



Roj: **SAP M 11852/2024 - ECLI:ES:APM:2024:11852**

Id Cendoj: **28079370282024100789**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/07/2024**

Nº de Recurso: **502/2022**

Nº de Resolución: **250/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28ª (de lo mercantil)

C/Santiago de Compostela, 100, Planta 9 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.:28.079.00.2-2013/0009562

Rollo de apelación nº 502/2022

-Materia: Impugnación de acuerdos sociales, convocatoria del Consejo de administración, lesión del interés social, designa de persona física representante de la sociedad como administradora social de una tercera compañía.

-Órgano **judicial de origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid

-Autos **de origen:** Juicio ordinario 1625/2020

-Parte **Apelante:** D. Luis Angel y Dña. Carolina

Procurador/a: D. Argimiro Vázquez Guillén

Letrado/a: D. Félix Álvarez-Arenas Guyon y D. Ramón Navarro Quijano

-**Parte Apelada:** PLAYA FELIZ 2000, S.L.

Procurador/a: D. Manuel de Benito Oteo

Letrado/a: D. Alberto Pimenta Hernández y Dña. Ana Garrote Fernández-Díez

-**Parte Apelada:** D. Apolonio y D. Isaac

Procurador/a: D. Santiago Tesorero Díaz

Letrado/a: D. Juan F. Rodríguez Mejías

SENTENCIA n° 250/2024

Ilmos Srs. Magistrados:

D. José Manuel De Vicente Bobadilla

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

D. Alfonso Muñoz Paredes

En Madrid, a 22 de julio de 2024.



La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de lo mercantil, tribunal integrado por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 502/2022, los autos 1625/2020 provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, en materia de Derecho de sociedades, sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados en Consejo de administración.

En el trámite del presente recurso las partes han actuado representadas y asistidas de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

(1).-La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Desestimo la demanda promovida por la representación procesal Luis Angel y Carolina contra la sociedad Playa Feliz 2020, S.L.

Se imponen las costas a la actora."

(2).-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 18 de julio de 2024.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contexto relevante de la controversia que resulta de la primera instancia.

(1).-Se presentó escrito de demanda por Luis Angel y Carolina, como parte actora, contra PLAYA FELIZ 2000 SL, parte demandada, en la que se deducía acción de impugnación de acuerdos adoptados en Consejo de administración, sobre cese y nueva designa de persona física representante de la sociedad en la administración social de una tercera compañía, basada esa acción en la infracción de normas de convocatoria del Consejo y lesión del interés social.

Ello dio lugar al proceso seguido como Juicio Ordinario ante el Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, en el que se dictó Sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda y se imponen las costas a la parte actora.

(2).-Para sostener dichos pronunciamientos, la Sentencia de la primera instancia se fundamenta, sustancialmente, en que el objeto del proceso ha quedado reducido a la impugnación de los acuerdos dimanantes del Consejo de administración de PLAYA FELIZ 2000 SL, celebrado en fecha de 30 de octubre de 2020, por el que se cesa a Luis Angel y se nombra a su hermano Isaac como persona física representante de esa sociedad en la administración social de la entidad Inmobiliaria Sendis SL, además de concederle poderes para representación en Junta de socios; no concurre infracción de convocatoria del Consejo en cuanto a la forma de comunicación de la misma, por burofax, puesto que ello se ajusta a la previsión estatutaria y, si antes se había convocado mediante correo electrónico, ello no supone una infracción relevante para los intereses del socio; tampoco consta lesión alguna para el interés social, ya que la designa de ese representante es una potestad de la sociedad, que se ajusta a la situación de mayoría del capital social y del Consejo de administración.

Conformación del objeto de la segunda instancia.

(3).-Por Luis Angel Y OTRA se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid, contra todos sus pronunciamientos, en el que insta la total revocación de la misma, para dar lugar a la estimación de los pedimentos de la demanda. A tal fin, el recurso de apelación se sustenta en los motivos, aquí solo presentados, de error en la valoración de la prueba sobre la infracción de reglas de convocatoria; y error en la valoración de los hechos sobre la vulneración del interés social.

(4).-Por PLAYA FELIZ 2000 SL se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la contraria, con petición de desestimación del mismo y confirmación de la resolución recurrida, por sus propios fundamentos, y con reiteración sustancial en los argumentos expuestos en su escrito de contestación a la demanda, así como petición de condena en costas de segunda instancia. También se presentó escrito en dicho sentido por otros intervinientes en el proceso, socios de aquella compañía.

Motivo primero: infracción de formas de convocatoria de la reunión del Consejo de administración.

Formulación del motivo.



(5).-Sostiene el recurso de Luis Angel Y OTRA que la Sentencia apelada incurre en errores de valoración de prueba sobre la forma y plazo de convocatoria de la reunión del Consejo aquí impugnada. Así, señala el escrito de apelación, la interposición del burofax para convocar a los miembros del Consejo a la reunión no se hizo con la antelación mínima exigida en los estatutos sociales de PLAYA FELIZ 2000 SL, de 7 días. Además, señala, la forma de remisión, burofax en lugar de correo electrónico, no responde a la habitualmente empleada en esta sociedad, con el fin de sorprender la buena fe de los consejeros convocados, por lo que debe reputarse como abuso de derecho.

Valoración del tribunal.

(6).-Respecto de la reunión del Consejo de administración de PLAYA FELIZ 2000 SL celebrada el día 30 de octubre de 2020, para su convocatoria se remitió burofax a los miembros del Consejo el día 23 de octubre de ese año, con expresión de los asuntos a tratar y la fecha y lugar previstos para su celebración [doc. nº 50 de la demanda].

El artículo 19 de los Estatutos sociales de PLAYA FELIZ 2000 SL dispone que "entre la convocatoria del Consejo y la fecha prevista para la celebración del mismo deberá existir un plazo de, al menos, 7 días"[doc. nº 47 de la demanda].

Por Luis Angel , en su calidad de consejero convocado a aquella reunión, se remitió en fecha de 29 de octubre de 2020 correo electrónico a Apolonio , a su dirección @ DIRECCION000 , en la que indicaba, tras mencionar el plazo del citado artículo 19 de los Estatutos sociales, que "si bien es cierto que una interpretación literal de esa redacción podría llevar a la conclusión de que se ha cumplido el plazo, lo cierto es que has incumplido el plazo y, además, es muy probable que dicho incumplimiento sea malicioso puesto que (...) tradicionalmente las convocatorias del consejo se han realizado con una antelación mínima superior a 7 días (...)"[doc. nº 51 de la demanda].

(7).-Por lo tanto, en cuanto al plazo de antelación para efectuar la convocatoria de la reunión del Consejo, no solo dista objetivamente siete días entre la convocatoria y la reunión, del 23 al 30 de octubre, sino que uno de los propios consejeros ahora demandantes, Luis Angel , ya reconoce que la convocatoria cumple el plazo previsto en los Estatutos sociales, pero él considera que eso no es válido, ya que, sostiene, tradicionalmente se había convocado con una mayor antelación de los 7 días. En este punto, el argumento del recurso de apelación se basa, exclusivamente, en que no se ha respetado el plazo estatutario de los 7 días, lo que no puede ser asumido por contrario a la realidad probada de los anteriores hechos.

(8).-En cuanto a la forma de convocatoria, si bien se acepta por Luis Angel Y OTRA que la remisión a través de burofax responde a una previsión válida conforme a las disposiciones estatutarias previstas para PLAYA FELIZ 2000 SL, vd. artículos 11 y 19 [doc. nº 47 de la demanda], se entiende que ello supuso un cambio en la práctica observada entre los socios y consejeros en esa sociedad, donde lo habitual había sido la convocatoria a través de correo electrónico, por lo que dicha variación obedecería a una alteración inopinada de aquella costumbre, efectuada con el fin de sorprender la buena fe de los consejeros enfrentados.

Lo que se acredita en autos es que, en efecto, algunas de las convocatorias para celebrar reuniones del Consejo se realizaron por correo electrónico, dos de ellas, las de 9 de julio y 19 de octubre de 2020. De ello, no puede predicarse con plena seguridad la existencia de aquella invocada costumbre sobre la forma de convocatoria dentro de esta sociedad, de manera que pueda predicarse que pasar a convocarla conforme a las exigencias estatutarias suponga un cambio de criterio que pueda conllevar sorprender la buena fe de los sujetos convocados.

Además, concurre otra circunstancia relevante, como es el surgimiento de una conflictividad creciente desde 2019 entre los socios y consejeros de PLAYA FELIZ 2000 SL. Hasta tal punto es así, que la demanda reconoce que "el 14 de junio (de 2020) D. Luis Angel y Dña. Carolina se dirigieron a D. Apolonio, D. Isaac y D. Gines para (...) solicitar que las reuniones de los órganos de administración se celebren, cuando proceda, conforme a la Ley de Sociedades de Capital", lo que se correlaciona con otro pasaje de ese escrito de demanda que explica que aquella conflictividad "motivó que D. Luis Angel y Dña. Carolina comenzaran a exigir a) que se cumpliera la legalidad en la convocatoria y celebración de juntas y consejos". Como se aprecia, son los propios demandantes, ante el creciente enfrentamiento entre socios, quienes en junio de 2020 interesan expresa y concretamente respecto de la forma de convocatoria del consejo que se cumpla con las formalidades legales, lo que incluye el respeto a las previsiones estatutarias. Esto es, que se convoque mediante burofax. Ello es suficiente para que, de existir un cambio de criterio en la forma de convocatoria del Consejo, se encontrase suficientemente justificado ante aquel conflicto de socios y consejeros, y se revela nítidamente que por Luis Angel Y OTRA, aquí impugnantes, fuera esperable dicho cambio, de existir, pues lo habían pedido recientemente ellos mismos.

Motivo segundo: lesión para el interés social.



Exposición del motivo.

(9).-Entiende el recurso de Luis Angel Y OTRA que la Sentencia ha errado en cuanto a la falta de apreciación de la causa de impugnación del acuerdo atacado, basada en lesión del interés social, ya que el objeto de dicho acuerdo era evitar un eventual acuerdo de reparto de dividendos en la sociedad para la que se efectuaba el nombramiento y legitimar la indebida retribución recibida por Apolonio , con daño para la compañía. De hecho, indica el recurso, la mera circunstancia de que la sociedad participe como socio y administrador en la tercera sociedad en cuestión ya implica una lesión, puesto que el resultado del ejercicio social no será el mismo en función del acuerdo que se adopte. No existe, por tanto, interés alguno de la sociedad en adoptar el acuerdo que se tomó, y sin un claro interés de la mayoría en detrimento del de la minoría, concluye el escrito de apelación.

Valoración del tribunal.

(10).-Ha de recordarse, como antecedentes, que el capital social de PLAYA FELIZ 2000 SL está integrado por 5 hermanos, Apolonio , Isaac , Gines , Luis Angel y Carolina , titulares a partes iguales de aquel capital. Son miembros de su Consejo Apolonio , como presidente, Isaac , secretario, y Luis Angel .

Por otra parte, PLAYA FELIZ 2000 SL es titular del 5% del capital social de Inmobiliaria Sandi SL, ostentando cada uno de aquellos hermanos un 18,99% del resto del capital social de esta sociedad. A su vez, todos estos socios, los 5 hermanos y PLAYA FELIZ 2000 SL, son miembros del Consejo de administración de la citada Inmobiliaria Sandi SL.

El acuerdo aquí impugnado, dimanante del Consejo de administración de PLAYA FELIZ 2000 SL celebrado en fecha de 30 de octubre de 2020, consistió en la destitución de la persona física representante de esa sociedad en el Consejo de Inmobiliaria Sandi SL y la designa de nueva persona física, además de acordar la concesión de poder especial a favor de esa persona para acudir a las Juntas de socios de la citada Inmobiliaria Sandi SL. El destituido fue Luis Angel y el designado, su hermano Isaac .

(11).-Sin perjuicio de otras consideraciones jurídicas aquí no suscitadas en la controversia litigiosa, vd. RDGSJyFP de 23 de mayo de 2023, en cuanto a la acumulación de designas de miembros del Consejo en una misma persona física, que solo podría resolverse atendiendo a los especiales perfiles fácticos de cada caso, ninguna de las alegaciones de Luis Angel Y OTRA pueden vincularse con una lesión del interés social de PLAYA FELIZ 2000 SL, ni potencial ni factualmente.

En principio, la designa de la persona física que va a representar a la persona jurídica administradora de otra sociedad, es para esa persona jurídica un acto de sentido neutro respecto de su interés social, de manera que por simple individualización de la identidad de esa persona física resulta muy difícil de calificar como acto contra su interés social. Respecto de un acto de ese contenido, individualizador de la identidad del representante persona física, tomado en un ámbito irrestricto previsto en el art. 212 bis.1 TRLSC, debe predicarse algo similar respecto a lo mantenido para actos de designa de la persona de su propio administrador social. Así, fuera de los supuestos especiales de designa de miembro del Consejo de administración por el sistema proporcional, la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 90/2023, de 3 de febrero , FJ 5.2, con cita de jurisprudencia, señala que:

« Debemos recordar que la jurisprudencia admitía como causa de impugnación el que los acuerdos se hubieran adoptado con abuso de derecho, incluyendo la STS 873/2011, de 7 de diciembre , "los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos - tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder". Y el abuso de derecho, como veremos, también se analizaba respecto a los acuerdos de cese de los administradores.

Y, a pesar de ello, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha admitido la sustitución del administrador único perteneciente al grupo minoritario, que venía desempeñando el cargo, por dos administradores pertenecientes al grupo mayoritario, aunque en el nuevo órgano no participe ningún miembro del grupo minoritario.

