



Roj: **SAP M 17185/2016 - ECLI: ES:APM:2016:17185**

Id Cendoj: **28079370282016100311**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **495/2014**

Nº de Resolución: **361/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0147548

Recurso de Apelación 495/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 69/2013

APELANTE: INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO SL

Procuradora: Dña. María Lourdes Fernández-Luna Tamayo

Letrado: Guillermo Molina Delgado

APELADA: Dña. Encarnacion

Procuradora: Dña. Victoria Rodríguez-Acosta Ladrón de Guevara

Letrado: Francisco Javier Aparicio Carol

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ANGEL GALGO PECO

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES

SENTENCIA NÚM. 361/2016

En Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. ANGEL GALGO PECO, D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA y D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 495/14, los autos del procedimiento ordinario nº 69/2013 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, el cual fue promovido por Encarnacion contra INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO S.L., siendo objeto del mismo acciones en materia de sociedades.



Han sido partes en el recurso como apelante, INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO S.L. y como apelada Encarnacion ; todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 1 de febrero de 2013 por la representación de Encarnacion contra INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"Tenga por presentado este escrito, en unión de los documentos que se acompañan, por interpuesta DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES, adoptados en la Junta General de Socios celebrada el 24 de junio de 2012 de la compañía mercantil INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO, S.L. con domicilio en 28001 Madrid c/ Núñez de Balboa, 28 bajo (local comercial Alfaro) y previos los trámites legales oportunos dicte sentencia declarando nulos los acuerdos adoptados de dicha junta relativos a Aprobación de las Cuentas Anuales correspondientes al ejercicio 2011 con expresa condena en costas a la sociedad demandada."

SEGUNDO.- La parte demandada presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario.

TERCERO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó sentencia, con fecha 9 de abril de 2014 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que, estimando la demanda interpuesta por doña Encarnacion , siendo demandada la mercantil INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO, S.L. debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General celebrada el día 24 de junio de 2012, relativos a aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2011, con expresa imposición de las costas a la demandada."

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO S.L., se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

QUINTO.- Recibidos los autos en fecha 7 de octubre de 2014, se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como la parte apelada, con sus respectivas defensa y representación.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 27 de octubre de 2016.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-

1.- La representación de DOÑA Encarnacion entabló acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General celebrada el 24 de junio de 2012 de la mercantil INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO S.L. (en adelante FAALMO).

2.- La impugnación se sustentó en la inasistencia de **notario** a la junta, a pesar del requerimiento deducido al efecto, así como en la infracción del derecho de información y el derecho a examen de las cuentas sociales por experto contable.

3.- La sentencia de instancia estimó la demanda por inasistencia del **notario**, por lo que no entró al análisis de los restantes motivos de nulidad.

4.- Frente a la mentada resolución, se alza FAALMO con oposición de la Sra. Encarnacion .

SEGUNDO: HECHOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO.-

5.- FAALMO es una sociedad cuyos socios son los cinco hermanos Jose Enrique Encarnacion . La actora es titular del 20% del capital. El capital social es de 3005,06 euros y su administrador único es DON Jose Enrique .



- 6.- La actividad de la sociedad consiste en la tenencia de un inmueble.
- 7.- El administrador de la mercantil remitió a la demandante un burofax de fecha 8 de junio de 2012 convocando a una junta de socios a celebrar el 24 de junio siguiente cuyo orden del día era la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2011.
- 8.- En fecha 11 de junio de 2012, la demandante remitió a la sociedad demandada otro burofax en el que se solicitó la remisión de las cuentas anuales sujetas a aprobación, el examen de las mismas con experto contable y copia de los estatutos. Asimismo se requirió la presencia notarial en la junta.
- 9.- El administrador único contestó mediante burofax de 18 de junio de 2012 informando que había un ejemplar de las cuentas anuales del ejercicio 2011 en el domicilio social, aunque las remitirían por correo ordinario y que la documentación soporte de las cuentas podrían ser consultadas en compañía de experto contable.
- 10.- Atinente a la presencia notarial, el administrador único indicó que dado que la mercantil carecía de medios económicos había solicitado a los socios partícipes una aportación de 1.500 euros. Seguidamente se dice lo siguiente: "En el caso de que en dicha fecha no haya realizado esta aportación, entendemos que renuncia a la solicitud efectuada de asistencia de **notario** a la Junta General".
- 11.- La Junta se celebró el día 24 de junio de 2012 sin presencia notarial y sin asistencia de la demandante.
- 12.- En fecha 24 de mayo de 2013 se celebró junta de socios con presencia notarial, cuyo punto quinto del orden del día fue el siguiente: "ratificación, reiteración y subsanación en su caso, de los acuerdos de junta adoptados en fecha 24 de junio de 2012, aprobación de cuentas anuales formuladas a ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011".
- 13.- Referente a este punto del orden del día, el Sr. Secretario manifestó que no entendía necesaria ninguna ratificación, reiteración ni rectificación, si bien se incluyó en el orden del día a los efectos de que el socio pudiera poner de manifiesto los defectos que pudiera tener para proceder a la subsanación o rectificación.
- 14.- La representación de doña Encarnacion indicó que los motivos de impugnación constaban en la demanda, que ya había sido contestada de contrario, por lo que se sometía a la decisión judicial correspondiente.

