



Roj: **SAP M 3986/2013 - ECLI: ES:APM:2013:3986**

Id Cendoj: **28079370282013100065**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/03/2013**

Nº de Recurso: **137/2011**

Nº de Resolución: **69/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00069/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 137/2011.

t6

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 179/2008.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Parte apelante/apelada: LOPAES, S.L.

Procuradora: D^a María Concepción Puyol Montero

Letrado: D. Alberto Torres López

Parte apelante/apelada: D^a Matilde

Procuradora: D^a Silvia de la Fuente Bravo

Letrada: D^a Monserrat Ruiz Navarro

SENTENCIA nº 69/2013

En Madrid, a cuatro de marzo de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 179/20 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado ambas partes la Sentencia que dictó el Juzgado el día veinte de octubre de dos mil nueve.

Han comparecido en esta alzada la demandante, D^a Matilde , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Silvia de la Fuente Bravo, y asistida de la Letrada D^a Montserrat Ruiz Navarro, así como la



demandada LOPAES, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Concepción Puyol Montero y asistida del Letrado D. Alberto Torres López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D^a Matilde , debo declarar y declaro la nulidad de las Juntas Generales Universales de la sociedad Lopaes, S.L. y de los acuerdos en ellas adoptados en fechas 30 de junio de 2005, 30 de junio de 2006 y 5 de marzo de 2007; declarando asimismo la nulidad de los acuerdos adoptados con posterioridad y que traigan causa de las indicadas juntas; ordenando la cancelación registral de todos los asientos que los acuerdos hubieren podido dar lugar; estimando la excepción de caducidad planteada por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Concepción Puyol Montero, en nombre y representación de la mercantil Lopaes, S.L. por lo que hace referencia a la Junta General Universal de dicha sociedad, celebrada en fecha 16 de diciembre de 2004; abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes y, evacuados los traslados correspondientes, se presentaron los escritos de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día veintiséis de febrero de dos mil trece.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D^a Matilde , en su condición de socia de LOPAES, S.L. derivada de la escritura de compraventa de participaciones sociales de fecha 6 de julio de 1999 (ff. 81 y ss.), presentó demanda por la que interesaba la nulidad de las Juntas Generales Universales de LOPAES, S.L. de 16 de diciembre de 2004, 30 de junio de 2005, 30 de junio de 2006 y 5 de marzo de 2007.

Según consta en la certificación expedida por el Registro Mercantil acompañada a la demanda, en la primera de las Juntas Universales, de fecha 16 de diciembre de 2004, se acordó el nombramiento como administradora única de D^a Cecilia , y se inscriben los acuerdos en virtud de certificación expedida por la misma, con la firma del administrador saliente, D. Gregorio , esposo de D^a Cecilia .

Según la certificación de la administradora única D^a Cecilia (f. 67), en la Junta Universal de fecha 30 de junio de 2005, que se realiza sobre el acta en la que consta el nombre y la firma de los asistentes, se aprobaron las cuentas del ejercicio 2004.

Según la certificación de la administradora única D^a Cecilia (f. 86 vuelto), en la Junta Universal de fecha 30 de junio de 2006, que se realiza sobre el acta en la que consta el nombre y la firma de los asistentes, se aprobaron las cuentas del ejercicio 2005.

Finalmente según consta en la certificación expedida por el Registro Mercantil, en la Junta Universal de fecha 5 de marzo de 2007 se aprobó una modificación estatutaria relativa al cambio de domicilio social, y se inscriben los acuerdos en virtud de certificación expedida por D^a Cecilia .

La nulidad se funda en el hecho de que D^a Matilde no asistió a dichas Juntas Universales, por lo que los acuerdos adoptados resultan nulos de pleno derecho por ser contrarios al orden público societario.

En su oposición LOPAES, S.L. alegó la excepción de litispendencia, en relación al Juicio Ordinario nº 635/2008, que se sustanciaba ante el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid. En la demanda presentada por D^a Magdalena se solicita que se declare a la actora propietaria real de una serie de inmuebles, entre ellos los que son titularidad de LOPAES, S.L., por considerar que esta mercantil, al igual que otras, son sociedades fiduciarias constituidas y dirigidas por ella misma, y que fue constituida gracias a la aportación de determinados bienes propiedad de D^a Magdalena , por lo que, según la demandada, si se estimase la demanda "la Sociedad Lopaes S.L. no existiría y todos los acuerdos cuya nulidad se pretende en juicio por su sobrina, no existirían, por cuanto nada de lo que hubiese hecho esta mercantil tendría efectos jurídicos".

Se alegaba también la excepción de caducidad, por entender que el plazo de impugnación aplicable sería el de un año, que había transcurrido con creces al interponerse la demanda, sin que dichos acuerdos puedan calificarse como contrarios al orden público.

Respecto al fondo se señala que la sociedad se constituía en el negocio familiar con la presencia de todos los socios y que D^a Magdalena fue administradora hasta el día 6 de julio de 1999, otorgándosele por medio de



escritura de 14 de julio de 1999 un amplísimo poder que le permitía seguir dirigiendo la sociedad, por lo que la demandada no dispone de la documentación necesaria que constatare la celebración de las juntas, puesto que, hasta la revocación del poder el 11 de enero de 2007, D^a Magdalena ha gestionado y administrado de facto la sociedad. Concluye destacando que hasta cinco procedimientos judiciales constatan el deterioro de las relaciones familiares y el carácter instrumental de la demanda.

SEGUNDO. Recurso interpuesto por LOPAES, S.L.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda. Rechaza que el acuerdo adoptado en la primera de las Juntas impugnadas, la de fecha 16 de diciembre de 2004, resulte contrario al orden público, puesto que por su causa y contenido, el nombramiento de administradora de D^a Cecilia , se refiere al normal desenvolvimiento de la sociedad en lo referente a la designación de administradores.

A la Junta de 5 de marzo de 2007, ya rotas las buenas relaciones familiares cuando fue revocado el poder de D^a Magdalena el 11 de enero de 2007, no asistió la actora, lo que reconoce D. Gregorio , el propio esposo de la administradora única D^a Cecilia . Las Juntas de 30 de junio de 2005 y 30 de junio de 2006 no constan celebradas, según el libro de actas.

Sustenta LOPAES, S.L. su recurso en el hecho de que D^a Matilde estuvo presente en la totalidad de las Juntas, y se remite de nuevo al procedimiento sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid en relación a la demanda interpuesta por D^a Magdalena , señalando que D^a Matilde se allanó a la demanda y destacando algunos párrafos de los que, según la apelante se desprende que las Juntas tuvieron carácter universal con presencia de todos los socios.

Se opone la apelada a dicho motivo señalando que introduce un hecho a alegación nueva, cuando en la contestación se hizo referencia al procedimiento para sustentar una pretendida litispendencia, desestimada en la audiencia previa y que no se reproduce en el recurso.

En segundo lugar considera la recurrente que se apreció erróneamente la prueba en la sentencia reiterando que las juntas se celebraban en el negocio familiar con la presencia de la totalidad de los socios, y que es D^a Magdalena quien utiliza a su sobrina para impugnar las actas que ella solo dispone.

Se opone al motivo la apelada señalando que el propio Sr. Gregorio , esposo de la administradora, reconoció en su declaración que D^a Matilde no asistió a la Junta de 5 de marzo de 2007. Añade que el Libro de actas está diligenciado en fecha 4 de noviembre de 2008 (es decir, es posterior a la presentación de la demanda en fecha 15 de abril de 2008), y de las cuatro juntas impugnadas solo aparece pasada al Libro una, la de 16 de diciembre de 2004, de manera que se oculta el Libro de actas verdadero para que no se compruebe que no están las firmas de la demandante. En definitiva se manifiesta que los hechos negativos no hay que probarlos, que no consta la firma de los socios prevista en el artículo 97 RRM y en el artículo 11 de los Estatutos sociales y que tampoco fue convocada la demandante a ninguna junta. Por lo que respecta a las declaraciones el asesor fiscal D. Florian fue objeto de tacha, por prestar servicios a LOPAES, S.L. y que la actora, administradora de otra sociedad, PAELLAS Y CABAS, S.L., está reclamando al testigo determinada documentación no entregada y servicios no prestados. Por otra parte, como señala la sentencia, D. Florian reconoció no haber asistido a ninguna Junta.

Señalados los argumentos de las partes hemos de advertir que en la contestación a la demanda la referencia al procedimiento sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid se efectúa para sustentar una excepción de litispendencia, entendiendo la demandada que de estimarse la demanda no existiría ni la sociedad ni los acuerdos. Posteriormente solo se añade que en el citado procedimiento se dice que la sociedad fue constituida gracias a la aportación de determinados bienes propiedad de D^a Magdalena , lo que no se ajusta a la realidad y muestra la connivencia de D^a Magdalena con su sobrina D^a Matilde .

En primer lugar debemos advertir que el planteamiento del recurso altera notablemente las alegaciones que sirvieron de base a la contestación en la primera instancia. 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 las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas -questio iuris-, dado que ello se opone al principio general pendente appellatione nihil innovetur. Por un lado, desestimada la excepción de litispendencia y consentido dicho pronunciamiento, ninguna cuestión cabe reproducir en relación al citado procedimiento en esta alzada. Por otra parte, aun tomando los argumentos esgrimidos en la primera instancia como motivo de fondo -quod non-, pretendía la demandada que el efecto estimatorio de la demanda interpuesta en el citado procedimiento era la inexistencia de la sociedad y de los acuerdos, lo cual carece de base alguna. Ni la propiedad de determinados bienes, que es lo reclamado, comporta tal consecuencia, ni la sociedad se extingue por tal motivo, ni se pretende la nulidad de la misma -sobre supuestos tasados, de modo que fuera de los casos



previstos no puede declararse la inexistencia ni la nulidad de una sociedad inscrita, ni acordarse su anulación (art. 16 LSRL , actual art. 56 LSC)-, ni los acuerdos desaparecen de la vida jurídica.

Por cuanto se refiere a la prueba practicada, la misma ha sido valorada correctamente en la sentencia recurrida. El testigo Sr. Gregorio , esposo de la administradora única de LOPAES, S.L. reconoce que la demandante D^a Matilde no asistió a la Junta de fecha 5 de marzo de 2007. El testigo D. Florian , asesor fiscal de la demandada, no asistió a ninguna Junta, por lo que ninguna conclusión puede extraerse de su declaración. Resulta por una parte significativo que la demandada sostenga que la actora asistió a la totalidad de las juntas y sin embargo el propio esposo de la administradora única reconozca que no asistió a dicha junta. Por otra parte la falta de documentación acreditativa de la asistencia se pretende justificar en las facultades que ostentaba D^a Magdalena hasta que le fue revocado el poder en fecha 11 de enero de 2007, lo que inicia las desavenencias familiares. Sin embargo, la citada Junta de 5 de marzo de 2007 es posterior a esta circunstancia y tampoco consta documentación alguna en la que figure la firma de D^a Matilde , lo que evidencia que se celebraban Juntas con carácter universal sin la presencia de la actora sobre las que luego se emite la correspondiente certificación.

No hay que olvidar que el apartado cuarto del art. 109 RRM establece que no se podrán certificar acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas, o en acta notarial y el art. 97.1 RRM requiere la constancia en acta de los acuerdos que, si la junta es universal, debe ser firmada por cada uno de los asistentes. La demandada alega que la documentación no obra en su poder, pero lo cierto es que tiene la sociedad en su mano la plena disponibilidad sobre las actas y todas las certificaciones han sido expedidas por su administradora única, por lo que, con independencia de los poderes que ostentase D^a Magdalena (hasta enero de 2007) resulta de su cargo la prueba de este hecho. En definitiva, la sociedad demandada no acredita la presencia de D^a Matilde a través de las actas en las que figure su firma, ni de ningún otro modo.

Debe destacarse que la actora ha realizado toda la actividad probatoria que estaba en su mano, de modo que la falta de constancia de las actas con la firma pertinente desvirtúa la presunción de exactitud y validez (predicable de los actos inscritos) que pudiera derivarse de los asientos del registro, aunque hemos de advertir que los acuerdos de aprobación de las cuentas no son objeto de inscripción, dado que las cuentas son objeto de depósito y se practica una publicidad formal, a partir de la puesta en conocimiento del hecho del cumplimiento por la sociedad de sus deberes en orden a la contabilidad. Esta publicidad contable es una función auxiliar distinta de la inscripción de títulos.

En relación solo a los acuerdos inscribibles -no a los de aprobación de cuentas o su depósito- el Tribunal Supremo destacó la presunción de exactitud y validez de los actos inscritos en su sentencia de 28 de noviembre de 2005 : "los acuerdos de las Juntas fueron inscritos en el Registro Mercantil y el contenido del Registro, de acuerdo con el artículo 20.1 del Código de Comercio , se presume exacto y válido, hasta el punto de que los asientos registrales producen efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. Al presentar, pues, los demandados las escrituras, en las que se contienen la certificaciones y las notas de inscripción, cumplen sobradamente el onus probandi que les incumbe, y desplazan a los actores la prueba de la inexactitud o de la invalidez de los actos y, consiguientemente, de los asientos. Así se deduce de la doctrina sentada, entre otras, por las Sentencias de 15 de diciembre de 1992 y de 18 de marzo de 1998 , y de lo preceptuado en el artículo 3º I del Reglamento del Registro Mercantil (Decreto de 14 de diciembre de 1956) vigente en aquel momento, estableciendo una regla que actualmente proclama, aún con mayor vigor, el artículo 7.1 inciso primero del Reglamento del Registro Mercantil "

Sin embargo, también reconoce la posibilidad de desvirtuar esta presunción, de manera que en el supuesto contemplado en la sentencia citada se rechazó tal consecuencia ante la falta de actividad probatoria, mientras que en este caso no consta acta alguna en la que figure la firma de la demandante, pese a la actividad desplegada por la actora en este aspecto para que se pusieran de manifiesto las actas.

Hay que añadir además que la flexibilidad con la que se contempla el requisito de la firma en las juntas universales se refiere a supuestos de negativa a firmar - entre otras Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2007 , y las que cita- no a los casos de falta de asistencia.

Por último, el Tribunal Supremo ha venido contemplando la nulidad de los acuerdos de una junta universal por falta de asistencia de todos los socios como un supuesto de nulidad radical y absoluta por resultar dichos acuerdos contrarios al orden público. Así, su sentencia de 19 de abril de 2010 , resume el criterio al respecto: "El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas - sentencia de 21 de febrero de 2.006 (RJ 2006, 827) -. El artículo 116 utiliza el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas.



Entre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario - sentencia de 26 de septiembre de 2.007 (RJ 2007, 5446) -. Las mismas son reflejo, en efecto, de los **principios configuradores del tipo** de sociedad mercantil de que se trata - sentencias de 28 de noviembre de 2.005 (RJ 2006, 1233) y 29 de noviembre de 2.007 (RJ 2008, 32) -, a los que antes se hizo referencia.

Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público - sentencias de 29 de septiembre de 2.003 (RJ 2003 , 6829) , 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 (RJ 2007, 5092) -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007 (RJ 2008 , 30) , no obstante la de 18 de mayo de 2.000 (RJ 2000, 3934) -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron."

Visto lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

TERCERO. Recurso interpuesto por D^a Matilde .

Se centra el recurso en el pronunciamiento relativo a la Junta Universal celebrada en fecha 16 de diciembre de 2004, al entender la sentencia caducada la acción de nulidad. Como hemos señalado considera la sentencia que los acuerdos adoptados en dicha junta no son contrarios al orden público, dado que se limitan al cambio de administrador, que forma parte del normal desenvolvimiento de la sociedad. Reproduce la apelante los argumentos ya expuestos en el escrito de oposición al recurso interpuesto por LOPAES, S.L. de la prueba practicada se evidencia la falta de asistencia de D^a Matilde a dicha Junta y considera que no puede operar la excepción de caducidad al infringirse el orden público, privándose a la socia de su derecho de asistencia y voto, con cita de los arts. 46 , 48 y 49 LSRL , e infracción del art. 24 CE . Concluye con cita de la jurisprudencia y de la doctrina relativa a este asunto.

Reproduce la apelada en su escrito de oposición los fundamentos de la sentencia, considerando además que la seguridad del tráfico exige una interpretación restrictiva del concepto de orden público. Hace mención de los argumentos expuestos en su recurso en lo que se refiere al citado procedimiento sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid, argumentos sobre los que debemos reiterar su improcedencia al resultar modificada la cuestión tal y como fue planteada en la primera instancia, al margen de que de los fragmentos del texto de la demanda reproducidos no se desprende que D^a Matilde hubiera asistido a las juntas objeto de las presentes actuaciones que es lo que aquí nos ocupa.

Los motivos del recurso en realidad ya han sido analizados en fundamento precedente, con ocasión del examen del recurso interpuesto por LOPAES, S.L.

Por una parte, no consta la asistencia de D^a Matilde a la junta mencionada y la actora desplegó la actividad probatoria que estaba en su mano, sin que esté obligada a acreditar hechos negativos, debiendo atender la carga de la prueba al principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6 LEC).

Por otra parte, ya hemos expuesto el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en relación a los acuerdos contrarios al orden público, en los que se incluyen los adoptados en junta universal sin la asistencia de todos los socios.

Hemos de añadir que estas consecuencias se extienden con igual rigor a las sociedades familiares, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 : "Tampoco esta Sala puede considerar válidas las conductas por el hecho de desarrollarse en el núcleo de sociedades familiares, no hay norma que ampara esta excepción para tales sociedades. Si los familiares se acogen a la fórmula societaria porque les interesa, deben soportar las cargas que conlleva."

Por último debemos centrarnos en el motivo por el que la sentencia recurrida rechaza considerar contrarios al orden público los acuerdos adoptados en la junta celebrada el día 16 de diciembre de 2004, que no es otro que su contenido, por referirse al nombramiento de administradora, que no vulnera derechos fundamentales y forma parte del normal desenvolvimiento de la sociedad en relación a dicha designación.

Sin embargo la calificación como acuerdos contrarios al orden público no deriva en este tipo de vicios del contenido del acuerdo, como expresamente señala la citada sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 2010 : "la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público [...] con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007 (RJ 2008 , 30) , no obstante la de 18 de



mayo de 2.000 (RJ 2000, 3934) -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron."

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación interpuesto, extendiendo la declaración de nulidad a los acuerdos adoptados en la Junta Universal de fecha 16 de diciembre de 2004.

CUARTO. Las costas del recurso de apelación interpuesto por LOPAES, S.L. deben ser impuestas a la recurrente, por aplicación de lo dispuesto en el art. 398 LEC . No cabe efectuar expresa imposición de las costas del recurso de apelación interpuesto por D^a Matilde . Dada la íntegra estimación de la demanda, las costas causadas en la primera instancia deben ser impuestas a la demandada, por aplicación de lo dispuesto en el art. 394 LEC .

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por LOPAES, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid en el proceso del que dimanán las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes, con imposición de costas a la recurrente.

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D^a Matilde contra la citada sentencia, que revocamos y, en su lugar, estimamos íntegramente la demanda interpuesta por D^a Matilde contra la mercantil LOPAES, S.L. y declaramos la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas Generales Universales de dicha sociedad de fechas 16 de diciembre de 2004, 30 de junio de 2005, 30 de junio de 2006 y 5 de marzo de 2007, así como de los que de ellos traigan causa, ordenando la cancelación de los asientos a que dichos acuerdos hubieran dado lugar, con imposición a la demandada de las costas causadas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

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

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.