

## Audiencia Provincial

AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) Sentencia  
num. 104/2002 de 8 abril

JUR\2002\164471



**SOCIEDADES ANONIMAS:** JUNTA GENERAL: impugnación de acuerdos sociales: improcedencia: junta general extraordinaria: acuerdos adoptados dentro de las competencias conferidas por la ley y los estatutos a la junta general de accionistas.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 101/2002

Ponente:Ilmo. Sr. D. Emilio Fernando Suárez Díaz

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestima el recurso de apelación planteado por don José W. S. contra la Sentencia dictada, en fecha 25-09-2001, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de La Laguna, confirmando la misma.

En SANTA CRUZ DE TENERIFE, a ocho de abril de dos mil dos

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados, en grado de apelación, el recurso interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de La Laguna, en autos de juicio ordinario nº 211/01, seguidos a instancias del Procurador/a Sra. Mercedes G. P., bajo la dirección del Letrado/a en nombre y representación de Jose W. contra Wesalla, S.A representado por el Procurador/a Rosario H. H.; han pronunciado, en nombre de S.M. el Rey, la presente sentencia, siendo Ponente el ya referido ILMO. EMILIO FERNANDO SUÁREZ DIAZ, Magistrado, de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con base en los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO

En los autos y por el referido Juzgado se dictó Sentencia de fecha veinticinco de septiembre de dos mil uno., cuya parte dispositiva, –literalmente copiada–, dice así: " Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. G. P., en nombre y representación de D. Jose W. contra la entidad mercantil Wesalla S.A representada por la Procuradora Sra. H. H. y con desestimación de las excepciones opuestas por la entidad demandada, entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa, debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones en su contra vertidas en el escrito de demanda y todo ello con imposición de costas a la parte

actora".

## SEGUNDO

Notificada la sentencia a las partes en legal forma, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante, se tuvo por formulado y fue admitido y según lo establecido en el artículo 734 y siguientes de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) , redacción dada por la [Ley 10/92 de 30 de abril](#) , se da traslado del mismo a la parte contraria por término de CINCO días, la cual se opone al recurso, remitiéndose con posterioridad los autos a esta Audiencia Provincial.

## TERCERO

Que recibidos los autos en esta Sección Cuarta se acordó formar el correspondiente Rollo, y se designó como Ponente al Ilmo/a Sr./a D./D<sup>a</sup> EMILIO FERNANDO SUÁREZ DIAZ, señalándose para votación y Fallo el día tres de abril de dos mil dos.

## CUARTO

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales que le rigen.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### PRIMERO

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia que desestimaba sus pretensiones, por tres motivos: 1º) Error judicial en la apreciación de la prueba practicada en relación con el ámbito de aplicación y vigencia del "Protocolo Familiar" y en relación a las razones de "represalia familiar" a que obedecen los Acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria celebrada por la entidad demandada en fecha 8 de Enero de 2.001. 2º) Disconformidad con la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de primera instancia con respecto a la incidencia que sobre la adopción de los referidos Acuerdos ha tenido la negativa a facilitar información al demandante, como accionista mayoritario de la empresa, y a su hija, como Consejera de la misma, sobre la marcha de la sociedad. 3º) Violación del derecho del socio minoritario a estar representado en el Consejo de Administración. La parte demandada se opone al recurso alegando que los argumentos contenidos en el mismo nada tienen que ver con el objeto del litigio, aludiéndose a aspectos de orden personal/familiar que nada tienen que ver con la empresa; que el denominado "Protocolo Familiar" carece de valor alguno; finalmente, alega la falta de prueba de que los acuerdos lesionen los intereses sociales en perjuicio del demandante y en beneficio de varios accionistas.

