



Roj: **SAP V 755/2016 - ECLI: ES:APV:2016:755**

Id Cendoj: **46250370092016100269**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **16/03/2016**

Nº de Recurso: **1179/2015**

Nº de Resolución: **365/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS SELLER ROCA DE TOGORES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **ROLLO NÚM. 001179/2015**

VTE

### **SENTENCIA NÚM.:365/2016**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

D. LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN

En Valencia a dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES**, el presente rollo de apelación número 001179/2015, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 001483/2014, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a INDUSTRIAS BELSEHER SL, representado por el Procurador de los Tribunales ROSARIO ARROYO CABRIA, y asistido del Letrado RICARDO DIAZ PARDO y de otra, como apelados a Flora , Herminia y Arsenio representado por el Procurador de los Tribunales SERGIO ORTIZ SEGARRA, SERGIO ORTIZ SEGARRA y SERGIO ORTIZ SEGARRA, y asistido del Letrado M<sup>a</sup> DEL CARMEN REY PORTOLES, M<sup>a</sup> DEL CARMEN REY PORTOLES y M<sup>a</sup> DEL CARMEN REY PORTOLES, en virtud del recurso de apelación interpuesto por INDUSTRIAS BELSEHER SL.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA en fecha 23-7-2015 , contiene el siguiente FALLO: "ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Flora , Herminia y Arsenio contra INDUSTRIAS BELSEHER, S.L. y, en consecuencia:

Se decreta la nulidad de la Junta General de INDUSTRIAS BELSEHER, S.L. de fecha 9 de diciembre de 2013.

Se decreta la nulidad de la Junta General de INDUSTRIAS BELSEHER, S.L. de fecha 12 de junio de 2014.

Se ordena la cancelación de las inscripciones en el Registro Mercantil derivadas de las Juntas Generales anuladas, incluso de acuerdos posteriores que sean consecuencia necesaria de los expresamente anulados. Igualmente deberá inscribirse la presente sentencia en el Registro Mercantil donde se encuentre inscrita la sociedad demandada, además de publicarse un extracto en el BORME. Se condena a la parte demandada en las costas causadas en esta instancia. "



**SEGUNDO** .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por INDUSTRIAS BELSEHER SL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO** .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**.- La representación procesal de la mercantil INDUSTRIAS BELSHER S.L. formula apelación contra la sentencia dictada en 23 de julio de 2015 por el Juzgado Mercantil N°2 de Valencia, por la que se estimada la demanda contra ella interpuesta por la representación procesal de Doña Flora, Doña Herminia y Don Arsenio.

La Sentencia, admitiendo la legitimación activa de los demandantes (por ser terceros con interés) para impugnar acuerdos sociales por el art. 206 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), decreta la nulidad de las Juntas Generales de INDUSTRIAS BELSEHER, S.L. de fecha 9 de diciembre de 2013 y 12 de junio de 2014. El fundamento de tal nulidad se asienta por la sentencia en la indebida convocatoria al haberse realizado en fraude de ley (infracción del art. 173.2 LSC).

La apelante insiste en la falta de legitimación activa de los demandantes: i) al ejercitar la acción en nombre propio, y no en el de la comunidad formada por Doña Flora (viuda del socio) y sus hijos Herminia y Arsenio; ii) al no haber designado representante de tal comunidad para ejercer los derechos sociales; iii) por carecer de interés legítimo al no perjudicarles los acuerdos adoptados en tales juntas ni haber justificado aquel.

Reitera, en cuanto a la convocatoria cursada, que se hizo con las exigencias previstas en art. 173.2 LSC dirigido al domicilio del socio fallecido en el que vivían la viuda y una de las hijas, habiendo sido negligencia de estas hacer caso omiso de la misiva. Considera correctamente convocadas ambas juntas, y alega ex novo la caducidad de la acción de impugnación de la junta de 9 de diciembre de 2013, habiendo sido interpuesta la demanda transcurrido más del año previsto en art. 205 LSC.

Se oponen los demandantes e insisten en su legitimación ad causam al tener interés legítimo en los acuerdos que se hubieran de adoptar en la sociedad, al ser herederos del socio fallecido D. Arsenio. Teniendo perfecto conocimiento la sociedad del fallecimiento del socio, se hizo la convocatoria a sabiendas de que no iba a ser recibida, pese a que se cumpliera la literalidad de la norma. Todo ello es evidencia de la mala fe de los representantes de la sociedad, causante de la nulidad de las juntas. Rechaza la caducidad invocada.