TERCERO: FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.-

- 15.- Aduce la recurrente falta de motivación de la sentencia porque no menciona ninguna de las pruebas practicadas en el juicio ni se refiere a los motivos alegados por dicha parte en la contestación.
- 16.- El Tribunal Supremo mantiene en multitud de sentencias, entre las que podemos citar la sentencia 615/2015 de 16 de noviembre, que cita otras como la núm. 577/2011, de 20 julio núm. 283/2008, 5 abril 2006, 16 abril, 13 julio y 18 septiembre 2007, que «cabe admitir la existencia de motivación suficiente cuando la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenidas en la parte dispositiva.
- 17.- El Tribunal Supremo razona que el requisito de la motivación no es de carácter formal, sino material, de modo que lo exigido es que la parte que se ve perjudicada por un determinado pronunciamiento judicial conozca cuál es la razón de que el tribunal se pronuncie de ese modo, con independencia, incluso, de que tales razones o fundamentos sean acertados y, por supuesto, de que puedan ser compartidos por la parte.
- 18.- En la sentencia indicada el Alto Tribunal sostiene que no cabe admitir, con carácter general, la llamada motivación implícita, que podría llevar a situaciones de indefensión y haría recaer injustificadamente sobre la parte la carga de averiguar el sentido de tal motivación, pero no puede negarse la existencia de otros supuestos (...) en que la motivación, aun no expresada positivamente en el lugar adecuado, se halla contenida y se desprende inequívocamente del contenido de la resolución.
- 19.- La sentencia de instancia razona que la presencia de **notario** en la junta es un derecho de los socios, una vez cumplidos los requisitos establecidos, sin que el mismo pueda quedar desvirtuado por la voluntad de los administradores al no recoger el precepto excepción o condicionamiento alguno posible en el ejercicio del derecho.
- 20.- De esta manera se rechazan todos los argumentos expuestos por FAALMO para sostener la validez de la Junta a pesar de la inasistencia de **notario**. La falta de respuesta pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos expuestos por dicha entidad no empece, por tanto, para considerar razonada la sentencia en la medida en que explica la razón por la que considera nula la junta impugnada.

CUARTA: PRESENCIA NOTARIAL EN LA JUNTA DE SOCIOS.-



21.- El artículo 203.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) contempla la obligación de los administradores de requerir la presencia de **notario** para que levante el acta de la Junta cuando así lo soliciten, en el plazo establecido, socios que representen, al menos, el cinco por ciento en las sociedades de responsabilidad limitada. Los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial.

22.- El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance de la ineficacia de los acuerdos al interpretar y aplicar el antiguo artículo 55.1 de la Ley 2/1995 , que contenía la misma previsión legal que el actual art. 203 LSC. En la sentencia de 13 de noviembre de 2013 , que cita la de 5 de enero de 2007 se aclaró que la consecuencia de no atender el requerimiento de presencia notarial, cuando concurren los requisitos al efecto, es, por inferencia lógica, que la litigiosa junta se constituyó y los acuerdos se adoptaron en contra de lo mandado por la Ley. O, lo que es lo mismo, que, por repercusión, los acuerdos sociales deben ser considerados nulos y, por ende, ineficaces.

23.- FAALMO sostiene que la presencia notarial en la junta resulta en el presente caso excesivamente onerosa, ya que se trata de una sociedad familiar cuya actividad consiste únicamente en la tenencia de un inmueble y que la sociedad viene actuando del mismo modo desde hace doce años.

24.- La Sala comparte el parecer de la "juez a quo" por cuanto la obligación de la presencia notarial resulta ineludible e incondicionada cuando concurren, como en este caso, los requisitos contemplados en el art. 203 LSC. Ni el tipo ni el volumen de la actividad desplegada por la mercantil pueden erigirse en obstáculos aceptables para eludir el cumplimiento de este deber legal.

25.- Se sugiere por el apelante que requerir la presencia notarial a la junta de socios de FAALMO podría constituir un acto abusivo contrario a las exigencias de la buena fe.

26.- En la contestación a la demanda el alegato de buena fe iba referido a la falta de presencia de la demandante en la Junta impugnada para poner de manifiesto la irregularidad cometida.