#### SEGUNDO

Respecto al primero de los motivos del recurso, el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia recurrida concreta que la cuestión de fondo planteada consiste en la impugnación de los acuerdos adoptados en la Junta de fecha 8 de Enero de 2.001, por lo que se trata de decidir si conforme establece el artículo 115 de la [Ley de Sociedades Anónimas](#), tales acuerdos resultan contrarios a la Ley, se oponen a los estatutos o lesionan, en beneficio de varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Dicha resolución concluye, por una parte, que no existe violación estatutaria puesto que el "protocolo Familiar" no forma parte de los estatutos de la sociedad; por otra, que desde la perspectiva de los intereses societarios, las malas relaciones existentes entre el demandante y el resto de los miembros del Grupo Whebe, extensivas a su hija Carmen D., no presuponen que el cese de ésta en su cargo de Consejera se deba a una represalia, ni que, aun admitiendo esto, ello produzca un perjuicio a la sociedad.

En cuanto al primer aspecto del primero de los motivos alegados por el recurrente para impugnar tales conclusiones, error en la apreciación de la prueba en relación al ámbito de aplicación y vigencia del Protocolo Familiar, se ha de concluir que dicho Protocolo carece de cualquier virtualidad a los efectos pretendidos por el demandante, ello por las siguientes razones: 1º) Examinado el contenido de dicho documento, se aprecia que el mismo no es más que una propuesta realizada por una empresa dedicada al asesoramiento de otras empresas, Centro Europeo de Evolución Económica S.A. (Cedec), con miras a determinar un protocolo que, recogiendo el espíritu que debería presidir las relaciones entre los miembros de la familia en su proyección empresarial, fijase los procedimientos de incorporación de los nuevos miembros de la familia a los distintos niveles operativos de la empresa, con vistas al relevo generacional, todo ello, recogiendo el espíritu del fundador y la tradición familiar. 2º) Dicho informe fue encargado por la empresa Galerías Whebe S.L., que aun formando parte del grupo familiar de empresas, nada tiene que ver con la entidad demandada. 3º) Dentro del exclusivo ámbito de esa empresa, el mencionado protocolo carece de carácter jurídico vinculante alguno, no sólo por su contenido, mera propuesta de intenciones, sino porque nunca fue aprobado; todo lo contrario, el Consejo de Administración de dicha entidad en Junta celebrada el 26 de Enero de 1.999, acordó por unanimidad no seguir tal protocolo.

En lo que se refiere al segundo aspecto del primero de los motivos alegados, error en la apreciación de la prueba en cuanto a la alegación de la represalia familiar como única causa de los acuerdos que se pretenden anular, la Jurisprudencia exige la concurrencia de tres requisitos para la viabilidad de la impugnación 1º) Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, ocasionando un perjuicio directo y concreto a la misma; 2º) Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios o a terceros, 3º) Una prueba acabada de ambos requisitos, lesión y beneficio, por parte de quien los alega, no bastando las meras sospechas o indicios. Lo que se trata de impedir con dicha impugnación es la discriminación entre los socios, al margen del acierto o desacierto intrínseco del concreto acuerdo en sus aspectos económicos, toda vez que lo que se exige es que sea contrario al interés

