

20 de julio de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de las sociedades DISA Corporación Petrolífera, S.A., Grupo Satocan, S.A., Grupo Satocan Desarrollos, S.L. y Nueva Compañía De Inversiones, S.A. se interpuso demanda de juicio ordinario sobre impugnación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la sociedad Sacyr Vallehermoso, S.A. en su reunión de 11 de mayo de 2011, bajo el punto cuarto del orden del día, relativo a la proposición de nombramiento de las entidades RIMEFOR Nuevo Milenio, S.L. y CYMOFAG, S.L. como Consejeros dominicales de la sociedad, en la que los demandantes, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por convenientes y que doy por reproducidos, terminaban suplicando que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad del citado acuerdo, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- La parte actora solicitaba por otrosí la adopción de medidas cautelares consistentes en la anotación preventiva de la precedente demanda, ofreciendo prestar caución en la suma de TRES MIL EUROS (3.000 EUR) o en otro caso la que el Juzgado estime oportuna.

TERCERO.- El día de hoy se ha convocado a las partes a la comparecencia prevista en el art. 734 de la LEC con el resultado que consta en las actuaciones, tras la cual han quedado los autos en poder del proveyente para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El art. 721 de la LEC permite a todo actor, principal o reconvenional, solicitar del Tribunal la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. El art. 726 del mismo cuerpo legal faculta al Tribunal para acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, siempre que la misma:

a) Sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

b) No sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. El art. 727.6 LEC permite más concretamente la práctica de anotaciones registrales en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución. No es preciso por tanto subrayar que la anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos adoptados por el órgano de administración de las sociedades mercantiles, al igual que cualquier otra medida cautelar, debe tener siempre carácter instrumental a la tutela jurídica de fondo que se impetra y concederse únicamente en aquellos casos en que no pueda ser sustituida por otra medida menos gravosa.

SEGUNDO.- Con carácter previo a entrar a analizar los requisitos que el art. 728 LEC impone para la adopción de la medida solicitada, procede examinar la concurrencia de las exigencias que el art. 726 LEC antes citado recoge, deteniéndonos en particular en la obligada instrumentalidad de la tutela cautelar que se pide. Siendo cierto que nuestra legislación procesal y la disciplina sustantiva reguladora de las sociedades de capital no contienen ninguna norma expresamente prohibitiva de la medida cautelar consistente en la anotación preventiva de una demanda impugnatoria de los acuerdos adoptados por el órgano de administración de una compañía mercantil, el Auto dictado por la Sección 28 Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid en fecha 16 de enero de 2008 ha establecido razonados criterios en torno a dicha posibilidad que en el presente trámite, por motivos obvios, no es dable ignorar. En concreto, la Sala especializada tuvo oportunidad de señalar en dicha resolución, analizando la licitud de la adopción de la citada medida (que en el caso enjuiciado se solicitaba de forma coetánea a una demanda impugnatoria de un acuerdo del Consejo de Administración por el que se convocaba una Junta General), que “de estimarse en su día la demanda, la sentencia que recaiga no será de condena sino que tendrá naturaleza meramente declarativa o constitutiva, cuya ejecución se agota con el propio pronunciamiento, lo que determina la imposibilidad de despachar ejecución con fundamento en la misma (artículos 517 y 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por otra parte, no siendo susceptible de inscripción el acuerdo impugnado (artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil), que no es otro que el del consejo de administración por el que se convoca la junta general, ni siquiera sería de

aplicación lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas”.
Añadiendo la citada interlocutoria:

“Como ya expuso este tribunal en el reciente auto de 20 de diciembre de 2007, la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda sólo puede acordarse cuando el acuerdo social impugnado ha de tener reflejo en el Registro Mercantil. La anotación preventiva de la demanda es un asiento en el Registro Mercantil, de eficacia temporal limitada a la duración del procedimiento judicial, cuya finalidad estriba en preordenar determinados efectos de la cosa juzgada, tales como la cancelación de inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores al de la anotación preventiva, estando dirigida fundamentalmente a enervar la presunción de buena fe de terceros que confían en lo que publican los asientos del Registro(artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil), presunción que sólo será necesario destruir, mediante la anotación de la demanda que pone en duda la eficacia del asiento, cuando el acto impugnado esté inscrito o sea susceptible de inscripción. Si no existe acto inscrito o inscribible en que pueda fundarse la buena fe del tercero carece de objeto la anotación preventiva de la demanda cuya finalidad es enervar la presunción de buena fe. En el supuesto de autos el acuerdo impugnado no es susceptible de inscripción por lo que no cabe la anotación preventiva de la demanda, siendo irrelevante que sí lo sean los acuerdos adoptados en la Junta celebrada en virtud del acuerdo del consejo de administración...”.

Considerando acertados y plenamente aplicables los argumentos expuestos a la medida cautelar que aquí se peticiona, por los mismos motivos que se acaban de indicar (falta de instrumentalidad y consiguiente imposibilidad de concesión, por no ser el acuerdo impugnado inscribible) procedería denegar directamente la solicitud deducida por la demandante. Aunque la doctrina precedente (inidoneidad de las anotaciones preventivas de demanda en supuestos de impugnación de actos no inscribibles) puede encontrar sus excepciones cuando en la materia enjuiciada el Registro Mercantil desempeña una especial función de publicidad frente a terceros cuya confianza pueda ser necesario proteger (señaladamente, en los supuestos de acuerdos sociales aprobatorios de cuentas anuales), lo cierto es que aquí nos encontramos ante un acto que genuinamente cabría calificar como “interna corporis” de la persona jurídica, carente por completo de eficacia frente a cualquier tercero ajeno a la vida societaria. En consecuencia, ni siquiera por la vía de la necesidad de información y la protección de la confianza puede justificarse la pretensión de anotación preventiva de un acuerdo del órgano de administración que consiste meramente en una propuesta de nombramiento de consejeros por

la Junta General de la compañía, por lo que únicamente en atención a este motivo la petición de anotación preventiva debería decaer.

TERCERO.- La concurrencia del precedente motivo de desestimación de la anotación preventiva peticionada no exime en cualquier caso a este órgano de la obligación de pronunciarse sobre el cumplimiento o no del resto de requisitos que para su adopción la Ley impone. Ello constituye una exigencia derivada del principio de exhaustividad que el art. 218 LEC consagra y que obliga al Juzgador a pronunciarse sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, independientemente de que el fallo ya quede condicionado por la respuesta que se dé a alguno de ellos. Y aunque la interpretación de dicho principio dista de ser pacífica, tras haber declarado nuestro Tribunal Constitucional que no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva y pormenorizada, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que pueda tener de la cuestión que se decide, dando respuesta a todas y cada una de las cuestiones de hecho y de derecho que se susciten (Sentencias de 20 de diciembre de 2000 y 12 de febrero 2001); no pudiendo entenderse conculcado dicho principio, en términos generadores de indefensión, "cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso que, al ser de enjuiciamiento preferente -por su naturaleza o por conexión procesal-, hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquéllas otras (por todas, STC 138/2007, de 4 de junio)" (STC de 15 de diciembre de 2008), lo cierto es que la jurisprudencia emanada en este punto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto Ruiz Torija, STEDH de 9.12.1994) hace aconsejable, siquiera sucintamente, dar expresa respuesta a todos los motivos de estimación o desestimación oportunamente alegados por las partes.

Sentada la anterior premisa, el art. 728 LEC exige para la concesión de cualquier medida cautelar dos requisitos básicos, que son la apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal. Respecto del tercero de los requisitos que el art. 732.3 LEC impone, que es el ofrecimiento de caución, no ha existido debate entre las partes respecto de su cumplimiento por parte del demandante. En todo caso, se considera la cuantía propuesta por la actora, suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado (art. 728.3 LEC), no habiendo justificado la defensa de SACYR VALLEHERMOSO, S.A. por medio de prueba alguno que el real perjuicio que podría causarse, en caso de estimar la petición de tutela cautelar, deba cuantificarse en el 1% del crédito sindicado al que se alude en la p. 11 del escrito de demanda.