27.- Analizar si el requerimiento de presencia notarial constituye, por sí mismo, un acto contrario a la buena fe es una cuestión nueva que no puede aceptarse en esta alzada. Esta pretensión debió formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba (es decir, en la fase de alegaciones de la primera instancia, donde han de delimitarse los términos del debate que constituye el objeto del proceso - artículos 399 , 400 , 412 y 426 de la LEC . La prohibición de la mutación de la pretensión (mutatio libeli) tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1997 y 12 de marzo de 2008 u 8 de junio de 2016 , entre otras muchas)

28.- Con ánimo de exhaustividad, la Sala considera que exigir la presencia notarial constituye el ejercicio normal de un derecho en los términos legalmente contemplados, que no puede considerarse abusivo ni es contrario a las exigencias de la buena fe. Si la debilidad de la empresa es tan acusada que no puede cumplir con este requisito, lo que habría que plantearse es la propia viabilidad de la sociedad, pero no el carácter desproporcionado de esta exigencia.

29.- FAALMO señala que no negó nunca el derecho a la presencia notarial que tenía la demandante. Lo que expresó con claridad la carta remitida es que la falta de ingreso del dinero llevaría a la no presencia del **notario**.

30.- El artículo 203.3 LSC señala que los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad. Por consiguiente, no es posible condicionar la presencia del **notario** al pago de una cantidad, toda vez que carece de toda cobertura legal.

QUINTA: BUENA FE DEL SOCIO EN LA CONSTITUCION DE LA JUNTA.-

31.- Señala FAALMO que la actora no procedió de buena fe ya que no asistió a la junta para poner de manifiesto la irregularidad denunciada.

32.- El recurrente se apoya en la jurisprudencia reiterada (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1971 , 12 de mayo de 1976 , 4 de abril y 12 de mayo de 1978 , 9 de mayo de 1986 , 6 de febrero de 1987 , 30 de abril de 1988 , 17 de febrero de 1992 , 17 de mayo de 1995 , 18 de junio de 1998 y 31 de julio de 2002 , entre otras) que reputa contrario al principio de la buena fe el silencio o la reserva de aquel socio que se abstuviese de poner de manifiesto en el momento inicial de la junta cuantas infracciones considere que pudieran concurrir en relación con la convocatoria, la constitución o la propia celebración de la junta y más tarde pretendiera hacerlas valer como motivo de impugnación de lo allí acordado.

33.- Esta Sala ha aplicado en numerosas ocasiones la citada jurisprudencia, pero también hemos indicado en sentencias como la de 26 de enero de 2015 que la infracción de derechos que dan lugar a la nulidad de los acuerdos no requiere reserva o protesta alguna.



34.- La jurisprudencia citada por el recurrente carece de aplicación al supuesto de autos, ya que la necesidad de presencia notarial sí se puso de manifiesto a la sociedad, si bien fue en un momento anterior a la constitución de la Junta. Esta petición no precisaba ser reiterada al comienzo de la junta porque la sociedad también contestó por escrito, antes de la junta, fijando su posición al respecto.

35.- Por consiguiente, exigir en este caso que la demandante pusiera de manifiesto la irregularidad al comienzo de la junta sería una formalidad reiterativa carente de contenido que ninguna relación tiene con la buena fe que fundamenta la doctrina jurisprudencial invocada.

SEXTA: SUBSANACION DE DEFECTOS DE LA JUNTA.-

36.- FAALMO invoca la Junta de 24 de mayo de 2013, es decir, la celebrada un año más tarde con presencia notarial, en uno de cuyos puntos del orden del día se propuso la ratificación, reiteración y subsanación, en su caso, de defectos de junta aquí impugnada y concretamente de la aprobación de las cuentas anuales formuladas a ejercicio cerrado en el año 2011. Cuando se dio la palabra a la representante de la actora para que alegara los posibles defectos de dicha junta, optó por remitirse a las resultas del presente procedimiento judicial. Este punto del orden del día de la junta de 24 de mayo de 2013 no fue objeto de votación.

37.- FAALMO deduce de lo anterior que la única intención de la Sra. Encarnacion era perjudicar el interés de la sociedad y no subsanar los posibles defectos.

38.-La introducción del punto quinto del orden del día de la junta de 24 de mayo de 2013 pudo tener efectos sanadores respecto al defecto de la junta del año anterior relativo a la falta de presencia notarial, ya que la de 2013 sí contaba con dicha presencia.

39.- Sin embargo este punto del orden del día no llegó a votarse porque el Secretario de la Junta empezó afirmando que la junta de 24 de junio de 2012 cumplió todos los requisitos formales y de fondo para su validez y que no consideraba necesaria ni la ratificación, ni la rectificación ni la subsanación, por lo que dio la palabra a la representante de la actora para que manifestara su posición al respecto.

40.- En esa tesitura, la representación de la demandante adoptó una postura que consideramos razonable, cual fue remitirse a las resultas del procedimiento judicial. En consecuencia, no consideramos consistente el argumento del apelante en este punto.

SÉPTIMA: COSTAS.-

41.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

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

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de INVERSIONES Y PROMOCIONES FAALMO S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, con fecha 9 de abril de 2014 en el seno del proceso ordinario nº 69/2013

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes

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

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.