



Roj: **SAP M 120/2018 - ECLI: ES:APM:2018:120**

Id Cendoj: **28079370282018100044**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **26/01/2018**

Nº de Recurso: **118/2016**

Nº de Resolución: **65/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

N.I.G.: 28.079.47.2-2012/0006505

ROLLO DE APELACIÓN: 118/16

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 485/2.012.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid.

Parte apelante : DOÑA Marí Luz Y DOÑA Celia

Procurador: Doña Loreto Outeiriño Lago.

Letrado: Don Jesús Monte Villén.

Parte apelada : "LUZ LEJANA, S.L."

Procurador:

Letrado: cc

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

SENTENCIA Nº 65/2018

En Madrid, a veintiséis de enero de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 118/16, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015 dictada en el juicio ordinario núm. 485/2012, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelantes, **DOÑA Marí Luz Y DOÑA Celia** , representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados; y como apelada, la entidad "**LUZ LEJANA, S.L.**" .

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de doña Marí Luz y doña Celia contra la entidad "LUZ LEJANA, S.L." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraban que apoyaba su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia por la que interesaban que se declarase:

"1º La nulidad, del acta recogida en la escritura notarial de fecha 10 de mayo de 2012, otorgada ante el Notario Don Eduardo María García Serrano con protocolo 428, en las Páginas 29 a la 43, sobre constitución como mesa de junta ordinaria de la sociedad LUZ LEJANA S.L, efectuada con fecha 18 de junio de 2012, celebrada por la única socia Doña Penélope , al no concurrir los requisitos formales de constitución y celebración como junta general.

2º.- La nulidad de los acuerdos que constan en el punto 5º de la convocatoria, consistente en no aprobarse el cese de Doña Penélope como administradora mancomunada, ni ejercitar acciones por concurrencia mercantil, interviniendo Doña Penélope votando en contra, pese a la situación de conflicto de interés del art. 190 de la LSC.

3º.- La nulidad del acuerdo efectuado en el punto 12º del orden del día, por el cual se acuerda dirigir acción social de responsabilidad frente a las actoras, y cese como administrador de Doña Marí Luz , con la inasistencia de las actoras a la reunión y votando a favor un administrador en situación de conflicto de interés.

CONDENANDO, a la demandada a estar y pasar por lo anterior y al abono de las COSTAS causadas."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid dictó sentencia con fecha 29 de septiembre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal de Doña Marí Luz y Doña Celia contra la mercantil LUZ LEJANA S.L. DEBO ABSOLVERLE Y LE ABSULEVO de los pedimentos, con imposición de costas a la actora."

TERCERO .- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación, que admitido por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 25 de enero de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Doña Marí Luz y doña Celia formularon demanda contra la entidad "LUZ LEJANA, S.L." en la que ejercitaban la acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta general de la referida sociedad celebrada el día 18 de junio de 2012.

Las demandantes son administradoras mancomunadas de la sociedad junto con la tercera de las socias, doña Penélope , siendo cada una de las demandantes titular del 30% del capital social y, esta última, del 40% restante.

En esencia, lo que literalmente se solicita en el suplico de la demanda es la nulidad del acta notarial de fecha 10 de mayo de 2012 en lo que se refiere a la documentación de la junta celebrada el día 18 de junio de 2012 *"al no concurrir los requisitos formales de constitución y celebración como junta general"* . Parece que lo que se quiere pedir es la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la junta general de 18 de junio de 2012, que fueron documentados en el acta notarial, por defectos formales en la constitución y celebración de la junta.

Además, se solicita la nulidad de los acuerdos adoptados bajo el punto 5º del orden del día, consistentes en la no aprobación del cese de doña Penélope como administradora mancomunada de la sociedad y el no ejercicio de acciones contra la referida administradora por concurrencia mercantil, al haber votado en contra del acuerdo la socia afectada pese a la situación de conflicto de interés existente, con infracción del artículo 190 texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Por último, se solicita la nulidad del acuerdo adoptado bajo el punto 12º del orden del día por el que se aprobó el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a las demandantes y el cese como administradora mancomunada de doña Marí Luz , sin que las actoras estuvieran presentes en la reunión y en virtud del voto emitido por la otra socia que se encontraba en situación del conflicto de interés.