Ya para concluir esta aproximación previa y en respuesta a las alegaciones vertidas por la demandante en el acto de la vista, referidas a una supuesta menor severidad con que deberían examinarse las peticiones de tutela cautelar como la presente en atención al especial régimen especial que se contiene en el art. 155 RRM, conviene recordar que constituye una doctrina reiterada en la jurisprudencia de las Audiencias que todas las medidas cautelares que se solicitan coetáneamente a la impugnación de acuerdos adoptados en el seno de compañías mercantiles, ya sea por la Junta General o por los órganos de administración de la misma, como en el presente caso acontece, no pueden considerarse en ningún caso un efecto automático de la interposición de la demanda, como antes de la entrada en vigor de la LEC podía desprenderse de la redacción de los arts. 120-121 del TRLSA (véanse entre otros los Autos de la A.P. de Madrid de 13 de noviembre, 27 de febrero y 13 de febrero de 2009 o de la A.P. de Barcelona de 22 de octubre de 2008). Ello ha sido expresamente afirmado no sólo para la medida más agresiva de suspensión cautelar del acuerdo impugnado, sino también para la menos gravosa de simple anotación preventiva de la demanda en los Autos de la A.P. de Madrid de 30 de octubre de 2009 o 15 de enero de 2010, a cuyos acertados argumentos en este último punto nos remitimos.

CUARTO.- En torno al primero de los requisitos, que es el riesgo por la mora procesal, supone valorar la existencia de “un riesgo racionalmente previsible, con carácter objetivo, de que la parte demandada pudiera aprovecharse de la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial que podría otorgarle la sentencia resolutoria de la contienda o, bien, que se prevea al advenimiento de situaciones concretas susceptibles de ocasionar impedimento o dificultad a la efectividad de la pretendido en el procedimiento principal” (Autos de la A.P. de Madrid de 15 de enero de 2010 o de la A.P. de Barcelona de 9 de septiembre de 2009). La solicitud de tutela cautelar debe concretar qué situaciones es menester conjurar durante la pendencia del proceso con la adopción de la medida interesada, siempre a la vista de las específicas circunstancias que concurren y sin que baste con recurrir a argumentaciones genéricas como la simple garantía de terceros, que podrían constituir lugar común a todo litigio de impugnación de acuerdos societarios o incluso a cualquier contienda judicial. En el caso enjuiciado, vinculan los demandantes el periculum in mora al riesgo de intervención en la formación de la voluntad del órgano de administración de la sociedad de los Consejeros incluidos en la pretendidamente inválida propuesta de nombramiento, lo que justificaría el reflejo registral de la presente impugnación. Se hace asimismo valer que dicho reflejo registral obedecería a la necesidad de poner el cuestionamiento jurídico de la validez del nombramiento de los citados Consejeros en conocimiento de

hipotéticos terceros que puedan contratar o interactuar con la mercantil demandada.

