resultado que los propietarios se reservaron la facultad de desistir de la segunda fase. Dice la sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1.972 ? de acuerdo con la doctrina, quedar a la voluntad de uno de los contratantes desistir de una relación jurídica creada por el contrato no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarles para poner fin a una situación jurídica sin perjuicio del contrario?". Y eso es lo que se produce de conformidad con la estipulación litigiosa, que lo que depende de uno solo de los contratantes es denunciar la prórroga para evitar que continúe vigente el contrato de licencia de marca. No deja de ser sorprendente que sea la entidad que tiene dicha facultad -la de evitar la prórroga del contrato mediante denuncia por escrito- la que pretende la nulidad puesto que en sus manos estaba haber evitado la nueva prórroga.

TERCERO.- A partir de esta conclusión, ha de examinarse si el contrato de 1.997, cuando se procede a la aprobación de los acuerdos litigiosos, estaba extinguido como sostiene el recurso. Evidentemente será la literalidad de la cláusula la que deba ser tenida en cuenta en este punto. Decía así: "El presente contrato tendrá una duración de quince años desde la firma del mismo. Transcurrido el plazo señalado, el contrato se prorrogará automáticamente por sucesivos períodos de igual duración salvo que medie denuncia expresa por escrito por parte de la entidad CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA SA".



Los quince años se cumplían en febrero de 2.012, si bien era posible que una denuncia escrita por parte de CAPSA hiciera que continuara la vigencia por un período de tiempo igual, es decir otros 15 años. La pregunta ha de ser si esa denuncia se materializó, y la respuesta es evidente desde el momento en que ningún documento ha sido aportado, tampoco citado, por la parte apelante para apoyar su postura. Antes al contrario, lo que pretende es que el inicio de nuevas conversaciones y la existencia de propuestas por uno de los sectores dentro de la mercantil al otro provocara la extinción del contrato. La decisión de la sentencia de instancia es absolutamente compartida por esta Sección. Señala la misma que el inicio de conversaciones para modificar el contrato no tiene dimensión de denuncia, una vez constatada como realidad debidamente acreditada que la propuesta de la CORPORACIÓN no contó con el consentimiento de la otra parte, lo que significa que los términos del contrato se prorrogaron por un periodo de tiempo igual, es decir otros quince años. Y esta idea consta en el acta de la reunión del Consejo de Administración de CAPSA que se celebró el día 28 de septiembre de 2.012 (documento número 2 de los acompañados con la demanda, folio 48 de los autos). En el mismo literalmente se dice: "En este punto del orden del día el Sr. Presidente manifiesta que no habiéndose alcanzado acuerdo en la (consta por error el artículo "el") Comisión de la Marca sobre el nuevo canon aplicable por su arrendamiento, la Junta Rectora de **Central lechera Asturiana** SAT ha decidido presentar a través de sus Consejeros en CAPSA una propuesta de nuevo contrato de arrendamiento de marca". La presentación de una propuesta es una cosa, pero la denuncia del contrato en evitación de que se aplicara la prórroga automática pactada es otra muy distinta, algo que no llegó a producirse y que estaba en las manos de la entidad demandada. Lo mismo se deriva de la lectura de la estipulación séptima en la que se dice, tras acordar la elevación del contrato a escritura pública, que se entenderá prorrogado por "sucesivos períodos de quince años en tanto en cuanto el Consejo de Administración de CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA SA, por mayoría del setenta por ciento de sus miembros no haga constar lo contrario ante la Oficina Española de Patentes y Marcas u organismo que pueda sustituirle" (folio 239 vuelto).

Cuando en el recurso se afirma que la entidad demandada "no ha hecho uso de la citada facultad de prórroga automática", se incurre en un manifiesto error puesto que lo que la segunda de las cláusulas contractuales deja establecido es la prórroga automática sin necesidad de que cualquiera de las partes "hiciera uso de la citada facultad". La falta de prueba acerca de la presentación de dicha denuncia, único aspecto que podría desmontar la sólida argumentación de la sentencia sobre este extremo, obliga a desestimar este motivo de la impugnación.

CUARTO.- El último de dichos motivos consiste en rechazar que el nuevo contrato sea perjudicial y lesivo para el interés social desde el momento en que el precio que quedó fijado era el de mercado y la existencia de una comunidad de intereses del grupo reitera la licitud del acuerdo social impugnado.