La sentencia apelada rechaza las infracciones denunciadas y desestima la demanda.



Frente a la sentencia se alza la parte demandante con base en las alegaciones que a continuación serán examinadas.

SEGUNDO .- En el primero de los motivos del recurso de apelación se denuncia la defectuosa constitución de la mesa de la junta con infracción de los artículos 180 , 191 , 192 y 195 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Como resulta del acta notarial acompañada a la demanda como documento nº 1, doña Marí Luz y doña Celia , en su calidad de administradoras mancomunadas de la sociedad, convocaron junta general de socios para su celebración el día 17 de mayo de 2012, con el orden del día que estimaron oportuno (puntos 1º a 8º).

Reunidas todas las socias el día 17 de mayo de 2012, de común acuerdo decidieron suspender la celebración de la junta y convocarla de nuevo, ampliando el orden del día (puntos 9º a 12º), para el día 25 de mayo de 2012.

El día 25 de mayo de 2012 la socias volvieron a suspender la convocatoria de la junta general y convocaron nueva junta general para el día 18 de junio de 2012, a las 10:30 horas, con el orden del día (ampliado) que se había fijado para la de 25 de mayo de 2012.

Reunidas las socias el día 18 de junio de 2012, las demandantes manifestaron que: ... *entendiendo, que ya no procede la celebración como Ordinaria de dicha Junta, solo puede ser Universal ya que en anteriores convocatorias no se cumplen los requisitos legales, en especial, el derecho de información del artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital , del cual no se hace mención en las anteriores posposiciones de celebración de Junta, entendiendo DOÑA Marí Luz y DOÑA Celia que si se celebrara la Junta sólo podría ser Universal, debiendo estar conformes todas las partes en el contenido de los asuntos a discutir hoy*".

A continuación las demandantes, *estando reunido el cien por cien del capital*, propusieron un único punto del día para esa junta universal consistente en la liquidación y disolución de la sociedad, sin que desearan reunirse en junta para tratar el resto de los puntos del orden del día de la junta convocada.

Al no aceptar la otra socia la celebración de la junta universal, las demandantes abandonaron la reunión, tras lo cual doña Penélope dio por constituida la junta, se designó a sí misma presidente y secretaria y, a continuación, decidió sobre los diferentes puntos del orden del día.

La sentencia apelada considera que al no haber sido desconvocada la junta, que requería la actuación conjunta de los tres administradores mancomunados por tratarse de un acto de gestión y no de representación, no existe óbice para tener por válida la constitución y celebración de la junta con la única asistencia de una de las socias, dando comienzo la misma una vez se pudo, tras las vicisitudes narradas en el acta notarial. Añade que la ausencia de dos de las administradoras no es causa de nulidad de la junta, sin que tampoco resulte de aplicación el artículo 195 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la prórroga de las sesiones puesto que en las dos convocatorias anteriores, las de los días 17 y 25 de mayo de 2012, no comenzó su celebración.

El apelante alega la infracción del artículo 195 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , concretamente de su apartado 1, según el cual: *"Las juntas generales se celebrarán el día señalado en la convocatoria, pero podrán ser prorrogadas sus sesiones durante uno o más días consecutivos"*.

Tras transcribir el precepto, la parte apelante señala que: *"En este caso no se llega a producir el comienzo de la celebración de la primera citación, por lo que, ni hay prórroga de la reunión ni las siguientes citaciones fueron consecutivas en los días"*.

El tribunal no alcanza a entender exactamente qué quiere expresar el apelante. En todo caso, no se aprecia infracción del precepto invocado. La junta se celebró el día que había sido convocada: el 18 de junio de 2012. Por otra parte, en ningún momento se acordó la prórroga de sus sesiones.

Si lo que expresa la parte apelante guarda relación con las dos convocatorias anteriores, lo cierto es que las convocatorias de la junta para los días 17 y 25 de mayo fueron dejadas sin efecto por las tres administradoras mancomunadas de común acuerdo, convocando finalmente una nueva junta para el día 18 de junio de 2012.