Las razones esgrimidas por la demandante no pueden hallar favorable acogida. Se olvida que el objeto de la presente impugnación no es el acuerdo de nombramiento de las entidades Rimefor Nuevo Milenio, S.L. y Cymofag, S.L. como Consejeros dominicales de la sociedad, sino meramente la propuesta de dicho nombramiento. En efecto, en caso de ser correctos los razonamientos que se exponen en torno al riesgo por la mora procesal vinculado a la invalidez del nombramiento de los consejeros, únicamente estaría justificada la invocación de tal peligro en relación con el propio acuerdo de nombramiento adoptado por la Junta General, pero no en relación con la simple propuesta conducente al mismo. Sin entrar a valorar los efectos prejudiciales que pudiera surtir la resolución que se adopte en este procedimiento respecto a la validez o nulidad de la propuesta de nombramiento en relación con el acuerdo de nombramiento que pueda haber sido adoptado por la Junta General (cuestión que no puede enjuiciarse en este trámite y que constituye justamente el objeto del procedimiento que se sustancia ante el Juzgado Mercantil núm. 9 de Madrid, en autos de juicio ordinario núm. 383/11), lo cierto es que la anotación preventiva que se pide de la demanda impugnatoria del acuerdo del Consejo de Administración resulta absolutamente inocua desde la perspectiva del riesgo por la mora procesal, si no se piden y conceden las correspondientes medidas en relación con los acuerdos de nombramiento que hayan sido adoptados por la Junta General.

En tal sentido, aunque lo deseable hubiera sido que la impugnación de los acuerdos del Consejo y de la Junta General se hubieran articulado en una única demanda, de ser correcta la interpretación de la mora procesal que sostiene la actora, la única medida cautelar idónea para lograr el efecto pretendido sería la suspensión del acuerdo de nombramiento de los consejeros adoptado por la Junta General (lo cual, como ha quedado patente en el acto de la vista, ni siquiera se ha solicitado: documento núm. 2 aportado por la demandada, p. 121), pero no la mera anotación preventiva de la demanda de impugnación de su propuesta de nombramiento. Por otra parte, escasa trascendencia jurídica en esa misma perspectiva habría de tener la anotación preventiva de la demanda de impugnación de la propuesta de nombramiento, en caso de eventual denegación de la misma anotación referida al acuerdo de nombramiento adoptado por la Junta General; resultando por lo demás la medida que aquí se peticiona innecesaria y redundante si la anotación preventiva del acuerdo de dicha Junta General hubiera de concederse. En último extremo, conviene subrayar que la petición de anotación preventiva de la

demanda de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración no puede articularse como un sustitutivo de la anotación preventiva de la impugnación del acuerdo de la Junta General, probablemente instado a los meros fines de contrarrestar una hipotética denegación de la misma medida solicitada del Juez Mercantil que conoce de la impugnación del citado acuerdo de nombramiento adoptado por el órgano soberano de la mercantil. Por los motivos expresados, la concurrencia de la mora procesal debe también rechazarse.

QUINTO.- Denegada la adopción de la medida por los dos motivos antes expuestos, únicamente nos resta examinar someramente si concurre la apariencia de prosperabilidad de la pretensión que se alega en la demanda. Entendemos que el pronunciamiento en torno a esta cuestión no sólo obedece al mandato de exhaustividad al que antes se hizo alusión, sino que deviene especialmente necesario a la vista de la estrategia procesal empleada por la parte actora, consistente en impugnar por separado el acuerdo de propuesta de nombramiento del Consejo de Administración y el de nombramiento de administradores de la Junta General. Habida cuenta de que esta última impugnación, según se desprende de las alegaciones de las partes, se ha vinculado efectivamente a la nulidad de la propia propuesta, parece obligado (por lo menos en términos prejudiciales) dar respuesta a la existencia o no de *fumus boni iuris* respecto de la impugnación de esta última, habida cuenta de que tal examen no podría ser efectuado por el Juez que resuelva sobre la impugnación del acuerdo de la Junta General, salvo mejor criterio de este último.

En esencia, se pretende que el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de Sacyr del 11 de mayo de 2011 bajo el punto 4º del orden del día sería:

- a) Contrario a la ley por infracción de la prohibición de voto de los Consejeros con conflicto de interés del art. 229 LCS y 80 LMV.

- b) Contrario a los estatutos por infracción de los artículos 42 y 47 de los Estatutos, así como de los artículos 16 y 19 del Reglamento.