**SEGUNDO** .- Sobre la caducidad invocada de la acción de impugnación de la junta celebrada en 9 de diciembre de 2013.

La demanda dispone de fecha de entrada en el decanato de esta población en 4 de diciembre de 2014, luego con anterioridad a que discurriera el año que prescribe el art. 205 LSC. Se trata sin duda el vicio denunciado de nulidad absoluta por cuanto, aunque por la vía del fraude de ley, se habría tratado de burlar una exigencia formal de convocatoria, precisa para el ejercicio del derecho de voto por el socio.

Es por ello que no puede entenderse caducada la acción.

**TERCERO** .- Sobre la legitimación de los demandantes.

Se presentan los demandantes como socios de la mercantil, al ser herederos de Don Arsenio, fallecido en 5 de junio de 2013. Son Doña Flora, esposa viuda, y Doña Herminia y Don Arsenio, hijos (además de doña María Inés).

Son hechos acreditados y así reconocidos en la sentencia que, en las épocas examinadas, no se había hecho la oportuna liquidación del régimen económico del matrimonio ni dividida la herencia, dándose incertidumbre sobre los destinatarios finales de las participaciones sociales del fallecido.

Ante tal incertidumbre, el juzgador de instancia opta por no atribuir a los demandantes legitimación como socios, sin como interesados en las juntas (y en los acuerdos en ellas aprobados).

Sin embargo, tal solución no puede compartirse por la sala.

Los demandantes, pese a presentarse como socios, lo hacen con la única legitimación que podían: en representación de la herencia yacente de su difunto padre y esposo a la que en mayor o menor medida tenían derecho.



Es interpretación constante dada por nuestros tribunales la que (en orden los antiguos art. 117 LSA en relación con art. 56 LSRL ) establece que, para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas que ostenten tal condición en el momento de la adopción del acuerdo (o de la celebración de la junta) ( STS 2 de octubre de 1993 SIC , 2 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2002 ; St AP Barcelona de 16 de septiembre de 2009 ). Dicha condición debe ostentarse en el momento de la adopción del acuerdo.

La condición de socio en las sociedades de responsabilidad limitada se vincula a la titularidad de una o varias participaciones sociales y que su transmisión, que deberá constar en documento público (art. 106 TRLSC), además de haber sido cumplimentados el resto de requisitos. Así se confiere al adquirente el ejercicio de los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión (art. 106.2 TRLSC).

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona arriba citada: *"La forma exigida por el artículo 26.1 LSRL no es requisito constitutivo o ad solemnitatem de los negocios traslativos sobre participaciones sociales, sino ad probationem. La legitimación para la actuación como socio frente a la sociedad no deriva de la forma del negocio traslativo, ni del mismo negocio traslativo, ni tampoco de la inscripción del adquirente en el libro registro de socios, sino del conocimiento de la transmisión por parte de la sociedad. El socio está legitimado para el ejercicio frente a la sociedad y podrá oponer su condición de socio a la misma desde que la sociedad tenga conocimiento, expreso, tácito o por facta concludentia, de la transmisión. El conocimiento de dicha transmisión por la sociedad puede obtenerse a iniciativa de la adquirente, por ejemplo, mediante notificación de la transmisión a la sociedad. "*

Llevado lo anterior al extremo, la consecuencia sería que: a) al estar fallecido Don Arsenio al momento de la celebración de la junta, claro está que no podría impugnarla; b) que al no haber comunicado la aceptación de la herencia por los herederos, estos tampoco podrían impugnarla. En este concreto caso se trataría de una junta en la que habría unos intereses sociales (concretados en el derecho de asistencia y voto) respecto de los que nadie podría impetrar el auxilio judicial. Ello es rechazable y, por tanto, debe reconocerse la legitimación de los actores bien como socios al momento de celebración de la junta, bien como herederos del fallecido (no socios al momento de celebración de la junta pero integrantes de su "comunidad hereditaria").

Esta segunda opción es la más ajustada a derecho, con independencia de que se presenten como socios en la demanda. Tal y como explicaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 (RC 31351998: *" la "comunidad hereditaria" formada por los coherederos del primitivo accionista en que no se ha practicado la partición implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes "hereditarios" concretos; es decir, cada coheredero no es titular de acciones, sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así, el accionista no es el coheredero, sino la "comunidad". Cuya "comunidad" no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma ( sentencia de 25 de mayo de 1992 ), de la que sus miembros tienen derechos indeterminados ( sentencia de 6 de octubre de 1997 ) y cuya naturaleza es de "comunidad" germánica ( sentencia de 19 de junio de 1995 ).*

Respecto a esta "comunidad", el artículo 66.2 de la Ley de sociedades anónimas exige que una persona miembro de una misma ejerza los derechos de socio; persona designada, dice el texto legal; la cual no es representante, en el sentido de "representación" voluntaria, en la que el artículo "106".2 exige que el poder de "representación" sea escrito y especial para cada junta, salvo el caso de "representación" familiar que contempla el artículo 108. Asimismo, esta "comunidad" no está regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil que contempla la "comunidad" pro indiviso romana, con distinción de cuotas y esencial divisibilidad (artículo 400) que nada tiene que ver con la "comunidad hereditaria", germánica."