El retraso en el inicio de la junta propiamente dicha, que estaba convocada a las 10:30 horas, no tiene relevancia en tanto que obedeció a la negativa de las demandantes a la celebración de la junta convocada pretendiendo la celebración de una junta universal con un único punto del orden del día.

A las 11.15 horas, el notario extiende una diligencia en la que recoge las manifestaciones de las demandantes. Sólo se menciona a las demandantes porque, precisamente, se documentan las manifestaciones que ellas efectúan.



El apelante, faltando groseramente a la verdad, niega que estuviera presente doña Penélope , cuando el propio notario refleja que: "3.- *Que en este acto, estando reunido el cien por cien del capital y los tres administradores...*"

Esto es, estando presentes las tres socias en el lugar de celebración de la junta, debaten sobre si debía celebrarse la junta convocada o una junta universal y al no llegar a un acuerdo, dos de ellas, en presencia de la tercera, efectúan a las 11:15 horas determinadas manifestaciones por las que se rechaza la celebración de la junta convocada -sin que el rechazo lo fuera porque no se hubieran reunido las socias a la hora de la convocatoria- interesando la celebración de una junta universal con un único punto del orden del día.

El apelante reprocha a la sentencia que no haya valorado el testimonio de doña Carlota , asesora contable de la sociedad y, luego, letrada de doña Celia . En el recurso se afirma que declaró que *la junta no se constituyó como mesa, es más, que a la hora prevista no se celebró y se abandonó la notaría efectuando unas manifestaciones en el acta* .

La sentencia no pudo valorar esas manifestaciones porque nunca fueron efectuadas por la testigo. Lo que declaró doña Carlota es que siempre iban antes de la hora de la reunión porque había conversaciones previas y luego no se celebraban las juntas porque decidían negociar y se aplazaban, sin que pudiera recordar cuando se abandonaba la reunión, añadiendo que tampoco recordaba que se hubiera sentado a una junta (00:39:08 y ss de la grabación del acto del juicio). Las manifestaciones de la testigo no hacen sino corroborar que las tres socias estaban a la hora señalada para la celebración de la junta del día 18 de junio de 2012. Por lo demás, la circunstancia de que la testigo no presenciara ninguna junta es compatible con el hecho de que el día 18 de junio de 2012, tras abandonar la reunión dos de las socias por las razones ya expuestas, la tercera procediera a la constitución y celebración de la junta que estaba debidamente convocada.

Tampoco se infringe el artículo 180 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital . La asistencia de los administradores es un deber cuya infracción no impide la celebración de la junta en tanto que no constituye requisito de constitución de la junta y mucho menos cuando, como en este caso, se trata de socios que abandonan la reunión antes de comenzar la junta por discrepancias con la otra socia, lo que sería tanto como dejar a su exclusivo arbitrio la celebración de la junta.

También se invoca la infracción del artículo 192 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital sobre la formación de la lista de asistentes, lo que no sólo es novedoso, lo que permite su rechazo de plano (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino que carece del menor fundamento en tanto que consta en el acta que la junta se constituyó con la asistencia de una de las socias, doña Penélope , con una participación del 40% del capital social (folio 30 del acta notarial).

TERCERO .- Con relación a lo acordado bajo los puntos 4º y 5º del orden del día, las recurrentes denuncian la infracción de los artículos 190 y 229 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, al haber infringido doña Penélope el deber de abstención por estar en situación de conflicto de interés.

El punto 4º del orden del día tiene el siguiente tenor literal: "*4º Concurrencia mercantil del administrador Doña Penélope y acuerdos que procedan según artículo 228 y 230 de la Ley de Sociedades de Capital , respecto de la Sociedad FORENSA con CIF B86200474.*"

Al margen de que en el suplico de la demanda sólo se impugnaban por esta casusa los acuerdos adoptados en el punto 5º del orden del día, motivo por el cual la sentencia apelada no analiza el punto 4º, lo que ya permitiría desestimar el recurso en este particular, lo cierto es que bajo el referido punto del orden del día no se adopta acuerdo alguno como se constata de la mera lectura del acta notarial de la junta (páginas 36 y 37).