- c) Contrario al interés de la sociedad Antes de entrar en el concreto examen de cada uno de los tres motivos indicados, conviene señalar que, ni siquiera en un

juicio indiciario de prosperabilidad como el presente, puede considerarse un argumento aceptable, como ha sostenido la parte demandada en el acto de la vista, que la propuesta de nombramiento emanada del Consejo de Administración haya sido abrumadoramente aprobada en la Junta General de la compañía. La validez o nulidad del acuerdo del Consejo de Administración impugnado es cuestión que debe dilucidarse exclusivamente en atención a la compatibilidad del mismo con la Ley, los Estatutos o el interés social. El principio democrático de la mayoría no subsana cualquier vicio o defecto de los acuerdos de una sociedad o de sus órganos y el presente caso no constituye una excepción.

SEXTO.- En cuanto al primero de los motivos de nulidad que se alegan, el art. 229 de la LSC dispone que “Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera”. Advierte la parte impugnante conflicto de intereses en el hecho de que D. Luis Fernando y D. Manuel, vicepresidente y consejero delegado, hayan intervenido en la adopción de la decisión del Consejo de Administración en cuya virtud se propone a la Junta General el nombramiento como consejeros dominicales de dos sociedades patrimoniales que controlan. Entendemos que, sin embargo, tal pretensión deriva de una defectuosa hermenéutica de la expresión “conflicto de intereses” en los términos empleados por el Legislador. En efecto, si se atiende al tenor literal del art. 229 LSC, se constata fácilmente que la abstención que se exige del miembro del Consejo de Administración en quien concurra conflicto de intereses se impone para las decisiones de acuerdos “relativos a la operación” en que el conflicto se produzca. Para que un conflicto de intereses pueda producirse, es necesario que el órgano de la sociedad deba pronunciarse sobre una cuestión atinente al gobierno o estrategia de la persona jurídica en su relación con terceros, y que el miembro del Consejo de Administración se encuentre, de forma simultánea y contradictoria, vinculado por su deber de lealtad a la sociedad y por intereses personales o patrimoniales propios o asociados al tercero que debe ser parte en la aludida “operación”. La idea que late en la norma es que la postura del Consejero, en relación con una determinada “operación” (la exigencia de esta última es la clave) no pueda verse “influida” por otros intereses ajenos al propio de la sociedad cuando decide sobre el modo en que esta última debe orientarse en su relación con terceros.

En la literatura existente, se citan a título de ejemplo la adopción de “acuerdos relacionados con actos o contratos en los que el administrador implicado sea la contraparte” así como los “supuestos de utilización de información en beneficio propio o de sociedades en las que tenga participación o algún tipo de interés” (E. García García, “El Consejo de Administración: funcionamiento”, en VV.AA. Órganos de la sociedad de capital, Valencia:Tirant lo Blanch, 2008, T. II, p. 1367); en sentido parecido, V. Ribas (en VV.AA. Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Cizur Menor: Civitas – Thomson Reuters, 2011, p. 1639-1640) divide los supuestos posibles de conflicto en “actos y negocios jurídicos que el administrador o persona vinculada realiza con la sociedad” por un lado y “actos de competencia y oportunidades de negocio” por otro.

Sin embargo, el marco en el que se invoca el conflicto de intereses por la parte actora es absolutamente ajeno a la acotación que acaba de hacerse de la expresión legal. Como antes ya se ha dicho, nos hallamos ante una simple propuesta de nombramiento “interna corporis” de dos Consejeros dominicales, que obviamente y en función de las mayorías y agrupaciones que puedan formarse en el seno del capital social de la compañía, habrá de gozar de apoyos por parte de unos Consejeros y oposición por parte de otros. La pretensión de que los miembros del Consejo “favorables” a la propuesta deban abstenerse de votar en la adopción del acuerdo se nos antoja tan justificada como la pretensión de abstención de los que estén en contra. La invocación del “conflicto de intereses” carece de sentido para decisiones internas de la persona jurídica desvinculadas de “operaciones” que puedan comprometer a la sociedad con terceros ajenos a la misma; por lo que siendo normal que en las decisiones puramente internas de la vida societaria pueda aflorar una situación de enfrentamiento entre distintos grupos de accionistas, no puede pretenderse que los miembros del Consejo deban asumir una postura de absoluta imparcialidad; ni que, negada la misma, exista un conflicto de intereses que obligue a abstenerse de participar en la decisión en cuestión. Corroborando la misma interpretación, adviértase que una de las obligaciones típicas derivadas de la situación de conflicto de intereses es informar al Consejo de Administración o a la sociedad de la situación. Presupone ello aceptar que la situación de conflicto es susceptible de permanecer oculta, al entrañar una tensión de lealtades que básicamente se traduce en una contradicción interna, que puede ocasionar un perjuicio al interés de la sociedad en función del sentido de la decisión adoptada. Este perjuicio a la sociedad, inherente a la realización del interés propio en contraposición al interés social, es hasta tal punto definidor que la doctrina ha concluido que cuando los intereses son diversos pero no hay perjuicio, no hay conflicto de intereses (F. Sánchez Calero, Los Administradores de las Sociedades de Capital, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2005, p. 184). En el presente caso, nos hallamos sin

embargo ante una situación perfectamente pública y notoria, en la que únicamente se pretende una ampliación del Consejo de Administración y la mayor representación en el mismo de una parte del capital social; el perjuicio de la sociedad es por tanto inexistente. No hay en consecuencia un genuino conflicto de intereses en el Administrador sino un mero conflicto entre los distintos accionistas en relación con la composición del órgano de gobierno de la sociedad.

Adicionalmente debe subrayarse que el art. 514 LSC impone unos deberes de abstención concretos a los administradores de las sociedades cotizadas en las votaciones de la Junta General destinadas a decidir sobre su nombramiento, destitución, separación o cese (supuestos de representación pública de acciones). Por el principio *inclusionis unius exclusio alterius* cabe entender que otros deberes de abstención (señaladamente, en las propuestas de nombramiento que parten del Consejo) carecen de soporte legal. Por otra parte y argumentando a *fortiori*, si los Administradores pueden votar en la Junta General a favor de su propio nombramiento salvo en relación con las acciones cuya representación ostenten a resultas de una solicitud pública, nada parece que impida que voten a favor de la propuesta de nombramiento de una sociedad que puedan controlar en el seno del Consejo de Administración.

Por el mismo defectuoso entendimiento que se hace del concepto de “conflicto de interés” decae también la apariencia de buen derecho en cuanto concierne al art. 80 LMV y a las obligaciones de cumplimiento del reglamento interno de conducta, fundada en la inclusión en este último de normas para la prevención del conflicto de intereses análogas a las contenidas en el TRLSC. Si bien se añade, en este supuesto, que la LMV en ningún lugar proclama la nulidad de los actos del órgano de gobierno de una sociedad cotizada contrarios a dicho reglamento interno, no pudiendo sostenerse que la remisión del precepto legal a este último convierta a toda conculcación del mismo en una cuestión de ilegalidad invalidante.

La apariencia de buen derecho, en cuanto a este motivo de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración, debemos concluir por tanto que tampoco concurre.

SÉPTIMO.- En torno al segundo motivo de impugnación, se hace valer la anulabilidad del acuerdo por infracción de los artículos 42 y 49.3 a) de los Estatutos y 19.2 del Reglamento del Consejo. En relación con la supuesta

violación estatutaria, comoquiera que a la vista de la larga y prolija exposición de este motivo en el escrito rector únicamente se explicitan las razones por las que se entiende conculcado el art. 49 de los Estatutos, la referencia al art. 42 de estos últimos debe entenderse vacía de contenido. Examinado el tenor del citado precepto en el documento núm. 13 acompañado al escrito de demanda, se constata que el mismo efectúa una delimitación de las facultades de la Junta, que por razones obvias no es aquí de aplicación al enjuiciarse la actuación del Consejo. En cuanto al art. 49.3 a) de los Estatutos, describe las funciones o cometidos de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones. Dado que el acuerdo del Consejo de Administración que se impugna no pretende fijar de modo distinto dichas funciones y cometidos, no hay en apariencia conculcación alguna, por lo menos con el texto estatutario.

En relación con la infracción denunciada del art. 19.2 del Reglamento del Consejo, ciertamente se advierte que el mismo exige que las propuestas de nombramiento de consejeros que el Consejo someta a la Junta General deban ir precedidas del correspondiente informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones. No obstante, resulta difícil sostener que dicha contradicción entrañe de forma manifiesta un pronóstico de éxito de la pretensión de anulabilidad que se hace valer pues: a) razonando en términos de derecho aplicable, es dudoso que la ausencia de dicho informe sea equiparable en rango a una conculcación estatutaria; y b) resulta también dudoso hablar en términos fácticos de ausencia de informe de la citada Comisión cuando, recabado el mismo, por el órgano en cuestión se entendió que no era procedente su emisión.

En torno a la primera cuestión (equiparación de la vulneración del reglamento de régimen interior del Consejo de Administración a una violación estatutaria), desde luego dista mucho de ser pacífica y en ningún caso se desprende, como se ha dicho por la defensa de la parte demandante en el acto de la vista, del tenor literal del art. 516 de la LSC. Hace la parte actora una completa reseña doctrinal en la que de hecho honestamente se constata la existencia de opiniones discrepantes (la más destacada y reciente: J.R. Salelles, en VV.AA, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, op. cit. p. 1774), por lo que un pronunciamiento definitivo sobre este punto no puede hacerse sin un examen de fondo de la cuestión (desde luego, la Sentencia de la Sección 28 Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de fecha 25 de enero de 2007 parece excluir la automaticidad de la anulabilidad como consecuencia jurídica de este tipo de vulneraciones, al señalar que “la infracción reglamentaria, en cuanto se refiere a reglamento de régimen interno de autogobierno del Consejo de Administración, es susceptible en principio de producir el efecto de

anulabilidad del acuerdo que se hubiera adoptado sin respetar el reglamento y en cuanto en principio puede ser considerado contrario al interés social tal actuación...”: obsérvese que dicha anulabilidad se contempla en términos potestativos y por la vía mediata de la apreciación del interés social). Y dado que el presente juicio indiciario no puede sustituir dicho examen de fondo, un análisis ceñido a la mera apariencia de prosperabilidad nos lleva a concluir que, de hecho, la norma supuestamente vulnerada no pertenece strictu sensu a los estatutos sociales, lo que de entrada impide una favorable acogida del motivo de anulabilidad por infracción estatutaria. Ahora bien, en el presente caso se da además la circunstancia, admitida por el demandante, de que la Comisión de Nombramientos y Retribuciones no emitió informe alguno sobre la propuesta de nombramiento de los Consejeros que aquí se cuestiona, por entender que carecía de competencia para ello (como así resulta del punto segundo in fine del documento núm. 4 aportado por la demandada en el acto de la vista: acta núm. 55 de la reunión de dicha Comisión, de fecha 13 de abril de 2011).

Que la Comisión de Nombramientos y Retribuciones deba informar preceptivamente una propuesta de nombramiento de consejeros no significa que pueda bloquear sine die dicha propuesta, al abstenerse de hacerlo en sentido positivo o negativo recurriendo a valoraciones e interpretaciones legales ajenas a su cometido orgánico. Si recabado el citado informe, la Comisión defirió la decisión sobre la propuesta de nombramiento al Consejo, no parece que pueda invocarse la ambigüedad de tal pronunciamiento como una causa de nulidad del acuerdo adoptado por el órgano de gobierno de la sociedad, pudiendo entenderse que la Comisión ya dio cumplimiento al trámite que el Reglamento de régimen interior del Consejo contemplaba como exigible. Cualquier otra interpretación (una posibilidad de veto sin soporte legal o estatutario) constituiría una extralimitación del cometido orgánico de dicha Comisión en el seno de la sociedad a duras penas asumible. En resumidas cuentas, si no hay vulneración estrictamente estatutaria y ni siquiera la del reglamento interno del Consejo de Administración se desprende con claridad de los hechos expuestos, mal puede hablarse de apariencia de prosperabilidad de la pretensión con estos fundamentos, por lo que el *fumus boni iuris* debe también aquí descartarse.