Y rechaza que en esos casos resulte afectado el interés social o que el acuerdo constituya abuso de derecho.

Así, la STS 165/2004, de 5 de marzo , establece que no resulta lesivo para la sociedad - en una sociedad cerrada formada por dos grupos de tres socios cada uno - que el grupo de tres mayoritario acuerde modificar los Estatutos sociales sustituyendo el administrador que hasta entonces ejercía el cargo por dos administradores - pertenecientes éstos al grupo mayoritario -, en vez de establecer un Consejo de Administración de tres, del que uno de ellos habría de pertenecer al grupo minoritario por aplicación del art. 137 LSA - sistema proporcional -.

Se refuerza así la facultad de la junta para separar ad nutum a los administradores sin necesidad de justificar la existencia de causa alguna que motive la destitución, por lo que tampoco cabe exigir una "necesidad razonable"



del acuerdo de cese. El acuerdo de la junta no precisa justificación alguna. Ni siquiera que sea cierta la causa expuesta. Es más, resulta factible no expresar las razones del cese.

El abuso de derecho no puede alterar el régimen legal previsto para el cese de los administradores. Y será lo habitual que el acuerdo de cese venga motivado por el enfrentamiento entre los socios. De otro modo se acabaría por petrificar el órgano de administración, impidiendo su revocación y sustitución en la junta por decisión de la mayoría. Por ello se ha considerado que la sustitución del administrador por mera voluntad social se trata de un principio de orden público, configurador del tipo, que no puede ser alterado ni derogado».

En segundo lugar, lo alegado por Luis Angel Y OTRA no es siquiera un supuesto potencial de conflicto de intereses entre el representante designado por PLAYA FELIZ 2000 SL y esta sociedad, lo que ni se invoca ni se prueba, sino que el verdadero fundamento de la alegación consiste en un conflicto de intereses entre el grupo mayoritario y el minoritario de socios para controlar la elección de ese representante, lo que es ajeno propiamente al interés social mismo y resulta propio del de los socios, plano diferente.

De hecho, conforme a las alegaciones de Luis Angel Y OTRA, el único medio de evitar la lesión al interés social que se invoca sería designar a un representante del grupo minoritario, esto es, de los propios demandantes. Se evidencia así el puro voluntarismo del argumento de su demanda y la enorme dificultad de examinar ex ante este tipo de acuerdo social de designa personal desde la perspectiva impugnatoria de la lesión al interés social.

Es más, al tratarse de un grupo de sociedades, existe una lógica justificativa en el funcionamiento interno del grupo para la designa de la persona física representante de la persona jurídica administradora por parte de la mayoría del control de la sociedad que designa, para asegurar así el comportamiento de las distintas entidades bajo el principio de unidad de grupo.

De otro lado, el eje argumental único de Luis Angel Y OTRA se basa en actuaciones que potencialmente pudiera realizar la persona física designada representante de PLAYA FELIZ 2000 SL en la sociedad administrada, Inmobiliaria Sandi SL, y que podrían, en tal caso, perjudicar los intereses de aquella, tales como negarse al reparto de dividendos o no exigir responsabilidades a otro miembro del Consejo de Inmobiliaria Sandi SL por el cobro de supuestas retribuciones indebidas. La formulación enteramente potencial de esas alegaciones impide tener por acreditado cualquier clase de compromiso hacia el interés social de PLAYA FELIZ 2000 SL. Tanto es así que previamente incluso a poder alegar dicha posibilidad de comportamiento habría que justificar, cuando menos, la base circunstancial de esa posibilidad, como la presencia de beneficios repartibles en Inmobiliaria Sandi SL o la existencia de retribuciones efectivamente indebidas a un consejero, todo lo cual es una entelequia en este procedimiento.

Costas de la apelación.

(12).-Dispone el art. 398.1 LEC, respecto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que "Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394", es decir, se regirá por el principio de estimación objetiva del recurso.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.-Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Luis Angel y Carolina frente a la Sentencia de fecha 4 de enero de 2022 del Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario nº 1625/2020 de tal Juzgado, cuyos pronunciamientos se confirman.

II.-Imponemos a Luis Angel y Carolina el pago de las costas procesales de segunda instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

III.-Acordamos la pérdida del depósito realizado, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

Modo de impugnación.-Contra la presente sentencia las partes pueden interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación, recurso del que conocerá la Sala 1ª del Tribunal Supremo; y para cuya admisión habrá de constituirse, en su caso, el correspondiente depósito previsto en el la DA 15ª de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.