Esa legitimación ad causam debe reconocerse, a la luz de la doctrina del Alto Tribunal que la atribuye (por ejemplo para instar la acción de nulidad de un negocio) a un comunero en beneficio de la comunidad hereditaria aunque no lo haya hecho constar específicamente en la demanda ( Sentencias como la de 21 de junio de 1989 , 11 de diciembre de 1993 o, en especial, la de 14 de octubre de 2004 ).

Es precisamente la indivisibilidad de las participaciones sociales (art. 90 LSC) la que determina que la ley exija la designación de un representante común para el ejercicio de los derechos derivados de la condición de socio, *"lo que constituye una carga o un deber, que pese a tener el carácter de una representación voluntaria y no orgánica, nace de una exigencia legal."* Ello se debe a que *" La comunidad hereditaria integrada por varios comuneros cuyo patrimonio está integrado por un paquete de participaciones sociales, que ostenta la condición de socio, necesita de una representación para ejercitar los derechos que ostenta de esta condición frente a la sociedad."* STS, Civil sección 1 del 12 de junio de 2015 (ROJ: STS 3191/2015 - ECLI:ES: TS:2015:3191) Sentencia: 314/2015 | Recurso: 1291/2013 | Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL.



Se admite así la legitimación de los demandantes (cuestión incluso revisable de oficio) aunque por motivos distintos al de la sentencia de instancia.

**CUARTO** .- Sobre la convocatoria.

Claro está que al momento de convocarse las juntas (noviembre de 2013 y mayo de 2014) los administradores de la sociedad conocían del fallecimiento del socio don Arsenio , ya que se trataba de la hija (Doña María Inés ) y sobrino de aquel (don Norberto ).

Este hecho es incontestable, y también lo son las claras malas relaciones existentes en estos y los demandantes materializadas en despidos y denuncias cruzadas.

Pero lo que debe de ocuparnos es determinar si, con la remisión de las convocatorias cursadas al domicilio de finado, se estaba cumpliendo con las exigencias que el art. 173.2 LSC impone.

Recordemos que el precepto señala: "En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.". No refiere ya el libro de socios sino "...en el que conste en la documentación de la sociedad" aunque entre esa documentación, claro está, tiene preeminencia el libro de socios. Pero el cambio legislativo parece sugerir que no sólo ha de atenderse al libro registro.

Se ha fijado como hecho en la sentencia, incontrovertido en la apelación, el domicilio del difunto ( CALLE000 NUM000 de Benifaió), "donde residía la viuda y uno de los hijos llamados a la herencia (ver poder procesal de estos demandantes)" (FJ tercero de la sentencia).

Sin embargo, pese a tal cumplimiento de las exigencias formales debe de evaluarse si tal convocatoria cumplía con la premisa legal que impone que se "garantice la recepción del anuncio por todos los socios".

Claro está que las exigencias establecidas para la convocatoria de la junta general de la sociedad tienen carácter imperativo, su incumplimiento dará lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados ( STS de 9 de abril de 1995 ). Ello se debe a que la finalidad de tales disposiciones es lograr el conocimiento de los socios de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, ya que de ello depende que puedan ejercitar sus derechos políticos (asistencia, representación, información y voto). Por esta razón, como señala SAP de Madrid, sección 28, del 21 de Junio del 2012 (ROJ: SAP M 10484/2012 ): "... no basta el mero cumplimiento de requisitos formales de la convocatoria, puesto que, si atendidas las circunstancias, se evidencia un intento de obstaculizar de algún modo dicho conocimiento por parte del socio que hubiera tenido efecto, los acuerdos adoptados habrán de reputarse nulos y a esta solución se acude atendiendo a la vulneración del principio de buena fe o al abuso del derecho."

Ello es sobre lo que la sentencia de instancia sustenta en el fraude de ley previsto en el art. 6 CC . Sin embargo, sin descartar lo anterior, el Alto Tribunal ha considerado ( STS de 9 de diciembre de 1999 ) que este tipo de situaciones encuentran mejor encaje en el art. 7 del Código Civil (mala fe y abuso del derecho) que en su art. 6.4 (fraude de ley). En este sentido, continuaba la sentencia de la Audiencia de Madrid arriba identificada: "El artículo 7.1 CC , al establecer que los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe, positiviza un principio general del derecho incluyéndolo en el Título Preliminar del Código Civil con ocasión de su reforma en 1974. Su aplicación, y esto es aquí relevante, debe efectuarse atendiendo a las circunstancias del caso. La buena fe se identifica con un modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado, actuar conforme a unas reglas y valores que la conciencia social impone al tráfico jurídico (entre otras muchas SSTS de 22 de octubre de 1991 y 26 de octubre de 1995 ).