Doña Penélope se limita a efectuar determinadas manifestaciones con relación a ese punto del orden del día, negando que sea administradora y socia de la entidad "FORRENSA, S.L.", de la cual es administrador su hijo, añadiendo que ha sido apartada de la gestión social de la demandada. Tras lo cual no se adopta ningún acuerdo, por lo que no cabe impugnar un acuerdo inexistente.

El punto quinto del orden del día tiene el siguiente tenor: "Propuesta de acción social de responsabilidad frente al administrador mancomunado Penélope al amparo del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital ; en su caso, cese del administrador por causa legal."

Como consta en la página 37 del acta notarial de la junta, tampoco se adopta acuerdo alguno con relación a este punto del orden del día, en tanto que la socia presente se limita a indicar que: "*Se opone a la adopción de cualquier acuerdo en este sentido*", sin que se aprobara que no se ejercitara la acción.

Aun cuando se considerase que se había adoptado un acuerdo cuyo contenido consistiera en no ejercitar la acción, el acuerdo no sería impugnabile.



Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 2 de junio de 2015 , al indicar que la improcedencia de impugnar un acuerdo cuyo contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad *"radica en que la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo. Más que su impugnación, la Ley contempla que los accionistas minoritarios que tengan un 5% del capital social puedan, en ese caso en que la junta rechaza el ejercicio de las acciones de responsabilidad por parte de la sociedad, ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, de forma subsidiaria y en interés de la sociedad"*.

Por lo demás, el ejercicio de la acción social contra un administrador no está entre los acuerdos en los que el socio afectado por ser administrador debe abstenerse de participar en la votación de conformidad con el artículo 190 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en la redacción aplicable al supuesto enjuiciado por razones temporales -ni tampoco en la vigente-.

CUARTO .- En el tercero de los motivos del recurso de apelación se impugna el pronunciamiento por el que se desestimó la nulidad del acuerdo adoptado bajo el punto 12º del orden del día.

Bajo el indicado punto del orden del día se sometió a deliberación y decisión de la junta la: *"Propuesta de acción social de responsabilidad frente a las administradoras mancomunadas doña Celia y doña Marí Luz al amparo del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital ; en su caso cese de los administradores por causa legal"*.

Con relación a este punto se adoptó el siguiente acuerdo: *"ejercer acciones de responsabilidad social frente a las administradoras referidas y cesar a Marí Luz "*.

Tal y como se concreta en el suplico de la demanda este acuerdo se impugna porque se adopta con el voto de un administrador (socio) en situación de conflicto de interés con inasistencia de las demandantes.

La sentencia apelada, rechaza la impugnación porque el acuerdo impugnado no se encuentra entre los supuestos en que el artículo 190 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital impide al socio ejercitar su derecho de voto por concurrir conflicto de interés, criterio que compartimos plenamente, habiendo ya señalado que la junta estaba correctamente constituida.

La parte apelante alega ahora con carácter novedoso que el acuerdo no reúne los requisitos para que pueda entablarse la acción social de responsabilidad al no expresar la causa o el motivo de esa responsabilidad ni los ejercicios a los que se extendería.

En este sentido debe recordarse que no puede alterarse el objeto del proceso tal y como fue conformado en la primera instancia. La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, acoge un modelo de segunda instancia limitada, como *revisio prioris instantie* . La prohibición de introducir cuestiones nuevas en segunda instancia es un principio fundamental del recurso de apelación, positivizado en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo.

En definitiva, aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (*questio facti*) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (*questio iuris*) dado que ello se opone al principio general *pendente apellatione nihil innovetur* .

Por lo demás, el hecho de que sólo se acordara expresamente el cese de una de las dos administradoras contra las que se acuerda ejercitar la acción social no implica la nulidad del acuerdo adoptado sin perjuicio de que pudiera entenderse también cesada la otra administradora por imperativo del artículo 238.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Lo expuesto determina la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada.

QUINTO .- 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 con el artículo 394 del mismo texto legal .

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:



1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Loreto Outeiriño Lago en nombre y representación de DOÑA Marí Luz y DOÑA Celia contra la sentencia dictada el día 29 de septiembre de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid , en el procedimiento ordinario núm. 485/2012 del que este rollo dimana.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDO