



Roj: **SAP M 1333/2015 - ECLI: ES:APM:2015:1333**

Id Cendoj: **28079370282015100022**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/02/2015**

Nº de Recurso: **296/2013**

Nº de Resolución: **49/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0005268

ROLLO DE APELACIÓN Nº 296/2013.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 460/2011.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid.

Parte recurrente: SIERRA MORENA, S.A.

Procuradora: D<sup>a</sup> Teresa Uceda Blasco

Letrado: D. Roman

Parte recurrida: D<sup>a</sup> Blanca

Procuradora: D<sup>a</sup> Olga Romojaro Casado

Letrado: D. Miguel Sánchez-Calero Guilarte

### **SENTENCIA Nº 49/2015**

En Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil quince.

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. 460/2011 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Ocho de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día veintiocho de diciembre de dos mil doce.

Ha comparecido en esta alzada la demandante, D<sup>a</sup> Blanca , representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Olga Romojaro Casado y asistida del Letrado D. Miguel Sánchez-Calero Guilarte, así como la demandada, SIERRA MORENA, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Teresa Uceda Blasco y asistida del Letrado D. Roman .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: I.- Con estimación de la demanda interpuesta por Blanca , debo declarar y declaro la nulidad de todos los acuerdos adoptados en las Juntas celebradas en fecha 19 de enero de 2010, universal, y de 21 y 27 de julio de 2010, extraordinarias, de la sociedad SIERRA MORENA SA.

II.- Debo condenar y condeno al pago de las costas procesales generadas en la presente instancia a SIERRA MORENA SA, según tasación que de las mismas se realice en incidente promovido al efecto."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito 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 doce de febrero de dos mil quince.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D<sup>a</sup> Blanca interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil SIERRA MORENA, S.A. por la que solicitaba la nulidad de las juntas de socios celebradas en los días 19 de enero, 21 de julio y 27 de julio de 2010.

La primera de las juntas fue celebrada con carácter de universal. La impugnación se sustenta en el hecho de que fue revocado el poder que la actora había otorgado a favor de D. Blas , por lo que no estaban presentes o representados todos los socios.

Respecto a las dos juntas celebradas en julio de 2010 se sustenta la impugnación en que se impidió el acceso a dos socios, D. Emiliano y D. Faustino .

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó estimatoria de las pretensiones ejercitadas.

Respecto a la primera de las juntas, celebrada con carácter de junta universal en fecha 19 de enero de 2010 señala que D. Blas , a su vez administrador de SIERRA MORENA, S.A., disponía de un poder general de administración otorgado en fecha 13 de mayo de 1976 por D<sup>a</sup> Blanca . En fecha 28 de mayo de 2009 D<sup>a</sup> Blanca procedió a revocar el poder, remitiendo burofax al domicilio social y por conducto notarial, y recogido por D. Faustino , hijo del apoderado y administrador. Posteriormente, en abril de 2010, D<sup>a</sup> Blanca presentó demanda de separación conyugal de D. Blas . Considera la sentencia que basta que la revocación se ponga en conocimiento del apoderado haciéndola llegar a su esfera de control. Por otra parte la revocación era oponible a la sociedad en cuanto D. Blas es también administrador de SIERRA MORENA, S.A., fue remitida a la sede social y se trata de una sociedad de base familiar.

Respecto a las dos juntas celebradas en julio de 2010 considera la sentencia que D. Emiliano y D. Faustino eran socios y no corresponde a este procedimiento determinar la titularidad de las acciones sino la validez de la constitución de las juntas de acuerdo con las exigencias del Derecho societario, por lo que no cabe rechazar tal condición en virtud de una supuesta titularidad fiduciaria de las acciones que hubiera cedido su padre. Concluye señalando que el que se impida el acceso a dichos socios afecta a la válida constitución de la junta, por lo que nada impide a la actora, como socio, ejercitar la acción de impugnación.

SEGUNDO. Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por SIERRA MORENA, S.A.

En relación a la primera de las juntas, la celebrada en fecha 19 de enero de 2010 con carácter de junta universal, se alega que fue D. Blas quien presentó la demanda de separación y no D<sup>a</sup> Blanca .

Añade que la revocación del poder tiene carácter recepticio y que el apoderado debe tener conocimiento efectivo de la revocación. La sentencia presume ese conocimiento a partir de que la declaración revocatoria se recibe por D. Faustino en el domicilio social, sin considerar el enfrentamiento de éste con su padre, D. Blas . Además, D. Blas solo intervenía en las decisiones más trascendentes de la sociedad, dejando que sus hijos se ocuparan de la gestión ordinaria de los negocios sociales. Señala también que la actora tenía interés en que no llegase la revocación a conocimiento del apoderado para preparar posteriores pleitos y añade que en las dos juntas posteriores, cuando ya se puso de manifiesto el conflicto matrimonial, D. Blas ya no representaba a su esposa.

Por cuanto se refiere a la eficacia de la revocación frente a la sociedad reitera lo ya expuesto, en cuanto D. Blas no tuvo conocimiento de la revocación, y añade que la comunicación no se entregó a los empleados, sino a D. Faustino y que se trata de una sociedad anónima formada por varios accionistas que no tienen relación familiar alguna entre sí.

En su escrito de oposición al recurso de apelación, D<sup>a</sup> Blanca destaca que las comunicaciones de la revocación del poder se iniciaron en 2008: Burofax de 29 de mayo de 2008, doc. 3 de la demanda; fax de 4 de junio de 2008, doc. 4 de la demanda y acta notarial de 16 de junio de 2008, doc. 5 de la demanda, en la que consta que al ser preguntado por el remitente, las dos personas que lo atendieron no quisieron hacerse cargo de la carta y cédula de notificación para entregárselo al requerido.

Las comunicaciones se efectuaron nuevamente en 2009 por burofax de 28 de mayo de 2009 (doc. 5 bis de la demanda), fax de 1 de junio de 2009 (doc. 6 de la demanda) y requerimiento notarial de 20 de noviembre de 2009 (doc. 7 de la demanda).



Y se reiteró la revocación del poder en carta remitida por conducto notarial de 18 de marzo de 2010 (doc. 8 de la demanda).

Señala también el escrito de oposición que es irrelevante quien presentó la demanda de separación. Lo relevante es su interposición.

Sobre los anteriores presupuestos considera la parte apelada que D. Blas tuvo conocimiento efectivo de la revocación del poder y que dicha revocación era oponible a la sociedad en cuanto se trataba del administrador de SIERRA MORENA, S.A., fue remitida la comunicación al domicilio social y la sociedad tiene base familiar.

En definitiva, en la Junta en cuestión, celebrada con carácter universal, no estaba presente o representado la totalidad del capital social. En la Junta, D. Blas renunció, en nombre de D<sup>a</sup> Blanca al derecho de suscripción preferente de acciones en la ampliación de capital acordada, lo que supuso la dilución de su participación.

Concluye a este respecto señalando que no se aportó el acta y lista de asistentes de la referida junta, alegando la demandada que la documentación había desaparecido y aportando una denuncia ante la Policía de 16 de marzo de 2010.

TERCERO. Los cónyuges D. Blas y D<sup>a</sup> Blanca otorgaron en fecha 13 de mayo de 1976 poder recíproco de representación en virtud del cual se atribuían la facultad de ejercitar los derechos inherentes a la cualidad de socio (ff. 333 a 336). El mandato es revocable a voluntad del mandante, sin que el hecho de que se trate de un apoderamiento recíproco impida el ejercicio por cualquiera de los mandantes de tal facultad de revocación ( STS 17 de enero de 2007 ).

Los citados D. Blas y D<sup>a</sup> Blanca eran administradores solidarios de SIERRA MORENA, S.A. hasta la Junta de socios celebrada, con carácter de universal, en fecha 5 de febrero de 2009, en la que se efectuó una modificación estatutaria cambiando la estructura del órgano de administración, que pasó a ser la de administrador único, siendo nombrado D. Blas .

D<sup>a</sup> Blanca efectuó durante 2008 y 2009 diversas comunicaciones tendentes a manifestar su voluntad de revocar el poder otorgado, señalando expresamente que D. Blas debía abstenerse de actuar en las juntas de socios en su nombre o representación:

1. Burofax de 29 de mayo de 2008 (doc. 3 de la demanda, ff. 96 a 98), remitido al domicilio social, C/ Orense 58, de Madrid. Consta como "rehusado por destinatario".
2. Fax de 4 de junio de 2008, doc. 4 de la demanda (f. 100). Se envía al núm. de teléfono 91 556 98 13 a consecuencia del rechazo del burofax citado.
3. Acta notarial de notificación de carta de 16 de junio de 2008 (doc. 5 de la demanda, ff. 103 a 108), dirigida al domicilio social, en la que consta que, al ser preguntado el Notario autorizante por el remitente de la carta, las dos personas que lo atendieron no quisieron hacerse cargo de la carta y cédula de notificación para entregárselo al requerido y manifiestan que no están autorizadas a recibir ningún documento o correspondencia personal del requerido.
4. Burofax de 28 de mayo de 2009 (doc. 5 bis de la demanda, ff. 109 a 111), remitido al domicilio social.
5. Fax de 1 de junio de 2009 (doc. 6 de la demanda, f. 112) Se envía al núm. de teléfono 91 556 98 13 a consecuencia del rechazo del burofax antes citado.
6. Acta notarial de notificación y requerimiento de 19 de noviembre de 2009, diligenciada el 20 de noviembre (doc. 7 de la demanda, ff. 115 y ss.) dirigida al domicilio social. Se entrega a D. Faustino , hijo de D. Blas .

Resulta incomprensible que el recurso sostenga que D<sup>a</sup> Blanca remitía comunicaciones a su esposo pero no quería que éste las recibiera con el ánimo de preparar pleitos. De lo expuesto se desprende todo lo contrario. D<sup>a</sup> Blanca intentó dejar constancia de su voluntad de revocar el poder de representación en multitud de ocasiones. Por otra parte se advierte del Acta notarial de notificación de carta de 16 de junio de 2008 (doc. 5 de la demanda, ff. 103 a 108) que D. Blas había dado instrucciones para que no se recibiesen comunicaciones dirigidas a él, lo que desmiente igualmente que permaneciese totalmente al margen de la vida social.

Resulta contradictorio que se pretenda introducir dudas sobre la entrega efectiva de la comunicación a D. Blas por parte de su hijo basadas en el enfrentamiento entre ambos y que al tiempo se manifieste que D. Blas solo intervenía en las decisiones más trascendentes de la sociedad, dejando que sus hijos se ocuparan de la gestión ordinaria de los negocios sociales. No se evidencia, al menos en el momento en que se envía el requerimiento notarial, tal enfrentamiento, cuando la presencia del hijo en el domicilio social muestra que participaba en esa gestión ordinaria y mucho menos que llegase al extremo de suponer que D. Faustino no entregase comunicaciones dirigidas a su padre. Es más, si el enfrentamiento consistía en que, como afirma el



recurso, el hijo que recibe la comunicación mantiene una magnífica relación con su madre, con mayor motivo se preocuparía de que la voluntad de ésta llegase a conocimiento de su padre.

La sentencia recurrida otorga plena eficacia tanto al Burofax de 28 de mayo de 2009 como al Acta notarial de notificación y requerimiento de 19 de noviembre de 2009, diligenciada el 20 de noviembre.

Y lo hace correctamente, pues en realidad, al referirse a que la comunicación llega a la esfera de control del apoderado, aplica la doctrina jurisprudencial relativa al conocimiento por parte del interesado de los actos de naturaleza recepticia, como es la manifestación de voluntad dirigida a la revocación de un poder, entre otros supuestos.

Cuando la manifestación de voluntad tenga carácter recepticio basta acreditar que la voluntad del autor se manifestó o exteriorizó a través de un medio hábil para su traslación al conocimiento del destinatario. Es suficiente acreditar su recepción, de manera que el remitente haya adoptado todas las medidas necesarias, según una diligencia media, a fin de que el conocimiento de la manifestación de voluntad se produzca ( STS de 24 de diciembre de 1994 , en ese caso referido a la reclamación extrajudicial en orden a la interrupción de la prescripción, como acto recepticio)

El carácter recepticio de la declaración o manifestación de voluntad no significa que su eficacia esté condicionada a la prueba del conocimiento del acto por su destinatario, como pretende la recurrente.

Hemos de añadir que el que D. Faustino tenga o no la condición de empleado es irrelevante, en cuanto se reconoce que el administrador único, D. Blas , dejaba que sus hijos se ocuparan de la gestión ordinaria de los negocios sociales y la diligencia se efectuó en el domicilio social.

Y, pese a lo que sostiene el recurso, también hemos de coincidir con la sentencia recurrida en que se trata de una sociedad cerrada, de carácter familiar.

Por último hemos de señalar que la revocación del poder, como acto recepticio que produjo plenos efectos, vinculaba a la sociedad en cuanto no podía ésta desconocer lo que conocía su administrador único.

La celebración de reuniones de socios como juntas universales sin 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 , 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 y 19 de abril de 2010 , entre otras -.

Visto lo expuesto el motivo debe ser desestimado, por lo que debe mantenerse el pronunciamiento efectuado en la sentencia recurrida en relación a la junta celebrada el 19 de enero de 2010 .

CUARTO. Se refiere a continuación el recurso a las juntas de socios celebradas los días 21 y 27 de julio de 2010.

Para seguir un orden lógico hemos de referirnos en primer lugar a la alegada incongruencia de la sentencia recurrida.

A tal efecto señala el recurso que la demanda sostenía que se impidió a D<sup>a</sup> Blanca el acceso a las Juntas. En ningún lugar se hace mención a D. Emiliano y D. Faustino . Sin embargo, la sentencia fundamenta su resolución en que se impidió el acceso a D. Emiliano y D. Faustino . En definitiva, se anulan los acuerdos por un motivo, impedir el derecho de asistencia de dos pretendidos accionistas, que no fue alegado en la demanda.

En su escrito de oposición al recurso señala D<sup>a</sup> Blanca que en la demanda se hace expresa mención a la vulneración del derecho de asistencia de sus hijos en diversas ocasiones y en la audiencia previa la representante de la actora hizo referencia a esta cuestión.

#### Valoración del Tribunal

Si nos atenemos a la demanda podemos comprobar que ésta se sustenta en el hecho séptimo, en referencia a la Junta General de 21 de julio de 2010, del siguiente modo:

"se impidió, por determinadas personas la entrada a mi mandante en el domicilio social y a la sala en que había de celebrarse la Junta General..."

Y tras reproducir el acta de notarial añade:

"Es clara la voluntad de no permitir la entrada a mi mandante en la Junta..."

Y concluye:

En definitiva, se ha impedido a mi representada asistir a la Junta de 21 de julio de 2010 con infracción de lo dispuesto en la LSA arts. 104 , 110 y 11 (sic) como se desarrollará en la fundamentación jurídica."

Respecto a la Junta General de 27 de julio de 2010, la demanda se sustenta en el hecho octavo del siguiente modo:



"Llegado el día de la Junta, el 27 de julio de 2010, por parte de determinados señores que no acreditaron su relación con la sociedad, se impidió la entrada en la sala de la Junta a mi mandante."

Y tras reproducir el acta notarial de dicha junta añade, a modo de conclusión, sobre ambas juntas:

"Es evidente que no se ha permitido a mi representante asistir a las Juntas anteriormente reseñadas por lo tanto se le ha impedido ejercer sus derechos como accionista."

De manera evidente y clara puede apreciarse que la impugnación de los acuerdos sociales se refería única y exclusivamente a D<sup>a</sup> Blanca , en cuanto se impidió su acceso a las juntas de 21 y 27 de julio de 2010.

Sin embargo la sentencia se refiere a una causa de nulidad que no formaban parte de la demanda, que en ningún momento hace referencia a que se sustentara en que se impidió el acceso a D. Emiliano y D. Faustino , ni la demanda hace mención alguna a que se funde en virtud de su condición de socios y de la vulneración de su derecho de asistencia.

Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012 , entre otras, "el ordenado desarrollo del proceso impide la alteración de los términos en los que quedó planteado de acuerdo con los principios "lite pendente nihil innovetur" (pendiente el litigio nada puede alterarse) y "non mutatio libelli" (inmutabilidad de la demanda) que imponen el respeto a los términos en los que quedó fijado el debate en los escritos de demanda y contestación, a fin de evitar la indefensión que podría provocar un cambio en los términos del litigio (en este sentido, sentencia 519/2010, de 29 de julio , reproducida en la 446/2012, de 12 de julio )."

En ningún caso puede alterarse además la causa de pedir en la audiencia previa, sean cuales sean las alegaciones que efectúe el demandante. La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 2011 , a este respecto señala:

En el juicio ordinario, de acuerdo con los artículos 414 y 426, en relación con los artículos 400 , 405 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la contestación a la demanda, y en su caso a la reconvencción, marca el momento preclusivo para la alegación de excepciones o causas de oposición por el demandado o reconvenido, sean procesales o de fondo, sin perjuicio de las alegaciones complementarias en la audiencia previa (art 426) y de las relativas a hechos nuevos o de nueva noticia, permitidas en la ley hasta el momento anterior al comienzo del plazo para dictar sentencia, a través del llamado escrito de ampliación de hechos ( art 400.1 y 412.2 , en relación con los art 286.1 y 426.4 de la LEC ). En realidad, dada la función delimitadora del objeto del proceso que cumple la audiencia previa, el cual ha de quedar definitivamente fijado en este acto ( art 426 y 428 LEC ), la fase propiamente alegatoria del juicio ordinario, iniciada con la demanda, termina con las alegaciones complementarias efectuadas en la audiencia. Pero, al margen de esta limitada función de la audiencia previa, no cabe admitir, después de la contestación a la demanda o reconvencción, nuevas cuestiones de hecho que se introduzcan extemporáneamente. La vía de los hechos nuevos o de nueva noticia no permite introducir de manera sorpresiva nuevas cuestiones no planteadas al conformar la causa petendi o los motivos de oposición.

En los supuestos en que se solicita la declaración de nulidad de actos o negocios jurídicos o la nulidad de acuerdos sociales la misma puede estar basada en muy diversos motivos, por lo que será necesario determinar el conjunto de hechos que sirve como presupuesto para pretender la declaración de nulidad.

El Tribunal Supremo, en los casos de impugnación de acuerdos sociales, considera que la determinación de la causa petendi se ajusta a los referidos parámetros, de manera que es necesario apreciar cual es el concreto motivo de nulidad invocado. Así en su sentencia de 30 de mayo de 2007 establece lo siguiente:

"[...] la "causa petendi" de la impugnación de la Junta de 1997 radica en el desconocimiento de las cuentas anuales de los ejercicios económicos de 1994 y 1995, en tanto la "causa petendi" de la impugnación de las Juntas de 1995 y 1996, en que se dicen aprobadas dichas cuentas, radica en la nulidad de las mismas por no haberse celebrado con el carácter de universales como se pretendía por la demandada".

Si la sentencia concede algo que no ha sido pedido, cosa distinta de la solicitada, o si se aparta de los términos en que la cuestión debatida haya sido planteada por los litigantes, alterando el elemento fáctico de la «causa petendi», nos encontramos con la denominada incongruencia extra petita ( SSTS 24 de julio de 2001 y 4 de febrero de 2003 entre otras).

La consecuencia no es otra que apreciar el defecto de incongruencia. Como señala la STS de 24 de diciembre de 1993 : «la congruencia exigible a toda sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones oportunamente deducidas por las partes --«petitum»--, sino también con el soporte fáctico --«causa petendi»-- de las mismas, sin que sea lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras, pues de hacerlo, incurre en vicio de incongruencia».





En suma, cualesquiera alegaciones o hechos que se puedan poner de manifiesto en la audiencia previa ni podían alterar ni alteraron la causa de pedir. Es más, examinada la grabación puede comprobarse que las partes mantuvieron sus respectivas posiciones, si bien efectuando alusiones al litigio pendiente (38:00) sobre la controversia relativa a la titularidad de las acciones que se reconocen por la parte demandada que "están a nombre de sus hijos" [de D. Blas ] (30:00).

Atendiendo a lo expuesto, procede estimar el motivo invocado y revocar la sentencia recurrida, por lo que la Sala debe conocer de las cuestiones objeto del proceso a tenor de lo dispuesto en el artículo 465.2 LEC .

Respecto a la primera de las Juntas a las que se refiere la impugnación de acuerdos nos remitimos a lo ya expuesto, por lo que procede declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en la misma.

QUINTO. Pasaremos a analizar los motivos de impugnación de acuerdos referidos a las juntas de socios celebradas los días 21 y 27 de julio de 2010. Nos referiremos en todo caso, por razones temporales, al TRLSA.

La impugnación se sustentaba respecto de ambas juntas en la vulneración del derecho de asistencia, por haberse impedido la entrada a D<sup>a</sup> Blanca . La alegación relativa a la vulneración del derecho de información se realiza como corolario de lo anterior y así fue puesto de manifiesto en la audiencia previa (15:00) en la que la parte actora señaló que la vulneración se encontraba implícita al no poder asistir a las juntas.

La parte demandada sostuvo que en ningún momento se impidió la entrada a D<sup>a</sup> Blanca , a quien se reconocía la condición de socia, y se remite al acta notarial de las juntas.

Valoración del Tribunal. La Junta de 21 de julio de 2010.

En la puerta de acceso al domicilio social, en el que se encontraban D. Blas , D. Nicanor y D. Roman , además del Notario autorizante, se produjo un incidente al presentarse D<sup>a</sup> Blanca , D. Emiliano y D. Blas y el letrado D. Ángel Jesús . El letrado manifestó que todos los que le acompañaban eran accionistas y que no se les dejaba acceder.

Tanto D. Roman como D. Nicanor manifestaron que cualquiera que pruebe ser accionista o representante del accionista podía acceder a la sala.

D. Ángel Jesús manifestó que "quiere que conste el deseo y petición de acceder al domicilio social para asistir a la junta y que las personas mencionadas se lo impiden sin enseñar ninguna acreditación y sin que esté presente el representante de la compañía don Blas .

Y concluye el acta notarial del siguiente modo:

"Recogidas estas manifestaciones, regreso al interior de la oficina, donde comienza la junta, sin que entren las personas indicadas al no haber cumplido, según parece y me manifiestan don Roman , don Blas y D. Nicanor los requisitos exigidos para la asistencia a la junta".

Sobre lo expuesto, según el acta notarial, no podemos afirmar que se hubiera facilitado a D<sup>a</sup> Blanca el acceso. Muy al contrario, lo que se desprende de dicho documento es que no se permitió la entrada a ninguna de las personas que pretendían acceder al domicilio social para la celebración de la Junta. No resulta controvertido que se reconocía a D<sup>a</sup> Blanca su condición de socio e incluso a su instancia se dio lugar al complemento del orden del día y requirió la presencia de notario, tal y como consta en el acta notarial de la junta.

La privación del derecho de asistencia al socio reconocido en el artículo 48 TRLSA conduce inexorablemente a la nulidad de los acuerdos adoptados en dicha junta.

Valoración del Tribunal. La Junta de 27 de julio de 2010.

Nos remitimos al acta notarial de la Junta. De nuevo se produce otro incidente al personarse en el domicilio social D<sup>a</sup> Blanca , D. Emiliano y D. Ángel Jesús .

Sin embargo en este caso existe una manifestación expresa referida a D<sup>a</sup> Blanca :

"Don Roman indica que se encuentra ahí en representación del administrador y como letrado de la sociedad y que reitera que puede pasar a la sala cualquiera que acredite la condición de socio y que en cualquier caso doña Blanca puede pasar dado que es conocida su condición de socia por el administrador, sin perjuicio de que cualquier otro que lo acredite pueda pasar".

En esta Junta es evidente que no se impidió a la demandante el acceso, por lo que el motivo de impugnación de acuerdos debe ser desestimado.

SEXTO. Respecto de la Junta de fecha 27 de julio de 2010 se sostuvo también que se había adoptado un acuerdo al margen del orden del día.



El único acuerdo adoptado en relación a dicha junta es el siguiente:

"Ratificar todos los acuerdos de la junta de la sociedad de 21 de julio de 2010 en la forma en que han sido adoptados".

Debemos rechazar que lo resuelto no se corresponda con el orden del día. Al contrario, el orden del día reproducía los mismos extremos que ya se habían tratado en la anterior junta de 21 de julio de 2010 por lo que el acuerdo se remite a lo ya decidido al respecto de cada uno de los puntos del orden del día.

El motivo en el que se sustenta la impugnación debe ser desestimado.

SÉPTIMO. Como motivo en el que se sustentaba la nulidad de las juntas de 21 y 27 de julio de 2010 se añadía el hecho de que no podían entenderse legitimados para intervenir a los accionistas que habían accedido a tal condición a consecuencia del acuerdo de ampliación de capital que se consideraba nulo adoptado en la anterior junta de 19 de enero de 2010.

El motivo se sustenta de manera críptica en la demanda del siguiente modo (pg. 33):

"Constando debidamente probado que los acuerdos adoptados en la junta de 19 de enero de 2010 son nulos, es evidente que dicha declaración de nulidad afecta de pleno a la constitución de las de 21 y 27 de julio de 2010."

No resulta controvertido que a consecuencia de los acuerdos adoptados en la Junta de 19 de enero de 2010 el capital social se amplió con la emisión de 600 nuevas acciones, suscritas por D. Nicanor (100 acciones) y D<sup>a</sup> Andrea (500 acciones), de manera que el capital pasó de estar representado por 6000 acciones a 6600 acciones.

Cierto es que tales acuerdos de la junta de 19 de enero de 2010 son nulos, pero también lo es que esta circunstancia no determina por sí sola y de manera automática la nulidad de los acuerdos adoptados en juntas posteriores por lo que, atendiendo al motivo en que se sustenta la impugnación, debe ser rechazado.

La demanda debía haber argumentado en qué manera afectaba la intervención de los citados accionistas al resultado de los acuerdos de las juntas de 21 y 27 de julio de 2010, y no lo hizo.

Como señala la STS de 15 de enero de 2014 :

La doctrina, ya desde la vigencia de la originaria Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como después bajo la aplicación del Texto Refundido de 1989 y ahora con la Ley de Sociedades de Capital, sostiene la procedencia de aplicar el test o prueba de resistencia. La prueba de resistencia se traduce en que de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría.

Precisamente la sentencia TS que cita la parte recurrida, de 30 de septiembre de 2000, se refiere a un supuesto en que la nulidad de la ampliación de capital afectaba "al quórum para la válida constitución de la junta y la composición de las mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos". Nada de esto se argumentó en la demanda rectora de las actuaciones.

En suma, la indebida constitución de las juntas de 21 y 27 de julio de 2010 se debe sustentar en la aplicación del denominado "test de resistencia" y no en el mero automatismo de proyectar la nulidad de la ampliación de capital sobre las juntas posteriores.

OCTAVO. Por último, alegaba la parte demandada la aplicación de la doctrina relativa a los actos propios, en cuanto en otras actuaciones sustanciadas ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid se había alegado la carencia sobrevenida de objeto porque los acuerdos relativos a las juntas que allí se impugnaban (de 15 y 16 de marzo de 2010) habían sido dejados sin efecto en las juntas de 21 y 27 de julio de 2010 y la representación de D<sup>a</sup> Blanca mostró su conformidad.

La doctrina alegada no obsta a la nulidad (en este caso de los acuerdos de la Junta de 21 de julio de 2010) en cuanto ni se trata realmente de un acto que cause estado, sino de un argumento de defensa, ni la doctrina es aplicable a actos nulos ( STS de 17 de febrero de 2005, entre otras muchas).

NOVENO. Atendiendo a lo expuesto, procede revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, dictar otra por la que se estime parcialmente la demanda en relación a la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas de 19 de enero y 21 de julio de 2010, absolviendo a la parte demandada en el resto de los pedimentos y sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .



## FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por SIERRA MORENA, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Ocho de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, en su lugar,

1. Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Blanca contra SIERRA MORENA, S.A.
2. Declaramos nulos los acuerdos adoptados en las Juntas Generales de socios de dicha mercantil celebradas en fecha 19 de enero de 2010 - con carácter universal - y 21 de julio de 2010, con las consecuencias registrales inherentes a dicha declaración.
3. Absolvemos a la demandada en el resto de pretensiones ejercitadas.
4. No se efectúa expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

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

La estimación total o parcial del recurso conlleva la devolución del depósito en su caso constituido.

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

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, 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 LOPJ . De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( Disposición Final 16<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

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