El abuso del derecho se halla regulado en el art. 7.2 del Código Civil , en el que se establece que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y añade que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización. La doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo –ausencia de interés legítimo–), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) – Sentencias, entre otras, 21 diciembre 2000 , 16 mayo y 12 julio 2001 , 2 julio 2002 , 13 junio 2003 , entre otras--; sin que quepa invocar la sanción cuando el exceso pernicioso en el ejercicio del derecho esté garantizada por precepto legal – Sentencia 2 julio 2002 , que cita 28 abril 1976 y 14 julio 1992 --. Para la apreciación concreta del abuso del derecho es precisa una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas y subjetivas [antes expuestas] ( SS 3 noviembre 1990 , 30 mayo 1998 , 18 julio 2000 , 28 junio y 12 julio 2001 , 28 mayo y 2 julio 2002 ).

*Se ha destacado que el principio de buena fe presenta indudables concomitancias con la prohibición del abuso del derecho, puesto que sus fronteras son difíciles de trazar en cuanto responden a ideas muy parecidas y se trata de principios o cláusulas que al precisar su concreción en los diferentes supuestos impiden establecer unos límites claramente definidos. "*

De este modo el socio, don Arsenio (y por ende su herencia yacente), podía ser efectivamente convocado en el domicilio que se sabía ocupado por su dos de sus familiares directos

El conocimiento por la sociedad de la operatividad de tal domicilio otorga carta de validez a la convocatoria realizada en él.

Comportamiento diametralmente opuesto hubiera sido aquel por el que la sociedad hubiera convocado en el domicilio a sabiendas de su inoperatividad (por estar desocupado u estarlo por personas ajenas), pese a que obrara en el registro. Ello si que ha sido calificado por alguna resolución (aunque no como ratio decidendi) como fraudulento: *"Cuestión diversa es que conociendo la residencia del socio en un domicilio diverso al que consta en los archivos societarios, se remitiera la convocatoria a éste último con la finalidad de que no alcanzara conocimiento de la misma (esto es, en orden a la privación de uno de los derechos fundamentales del socio), comportamiento fraudulento y abusivo..."*. SAP, Castellón, sección 3 del 27 de Junio del 2012 (ROJ: SAP CS 774/2012).

Pese a lo que se señala en la apelación, en ningún momento se obvió el fallecimiento de socio en las juntas celebradas y así consta en las actas (pág. 382 y pág. 404 del expediente).

Por otro lado, no es admisible que, cursadas las comunicaciones al domicilio, la primera carta certificada no fuera recogida de lista de correos pese al aviso dejado (pág 308), y el Burofax (para la segunda de las juntas) conste "No entregado por 05 Fallecido"(pág. 410), siendo que tal circunstancia se debió informar por alguno de los ocupantes.

No era exigible mayor diligencia a la sociedad y, por el contrario, sí lo era para los herederos. No pueden excusar su ignorancia en la negativa que habrían recibido de correos para retirar la carta, pues tal circunstancia no está acreditada. Pero es que, el mero conocimiento de las cartas y su remitente (aunque se ignorara su contenido) debería haber desencadenado un comportamiento activo en defensa de sus intereses. Comportamiento consistente en la puesta en contacto con la sociedad y designación de un representante. La pasividad ante tales anuncios es más trascendente si se advierte que, entre el fallecimiento del socio y la primera de las convocatorias transcurren cinco meses (once meses en la segunda junta).

En estas circunstancias, no puede advertirse el fraude en las convocatorias pretendido por los demandantes.

**QUINTO** .- No cabe más que estimar el recurso de apelación y, consecuentemente, revocar la Sentencia de primera instancia. En materia de costas procesales, conforme al art. 398 LEC , no procede hacer pronunciamiento condenatorio alguno.

En relación a las costas de primera instancia, dada la desestimación de la demanda, procede la condena a los demandantes conforme al art. 394 LEC ,

**VISTOS** los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,

## FALLO

**ESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación de BELSEHER S.L. contra la Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA en fecha 23 de julio de 2015 , que revocamos y, en su lugar:

**DESESTIMAMOS** la demanda formulada por la representación procesal de Doña Flora , Doña Herminia y Don Arsenio . Ello condenando a los demandantes al pago de las costas generadas.

No se efectúa condena en costas en segunda instancia, procediendo la devolución al recurrente del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C , una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