social, concebido como interés común de los socios, del que es exponente la suma de todos ellos reflejada en las mayorías necesarias para tomar los acuerdos en Junta General de accionistas, máximo órgano de expresión de la voluntad social (máxime si está convocada con carácter extraordinario como es el caso de autos), verdadero órgano de soberanía, cuyos acuerdos son vinculantes para todos los socios [artículo 93 de la [Ley de Sociedades Anónimas](#)]; de ahí que tales acuerdos tengan a su favor una presunción de validez que sólo se destruye por resolución de los tribunales [ STS de 10-06-70 ]. Ninguno de estos requisitos se cumplen en el presente caso, pues, como señala la sentencia recurrida, el acuerdo de reducción del número de miembros del Consejo, por sí mismo, no puede estimarse lesivo para los intereses de la sociedad; como tampoco, el cese de los miembros del anterior Consejo y el nombramiento de nuevos miembros entre los que no se encuentran ni el actor ni su hija. Todos estos acuerdos fueron adoptados dentro de las competencias que confiere la Ley y los Estatutos a la Junta General de accionistas, sin que, como señala la sentencia recurrida invocando una antigua sentencia del Tribunal Supremo, el hecho de que un grupo de accionistas tenga en el Consejo un administrador nombrado por ellos, practica común en la mayoría de las sociedades, confiera ninguna prerrogativa, ya que la relación entre accionista y administrador no es de mandato sino que éste una vez nombrado, pasa a formar parte del órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad no de quienes le nombraron. Otra cosa es que, como consecuencia de los cambios operados, el nuevo órgano de administración de la sociedad adopte acuerdos que puedan resultar lesivos para el actor y para la sociedad, cumpliéndose con ello los temores que se expresan en la demanda; si ello es así, le quedará abierta al actor la posibilidad de impugnar tales acuerdos a través del ejercicio de las correspondientes acciones. Por otra parte, señalar la escasa trascendencia que, a los efectos de la anulación de los acuerdos mencionados, tiene la consideración de que su adopción pudiera responder a una "represalia familiar", pues al margen del componente afectivo, constatadas las malas relaciones existentes entre el actor y el resto de los miembros del Grupo Whebe, pudiera ser que el alejamiento del Consejo de Administración del miembro disidente o contrario a una determinada línea de actuación, resultase beneficioso al interés social, que es ante todo la obtención de buenos resultados empresariales, con buenos niveles de eficiencia y rentabilidad; en tal sentido, la situación económica de la sociedad tras la auditoría realizada parece correcta. Finalmente, ha de tenerse en cuenta, como señalaba el "Protocolo Familiar" inaplicado, que "La Empresa no está al servicio de la Familia, sino que por el contrario son los componentes de la Familia que deben servir a la Empresa".

### TERCERO

Con referencia al segundo de los motivos del recurso, las alegaciones del recurrente reiteran consideraciones de índole personal/familiar y alto componente afectivo, que nada nuevo aportan que sirva para desvirtuar lo establecido en la sentencia, es decir, que no está probado que se ocultó información al actor y que tal cuestión no guarda relación alguna con la adopción de los acuerdos que se

pretenden impugnar, ni podía tener influencia alguna sobre ello.

#### CUARTO

Respecto al último motivo del recurso, violación del ejercicio del derecho de representación del socio minoritario en el Consejo de Administración, se han de precisar previamente las siguientes cuestiones: 1º) Tal petición fue formulada con carácter subsidiario en el Suplico de la demanda en los siguientes términos, "se declare el derecho del accionista Don José W. S. a designar un Consejero en el actual órgano de administración por la vía del derecho de representación del socio minoritario reconocido en el artículo 137 de la [LSA](#) , ordenando a tal efecto, cuantos actos de convocatoria y celebración de Junta Extraordinaria fueran necesarios para su urgente consecución". 2º) En el relato de hechos de la demanda no se hace ninguna referencia a los presupuestos fácticos que pudieran servir de base a dicha petición. 3º) La sentencia recurrida rechaza la petición por dos razones; primera, por no guardar relación alguna con los acuerdos impugnados; segunda, porque tal derecho deberá llevarse a efecto a través del sistema de nombramiento que establece el artículo 123 de la LSA, siendo que la convocatoria judicial de la Junta General en los términos que se solicitan únicamente puede tener lugar cuando previamente hayan sido requeridos los administradores por los socios que representen el capital exigido en el artículo 100, en relación con el apartado 1 del artículo 101 de la Ley aludida, requerimiento que no ha tenido lugar. 4º) El recurrente impugna tal pronunciamiento por dos motivos; primero, alega que el acuerdo de cese de la hija del actor como miembro del Consejo se adoptó vulnerando el derecho de representación del actor; segundo, que el requerimiento notarial acompañado a la demanda, en virtud del cual el demandante solicita ocupar cualquier vacante que se produzca en el seno del Consejo, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 101 de la Ley.

Planteada así la cuestión se ha de establecer lo siguiente: 1º) El demandante plantea la petición formulada con carácter subsidiario como una petición independiente de la principal y para el caso de que ésta no sea estimada. 2º) No se entiende entonces la necesidad de vincular tal petición con la petición principal de impugnación de los acuerdos sociales, como ocurre en el Fundamento de derecho Quinto de la sentencia, salvo que la confusión esté inducida por el propio demandante, que en el recurso vuelve a insistir en que uno de los acuerdos impugnados, el cese de su hija, vulnera su derecho de representación en el Consejo; si tal es así, es decir, si en su opinión el acuerdo adoptado vulnera el artículo 137 de la [LSA](#) , debió señalarlo e incluirlo en la demanda como uno más de los argumentos esgrimidos para la impugnación de los acuerdos, al no hacerlo, tal posibilidad ha precluido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 399 y 400 de la [LECiv](#) , por lo que tal alegación en los términos que se realiza en el escrito de formalización del recurso no debe ser tenida en cuenta. Como argumento adicional cabe señalar que ninguno de los acuerdos adoptados se refiere al cese de la hija del actor, sino a la reducción del número de miembros del Consejo a cuatro, el cese del actual Consejo y el nombramiento de otro. 3º) Como ya se ha señalado, en el

relato de hechos de la demanda no se hace alusión alguna a los presupuestos de hecho en que se basa la petición subsidiaria, con lo que se vulnera el artículo 399.3 de la LECiv sobre los requisitos de la demanda, se produce indefensión a la parte contraria que no puede rebatirlos, se impide al tribunal de primera instancia entrar a considerar tal cuestión de conformidad con lo establecido en el artículo 209 y 218 de la LECiv (así no es de extrañar que el juzgador de primera instancia siempre vincule tal petición con la impugnación de los acuerdos) y, finalmente, se impide que este Tribunal entre a considerar dicha cuestión, ello en base a lo dispuesto en el artículo 456.1 de la LECiv. La ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada, del que se extrae como razonable consecuencia, que a los sujetos jurídicos que piden la tutela de sus derechos e intereses legítimos, les corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, atribuyéndole las cargas procesales de pedir la tutela judicial en función de esos intereses, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes. Justamente para afrontar esas cargas con las suficientes garantías y sin indefensión, se impone a las partes la necesidad de estar asistidas por Letrado. De otra parte, si bien no tiene justificación el someter a los mismos justiciables a diferentes procesos cuando el asunto puede zanjarse razonablemente en uno solo, tal criterio ha de armonizarse con la plenitud de garantías procesales, por lo cual se establece la regla de preclusión de alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos. 4º) Como argumento adicional cabe señalar que el requerimiento notarial practicado a la entidad demandada a instancia de la actora el día 26 de Diciembre de 2.000 no tiene relación ni afecta a la composición del Consejo formado a partir de la Junta de 8 de Enero de 2.001, pues dicho requerimiento venía referido a la posibilidad de que se produjera una vacante en el Consejo, lo que no parece que haya acaecido antes de la celebración de la referida Junta ni en el transcurso de ésta, por lo que cabe concluir, como estima la sentencia, que no se cumple el requisito del requerimiento previo previsto en el artículo 100.2 en relación con el 101.1, ambos de la [LSA](#) . De otra parte, por lo que se refiere a lo ocurrido en la Junta, dada la reducción de los miembros del Consejo a cuatro, se desconoce si el actor seguía ostentando el derecho aducido, desconociéndose también los presupuestos fácticos que hicieran posible la aplicación del precepto en que se fundamenta.

## QUINTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 y 394 de la [LECiv](#) , las costas del recurso de apelación se impondrán a la parte cuyas pretensiones se hayan visto rechazadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don José W. S. representado por la Procuradora Sra. G. P. contra la sentencia dictada en primera instancia, confirmamos la misma en todos y cada uno de sus pronunciamientos,

condenando al recurrente al pago de las costas del recurso.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) .

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.