OCTAVO.- En cuanto al último motivo de anulabilidad, sostiene en esencia la impugnante que el acuerdo de “desdoblar” los cargos en el Consejo de Administración “sobre-representando” a determinados accionistas lesiona el interés social en beneficio de estos últimos. Ahora bien, todos los razonamientos que se hacen valer parten de valoraciones puramente subjetivas o bien de pronósticos inciertos. Así, se sostiene que la propuesta de

nombramiento “lesiona la seguridad y confianza que los mercados de capitales y de crédito proyectan sobre la inversión y la concesión de fondos a la compañía”. Dicha apreciación debería sin embargo venir avalada por pruebas o testimonios que evidenciaran de modo indiciario que esa restricción del crédito y desconfianza del mercado realmente se ha producido, lo cual no es el caso. Tal afirmación no pasa por tanto de mera conjetura.

Igualmente se sostiene que la decisión adoptada por el Consejo de Administración puede repercutir en la cotización de la acción de SACYR. En el hipotético caso de que puedan establecerse reglas claras y objetivas sobre qué hechos pueden incidir positiva o negativamente en la cotización en bolsa de una compañía, no se ha practicado prueba alguna que demuestre que la simple propuesta de adopción de una decisión interna corporis sobre el tamaño del Consejo de Administración y la mayor o menor representación de los distintos socios o accionistas en su seno, como la que aquí es objeto de enjuiciamiento, ha de entrañar necesariamente una evolución a la baja de dicha cotización. Por otra parte, suscita serias dudas que dicha evolución de la cotización bursátil deba identificarse necesariamente con el interés social más protegible, siendo público y notorio que numerosas medidas que en la vida de una sociedad pueden venir impuestas por dicho interés social (entre otras: medidas de saneamiento, reestructuración, ampliación de capital, admisión de inversores externos, etc.) pueden tener simultáneamente un impacto negativo en la evolución del precio de las acciones. El motivo de anulabilidad no puede así afirmarse que concurra, lo que en definitiva, nos lleva a rechazar también la existencia de una apariencia clara de prosperabilidad de la pretensión en este punto.

Recapitulando así todo lo expuesto, ante la ausencia de instrumentalidad de la medida cautelar peticionada y la falta de concurrencia de los dos requisitos que legalmente su adopción exige (el peligro por la mora procesal y la apariencia de buen derecho), procede desestimar íntegramente la presente solicitud.

NOVENO.- El art. 736 LEC prevé específicamente para las medidas cautelares la imposición de las costas devengadas al solicitante en caso de denegación de las mismas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo: Desestimar íntegramente la solicitud de medidas cautelares presentada por DISA Corporación Petrolífera, S.A., Grupo Satocan, S.A., Grupo Satocan Desarrollos, S.L. y Nueva Compañía de Inversiones, S.A. contra la sociedad Sacyr Vallehermoso, S.A. con expresa condena en costas de la demandante.

Notifíquese a las partes personadas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación a preparar en el término de cinco días, mediante escrito que habrá de ser presentado en este mismo Juzgado. En el escrito de recurso deberá acreditar el recurrente haber consignado en la cuenta de este Juzgado núm.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la cantidad de CINCUENTA EUROS (50 EUR) conforme a lo dispuesto por la D^a. 15^a de la LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009, siendo este requisito necesario para su admisión a trámite.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos Nieto Delgado, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

Firma del Juez.- Firma del Secretario.