



Roj: **SAP M 10750/2009 - ECLI: ES:APM:2009:10750**

Id Cendoj: **28079370282009100161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/06/2009**

Nº de Recurso: **312/2008**

Nº de Resolución: **162/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00162/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 312/2008

Materia: Sociedades. Impugnación de acuerdos sociales.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 377/2006

SENTENCIA NUM. 162/2009

En Madrid, a 19 de junio de 2009.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Enrique García García y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 312/2008, los autos del procedimiento nº 377/2006, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, el cual fue promovido por Dª. Loreto y D. Anselmo, D. Bernardo y D. Cornelio contra URBA 80 SA siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de impugnación de acuerdos sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernandez y el Letrado D. Modesto por la apelante URBA 80 SA y el Procurador D. Anselmo y el Letrado D. Jorge Artes Giusti por los apelados Dª. Loreto y D. Anselmo, D. Bernardo y D. Cornelio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 8 de noviembre de 2006 por la representación de Dª. Loreto y D. Anselmo, D. Bernardo y D. Cornelio contra URBA 80 SA en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba la nulidad del acuerdo de nombramiento de administrador, que fue el único adoptado en el seno de la junta general de accionistas de la entidad mercantil demandada celebrada el 28 de septiembre de 2006.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 13 de marzo de 2008, cuyo fallo era el siguiente:

"Estimando, en su integridad, la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Anselmo, actuando en su propio nombre y en representación de D. Bernardo, D. Cornelio y Dª. Loreto y asistidos del



Letrado D. Jorge Artes Giusti contra URBA 80 SA, representada por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y asistida del Letrado D. Modesto , debo declarar y declaro la nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada el 28 de septiembre de 2006 de la sociedad URBA 80 SA. Dejando sin efecto el nombramiento de administrador a D. Modesto , mandando cancelar en el Registro Mercantil las inscripciones contradictorias. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de URBA 80 SA se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por parte de D<sup>a</sup>. Loreto y D. Anselmo , Bernardo . Javier y D. Cornelio , 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 trámites de los de su clase.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 18 de junio de 2009.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad URBA 80 SA considera que no debió anularse el acuerdo único adoptado en su junta general de accionistas celebrada el 28 de septiembre de 2006, relativo a la designación de nuevo administrador social, ya que entiende que no se infringió el derecho de asistencia de los demandantes, a diferencia de lo que apreció el Juez de lo Mercantil en la primera instancia. Para la apelante se procedió con corrección al no permitir la intervención en la misma de los demandantes, ya que no cumplieron el requisito del previo depósito de sus títulos y, por tanto, no tenían derecho a asistir a la junta. Reprocha, por tanto, a la resolución del juzgado haber cometido una pluralidad de errores y, sobre todo, no haber tomado en cuenta el mandato del artículo 104 del TR de la LSA .

No se detendrá este tribunal en lo que el recurrente considera tremendos errores de la sentencia apelada, que no lo son sino meramente materiales (como equivocarse de línea la mención a la entidad CERCA LODONES SL Unipersonal, vinculada al Sr. José y no a la Sra. Loreto ) o mas bien simples interpretaciones de la apelante sobre dicha resolución, comprensibles en aras a su derecho a impugnarla, pero que resultan alejadas de un recto entendimiento de la misma.

SEGUNDO.- En la aplicación práctica de los requisitos formales establecidos en la legislación societaria para la celebración de las juntas generales de socios pueden presentarse conflictos para cuya solución debe realizarse una labor, que en un inicio debe acometerse por el presidente de la junta y a posteriori, si hubiere lugar a ello, por el juez, que consiste en la justa ponderación entre la necesidad de asegurarse de que solo asiste a la junta quien deba hacerlo y, a un tiempo, la de salvaguardar el derecho del socio a participar en ella.

En concreto, a propósito de las formalidades necesarias para controlar la legitimación de los asistentes, evitando la posible interferencia de terceros, a las que se refiere el artículo 104 del TR de la LSA , la mejor doctrina mercantilista advierte que, a diferencia de las grandes entidades (donde el rigor formal deberá ser mayor en garantía de todos), en las sociedades pequeñas y con un reducido número de socios que están identificados, es frecuente que, en la práctica, resulten de imposible cumplimiento determinados requisitos legales como los de inscripción o depósito previo, porque ni tan siquiera se emiten acciones impresas, ni títulos alternativos, manejándose los socios con las asignaciones numerales de las acciones que figuran en las escrituras de constitución o de transmisión. De ahí que la jurisprudencia haya atemperado el rigor con que deben analizarse en tales casos los requisitos de esa índole (como en la sentencia del TS de 7 de mayo de 1982).

Lo que no debería ocurrir es que los trámites de comprobación de legitimación de los socios ( artículo 104 del TR de la LSA ) y de formalización de la lista de asistentes ( artículo 111 del TR de la LSA ), que persiguen la finalidad de que no intervenga en la junta quién no siendo socio no deba estar allí, pudieran utilizarse, al margen de esa finalidad, como instrumento para excluir el derecho de asistencia del que sea socio. Porque puede ocurrir que, a la hora de constituir una junta, se adopten simplemente decisiones desacertadas que quebranten de modo injustificado derechos del socio o incluso que se predisponga un escenario para, al amparo de una legalidad formal, vulnerar dichos derechos, actuando de un modo que, en determinadas circunstancias, pueda estimarse abusivo o inadmisibles por estar presidido por un ánimo vindicativo contra otros socios, lo que solo podría merecer el rechazo de los tribunales ( artículo 7.1 del C. Civil ). Bastaría, para justificar la declaración de nulidad, con que lo ocurrido en la junta impugnada revelase, cuando menos, desde un punto de vista objetivo, un grave desacierto en la actuación del presidente que hubiese producido a los socios impugnantes un quebranto en sus derechos que no estuviese suficientemente justificado.



TERCERO.- Está probado que en el supuesto objeto de litigio el presidente de la junta, D. José , en su condición de representante del socio CERCA LODONES SL Unipersonal (titular de 1.999 acciones de URBA 80 SA de las 4.500 en que se divide su capital social), que es quién había sido designado para tal cargo en la convocatoria judicial de la junta, no quiso reconocer la condición de tales a ninguno de los restantes socios de URBA 80 SA, a los que no dejó participar, y por tanto privó de voz y voto, en la junta general (pese a que los que pretendieron hacerlo representaban, en su conjunto, otras 2.370 acciones). Merced a esa operativa fue el citado Sr. José el único que tuvo participación en la junta en la que iba a ventilarse un asunto trascendente (en este caso, la designación del órgano de administración de la entidad) y sólo él pudo votar, como resulta del acta de aquélla (folios nº 19 a 22 de autos), dando como resultado la designación de su letrado, el Sr. Modesto , como nuevo administrador de URBA 80 SA.

Aunque el citado Sr. José ha querido justificar su comportamiento aduciendo que hizo lo correcto porque ni los demandantes, ni los restantes socios, depositaron con antelación sus acciones, conforme a la previsión del artículo 104 del TR de la LSA , ha resultado evidenciado no solo que actuó con un rigurosismo formal impropio de las características y circunstancias de la entidad de que se trataba sino que además obró en contra de las exigencias del principio de buena fe, conforme al cual deben ejercitarse los derechos ( artículo 7.1 del C. Civil ), con la exclusiva finalidad de tratar de dar cobertura a una solución tan drástica como era el privar de la asistencia al órgano deliberante de la entidad a los demás socios, para así imponer su voluntad, lo que de otro modo es muy probable que no hubiese conseguido.

Nuestras afirmaciones precedentes se sustentan en las siguientes razones: 1º) porque, pese a tratarse de una sociedad anónima, el presidente, Sr. José , sabía que el sustrato personal de URBA 80 SA estaba, en realidad, muy delimitado, siendo los únicos socios de la misma los miembros de la familia Cornelio Bernardo Anselmo , el Sr. Onesimo (directa o indirectamente) y la entidad de la que es socio unipersonal el Sr. José (CERCA LODONES SL); decimos que al Sr. José le constaba este hecho porque precisamente la familia Cornelio Bernardo Anselmo entró en el accionariado de URBA 80 SA, entre otras vías, porque el Sr. José vendió a Dª Loreto y a sus hijos las 1.357 acciones de dicha entidad de las que antes él era personalmente titular; 2º) porque, pese a que hablamos de acciones al portador, la polémica decisión del presidente no se produce en un contexto de normal funcionamiento de la entidad en la que se presentasen de improviso en la junta sujetos desconocidos que adujesen ser socios, sino en el de un abierto enfrentamiento del Sr. José , incluso en sede de otros procesos, contra quienes él conocía perfectamente como socios, como explicó el testigo Don. Onesimo en el acto del juicio, y a los que no permitió participar en la junta, pese a que estos adujeron que las escrituras de adquisición de las acciones, pues no disponían de otro título (que debería haberles proporcionado en su momento la propia entidad demandada), estaban depositadas en un órgano judicial (manifestación que sí consta reseñada en acta antes del inicio de la junta - folio nº 20 de autos); 3º) porque ni tan siquiera consta que el Sr. José aplicase a la entidad que él representaba, CERCA LODONES SL, el mismo trato que al resto de los socios, pues no se ha acreditado que ésta depositase sus títulos en el domicilio social con la antelación que señala el artículo 104 del TR de la LSA , que es lo que reprocha que no hicieron los demás, y ni tan siquiera que los exhibiese en el acto de la junta, pues no consta así en el acta notarial; que se tratase de un convocatoria judicial realizada a instancia de CERCA LODONES SL y que en el expediente correspondiente el juez comprobase la condición de socio de ésta no le eximiría de tener luego que cumplir los mismos requisitos que se pretendan exigir a los demás para ser admitido como asistente a la junta, salvo que se permitiese que el Sr. José pudiese aplicar, en el ejercicio de la función de presidente, diferentes raseros a unos socios que a otros, lo que consideramos inadmisibles; y 4º) porque, en cualquier caso, sorprende la exigencia de rigor formal sobre el previo depósito de títulos en el domicilio social cuando el designado al efecto en la convocatoria era una cafetería y la reunión de la junta se celebró en un comedor de ésta, con lo que se podría estar exigiendo a los socios un trámite que en la práctica no podían cumplir.

En vista de esas circunstancias no se justifica que el Sr. José manifestara ante el notario que no existían más socios asistentes, pese a que en el local cafetería en el que se había convocado la junta comparecieron Dª. Loreto , tres de los hermanos Bernardo Anselmo Cornelio y Don. Onesimo , a los que no permitió que pudieran participar a ciencia y conciencia de que les estaba privando de uno de sus derechos más básicos como socios de URBA 80 SA.

Si, como se ha aducido durante este proceso, el presidente hubiese podido tener razones para poner en duda que los demandantes conservaran su condición de socios al tiempo de la junta debería la entidad demandada haber acreditado qué hecho objetivo o cambio de circunstancias pudo llevarle a plantearse ese dilema, cuando estaba en juego un derecho tan trascendente como el de asistencia a la junta de todos los demandantes. Por el contrario, lo que sí resulta evidente es que la existencia de un enfrentamiento entre los socios movió al presidente a invocar el amparo formal para actuar en contra de los impugnantes y a mostrar un injustificado trato discriminatorio hacia ellos.



Al obrar de esa manera el presidente vulneró el derecho de asistencia de los socios demandantes a la junta general (que es un derecho que les confiere el artículo 48.2.c del TR de la LSA ), lo que afectó a la constitución de la misma. En consecuencia, procedía, como lo hizo el juzgado, declarar la nulidad de la totalidad de lo acordado en el seno de la junta en la que se cometió tal infracción legal ( artículo 115, nº 1 y 2, del TR de la LSA ).

CUARTO.- En materia de costas de la segunda instancia nos atenemos a lo establecido en el nº 1 del artículo 398 de la L.E.C . para los casos de desestimación del recurso de apelación

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal emite el siguiente

#### **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de URBA 80 SA contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid , en el juicio ordinario nº 377/2006 del que este rollo dimana. E imponemos a la apelante las costas derivadas de la segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.