La sentencia concluye dicha lesión en estos términos: "La lesión del interés social es evidente puesto que, simplemente limitándonos al canon fijo, casi se ha doblado, pasando de 2?1 millones a 4 millones anuales para un total de 5.503.809 € en 2.012 sumando el variable (documento 21 aportado por la actora en el acto de la audiencia previa). Aun cuando no es necesario que el daño, para ser ilegítimo, alcance un determinado peso en las cuentas de la sociedad, las cifras relatadas son de consideración si las comparamos con los resultados de los últimos ejercicios: 18 millones en 2.009, 17 en 2.010, 11?9 en 2.011 y un millón de pérdidas en 2.012". En cuanto al precio de mercado añade: "Idéntica suerte ha de correr el alegato relativo al precio de mercado. Aduce la demandada, ya en su contestación, ya en el informe pericial que acompaña, que las transacciones entre empresas vinculadas han de hacerse a valor de mercado por imponerlo así tanto la normativa contable (Ccom y PGC) como fiscal (art. 16 Ley de Impuesto de Sociedades), siendo así que tales normativas sectoriales solo rigen en su limitado ámbito de aplicación. No hay disposición legal alguna que obligue a que una filial con contrato vigente deba desistir del mismo o soportar que su matriz le imponga otro más gravoso por el mero hecho de que el parámetro del precio de mercado sea más conforme a uno u otro. Nada tiene que ver la normativa fiscal o contable aludida con el aspecto intra societario, del mismo modo que el hecho de que la normativa contable disponga, por ejemplo, que los activos se computarán por el precio de adquisición o el coste de producción no implica que el valor contable coincida con su valor real o que deban enajenarse por aquel precio".

Parece conveniente la cita de una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2.014 . Dice en su fundamento sexto: "Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del " interés de grupo " para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el "interés del grupo" pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de éstas no están obligados a soportar. Y a partir de aquí, insistir nuevamente en el conjunto de circunstancias que concurren en este supuesto: cuando se intenta imponer un nuevo contrato de



licencia de derecho y uso de marca estaba vigente el firmado en el año 1.997 que había cumplido sus primeros quince años (plazo del acuerdo) y que había sido prorrogado como consecuencia de no haber sido denunciado por escrito por CAPSA. Los términos económicos y temporales del mismo se pretendían modificar al alza los primeros (casi duplicándolo) y a la baja los segundos pues el tiempo de vigencia se reducía a 10 años (eran 15 los iniciales), comprendiendo también las posibles prórrogas dicho idéntico plazo. Evidentemente, una primera conclusión consiste en la afirmación de que ese incremento de precio a pagar supone un empeoramiento para la parte que debe abonarlo (CAPSA), y tampoco supone mejora el que el tiempo de vigencia del nuevo se reduzca hasta en un cincuenta por ciento. El dato relativo a que el precio que se pactaba era el de mercado pretende imponerse como derivado de disposiciones legales obligatorias, cuando lo cierto es que una cosa es la normativa contable y fiscal y otra la libertad de pactos existente y que no se ve alterada por aquellas disposiciones; lo que hacen éstas es determinar, con independencia del precio acordado, cómo se contabilizará el mismo o cómo deberá declararse fiscalmente, y es lo que con toda corrección señala la sentencia de instancia en el párrafo que se ha reproducido.

En el recurso no se consigue en momento alguno probar que el nuevo canon fijado lesionara intereses del grupo (sí se maneja el concepto de grupo en las alegaciones señalándose que CAPSA "experimenta los beneficios de integrarse en el grupo del que es matriz CLAS, que justifica la existencia de un interés del grupo en el que se integran las sinergias que CLAS y CAPSA se prestan entre sí, al ser la matriz la titular de la marca y de la materia prima que son explotadas comercialmente por su filial, mi mandante en condiciones de mercado"; así como que "para mi mandante sería fatal que su matriz tuviese resultados económicos negativos puesto que ello pondría en riesgo lo más esencial de lo que depende su actividad comercial", en la página 42 del recurso, folio 1.262 de los autos). Ahora bien, no puede ponerse en duda que antes de la adopción del acuerdo litigioso CAPSA ya pertenecía al grupo, y como consecuencia del contrato firmado en el año 1.997 disfrutaba del uso de las marcas pertenecientes a **Central Lechera Asturiana**; como consecuencia de la subida del canon el resultado en el año 2.012 supuso pérdidas para CAPSA de 1.000.000 €, conforme señala el informe pericial aportado por la parte actora de la empresa BDO que, en su página 37 dice lo siguiente: "Sobre la cuenta de resultados del año 2.012, el incremento del canon de Marca ha supuesto una reducción de 4?0 millones de euros del EBITDA (resultado operativo antes de amortizaciones) de CAPSA, generando que la sociedad haya registrado unas pérdidas después de impuestos de 1?0 millones de euros al cierre del ejercicio económico. En el caso de no haber modificado la cuantía del canon de Marca, en 2.012 el beneficio neto de impuestos de CAPSA habría resultado en una cifra positiva de 1?8 millones de euros"; y añade: "Asimismo, el drenaje de caja que genera el nuevo canon de Marca, además de afectar a la rentabilidad de la Sociedad, puede producir efectos negativos a medio y largo plazo en la solvencia de CAPSA, afectando a sus capacidades inversora y financiera futuras. Las mencionadas capacidades económico-financieras podrían ser importantes en el contexto de incertidumbre del mercado, tanto lácteo como financiero, que se plantea en el medio plazo".

Si bien es cierto que dicho perjuicio para la filial podría venir contrarrestada por un concreto beneficio del grupo, éste ni tan siquiera es propuesto en el recurso en términos inteligibles al limitarlos a las expresiones reseñadas en el párrafo anterior y relativos a la propia pertenencia al grupo y al disfrute de la licencia de marca, aspectos ambos que lejos de nacer del nuevo canon existe ya desde el año 1.997, precisamente a través de la firma del contrato inicial entre matriz y filial.

Por el contrario, el informe pericial presentado por la demandada parte de unos datos absolutamente opuestos porque en el apartado 7 de sus "notas previas" se dice lo siguiente: "los principales puntos de esta pericial se centra en las siguientes cuestiones tratadas por la demanda a CAPSA: A. Análisis de la razonabilidad y adaptación al precio de mercado de las Marcas objeto de arrendamiento del nuevo canon anual de arrendamiento de dichas marcas; B. Análisis del impacto en la situación económica de CAPSA del importe del canon arrendaticio anual; C. Fijar el concepto económico-contable del importe del nuevo contrato; y D) Conclusiones". Ello quiere decir que sobre la cuestión relativa a la lesión del interés su análisis es evidentemente limitado. Acudiendo a las conclusiones, no puede olvidarse que es la segunda se señala que en las relaciones recíprocas "se regularían a valores de mercado" ya desde 1.997 (página 41 de dicho informe). Pues bien, a partir de este punto, lo que desconoce el informe presentado por la demandada es que el contrato de 1.997 estaba en vigor cuando nace el litigio como consecuencia de la prórroga establecida por no haber sido denunciado por la entidad demandada. A partir de aquí, y si el precio vigente era el de mercado cuando se acordó (lo que reconoce este segundo informe pericial), tan solo habrá de resolverse si el pretendido nuevo acuerdo suponía una lesión a los intereses del grupo. Y si se vuelve a acudir a ambos informes, el único que da respuesta a esta cuestión es el que firma la mercantil BDO, y es contundente en cuanto a que la cifra en que queda fijado el nuevo canon determinó que "el incremento del canon de Marca ha supuesto una reducción de 4?0 millones de euros del EBITDA (resultado operativo antes de amortizaciones) de CAPSA, generando que la sociedad haya registrado unas pérdidas después de impuestos de 1?0 millones de euros al cierre del ejercicio



económico. En el caso de no haber modificado la cuantía del canon de Marca, en 2.012 el beneficio neto de impuestos de CAPSA habría resultado en una cifra positiva de 178 millones de euros".

Si el planteamiento es el beneficio que dicho incremento del canon ha supuesto para el grupo, la respuesta ofrece el mismo vacío, es decir que no existe contestación ni respecto a la matriz, ni en relación con la filial, ni a cualquiera de los accionistas minoritarios.

Y como quiera que la cuestión arroja este resultado, si bien no hace falta entrar en la última cuestión, es decir la relativa a que también el acuerdo vulneraba uno de los artículos de los estatutos de la sociedad, no puede tampoco dejarse de lado, aun cuando se hace innecesario al llegarse a esta inicial conclusión común con la de la sentencia de instancia, que dicho acuerdo no cumplía con lo establecido en el artículo 28 de los estatutos de CAPSA, que exigía el necesario voto del 70% de los Consejeros asistentes para la adopción de acuerdos que implicaran enajenación de filiales o dilución de la participación en las mismas, enajenación de activos significativos, operaciones de endeudamiento por importe superior a 6.010.121.04 euros ... y aprobación de inversiones por importe superior a 3.005.060.52 euros. Y ello porque tal acuerdo supone una obligación de pagar durante un plazo de diez años una parte fija que asciende a 4.000.000 €, a la que debe sumarse el correspondiente IPC, más una variable calculada en otros 3.000.000 €, para conseguir el derecho de usar en exclusiva las marcas contratadas con la **Central Lechera Asturiana**, lo que significa operación de endeudamiento muy superior a lo fijado en dicho artículo con la exigencia del voto en el porcentaje reseñado, lo que no se consiguió en la aprobación del acuerdo litigioso.

En consecuencia, el recurso se desestima y procede la confirmación en sus propios términos de la sentencia de instancia.

QUINTO.- La desestimación del recurso determina la imposición de las costas causadas a la parte apelante, con aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Por todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos **CONFIRMAR** y confirmamos en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presenta alzada.

Dese el desti **no** legal al depósito constituido para recurrir.

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