



Roj: **SAP TO 558/2019 - ECLI:ES:APTO:2019:558**

Id Cendoj: **45168370012019100263**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2019**

Nº de Recurso: **685/2017**

Nº de Resolución: **115/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EMILIO BUCETA MILLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo Núm.685/2017.-

Juzg. de lo Mercantil Núm..1 de Toledo.-

J. Ordinario Núm.....698/2016.-

SENTENCIA NÚM. 115

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

D^a GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a veinticinco de septiembre de dos mil diecinueve.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 685 de 2017, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, en el Juicio Ordinario Núm. 698/2016, en el que han actuado, como apelante RESIDENCIAL YELES S.L., representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cabanas Basarán; y como apelados, Anibal y Tatiana, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sánchez Bartolomé.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO BUCETA MILLER, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 6 de septiembre de 2017, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Estimo la demanda interpuesta por D. Anibal y D^a Tatiana frente a RESIDENCIAL YELES, S.L., condenando a ésta última a pasar por la declaración de Nulidad de Pleno Derecho de la Junta General Extraordinaria de fecha 24 de octubre de 2016, debiéndose inscribir la sentencia en Código el Registro Mercantil, así como cancelándose cuantos asientos se hayan llevado a cabo como consecuencia de los acuerdos de la Junta declarada nula.



Se imponen las costas a la parte demandada". -

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por RESIDENCIAL YELES S.L., dentro del término establecido, se formuló recurso de apelación, que fue contestado de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia que estimó una demanda de impugnación de acuerdos de una sociedad de responsabilidad limitada en que se solicitó la nulidad de la junta general de 24 de octubre de 2016 por infracción del art 203 del TRLSC al haberse celebrado la junta sin la intervención de notario tal y como había sido convocada.

Se alega aunque sin enunciarlo así expresamente, error del juez en la valoración de la prueba respecto a que convocada junta en primera convocatoria para el 24-10-2016 y en segunda para el 25-10-2016, la comunicación que se fecha el día 20 no fue para desconvocar sino para aplazar la junta del 24 a su segunda convocatoria del 25, como error también acerca de que los socios codemandados no fueron notificados del aplazamiento hasta pasadas varias horas desde que celebraron la junta del 24, como también que para la junta del 24 no estaba solicitada la presencia de notario que levantara acta, que el notario que iba a asistir el día 24 ante su imposibilidad notificó la posibilidad de que lo sustituyera otro notario, lo que fue rechazado por el demandante.

Todos esos argumentos no son sino esfuerzos retóricos para negar la evidente mala fe con que se han conducido los demandados en la celebración de la supuesta junta de 24 de octubre de 2016: es impensable que alguien acuda a celebrar una junta de una sociedad mercantil a una notaría, como si este fuera un lugar de reunión normal de las sociedades, o como si se tratara de los salones de un hotel, y pretenda afirmar que no sabía que se había solicitado la presencia de un notario, como igualmente lo es que comparecidos en la misma y avisados por el oficial de la notaría de que la junta se había aplazado al día siguiente por imposibilidad del notario, en lugar de retirarse hasta el día siguiente, algo que habría hecho cualquiera que actuara guiado por la buena fe, pidan un ordenador y celebren la junta allí mismo, en la propia oficina de la notaría, sin el notario y sin los socios mayoritarios. Se trata de un ejercicio de mala fe que entraña un manifiesto abuso del derecho, señalando la STS de 15 de febrero de 2018 en relación con el abuso de derecho como causa de impugnación del acuerdo social que "*Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado recientemente en la sentencia 73/2018, de 14 de febrero. En esta sentencia recordábamos que esta cuestión ha sido ya abordada por este tribunal en sus sentencias 873/2011, de 7 de diciembre, y 991/2011, de 17 de enero de 2012, en las que declaró que "aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital [anterior a la reforma de la Ley 31/2014]- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre-*".

Asimismo, la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, que cita como antecedentes las sentencias 272/1984, de 2 de mayo, y 171/2006, de 1 de marzo, confirmó la declaración de nulidad, con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del Código Civil, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

Por su parte la STS de 14 de febrero de 2018 (un día antes de la anteriormente citada) nos indica que de acuerdo con esta jurisprudencia (sentencias 422/2011, de 7 de junio, 567/2012, de 26 de septiembre, 159/2014, de 3 de abril, y 58/2017, de 30 de enero, y las en ellas citadas), "la apreciación del abuso de derecho exige: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).



Dicho lo anterior, la apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto del TRLSC, por cuanto que, como se ha dicho, se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara y que dará lugar, de acuerdo con lo solicitado por el perjudicado, a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, por aplicación del art. 7.2 del Código Civil".

SEGUNDO: Aplicada la anterior doctrina al el caso presente, apreciamos como dos socios minoritarios acuden a una notaría a una junta general de la sociedad a la que pertenecen, no pudiendo ignorar aunque lo nieguen que conocían que la junta se habría de celebrar con la intervención de notario que levantaría acta de la misma pues de otro modo no tendría ningún sentido celebrarla en la notaría en lugar de en el domicilio social, el de cualquiera de los socios, unos locales públicos, un salón de un hotel etc; Una vez allí, son advertidos por el oficial de que la junta se ha pospuesto para la segunda convocatoria al día siguiente por imposibilidad médica del notario de estar presente ese día, y aprovechando esa coyuntura y la ausencia de los dos socios mayoritarios celebran la junta eligiéndose ellos como miembros del consejo de administración, amparándose en que la junta no ha sido legalmente desconvocada y que existe una renuncia tácita a la presencia de notario pues cuando este manifestó su imposibilidad de asistir el día 24 ofreció la posibilidad de que actuara otro notario, lo que fue rechazado.

Pues bien, para la Sala se trata de meros subterfugios, de meras excusas para poder celebrar una junta general de la que eran conscientes de que con la presencia de los socios mayoritarios sus votos no alcanzarían para aprobar los acuerdos que pretendían (elegirse ellos como miembros del Consejo de Administración), y se aprovechan groseramente de una circunstancia sobrevenida de la que, se les hubiera notificado o no con antelación, lo que es indudable es que conocían perfectamente al llegar a la notaría y ser informados por el oficial de la misma.

Se trata de una actuación de mala fe que entraña un abuso del derecho, y este determina la nulidad de la junta celebrada de tal modo.

Enlazando con lo anterior, el recurso pretende que el acuerdo sería en todo caso anulable y no nulo, pero sin embargo las SSTs de 14 y de 15 de febrero de 2018 antes citadas examinan la cuestión de la nulidad o mera anulabilidad desde la óptica del abuso del derecho, la mala fe y el fraude de ley señalando que " *la causa de impugnación alegada ha de encuadrarse en el régimen general del art. 7.2 del Código Civil . Este precepto prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho , y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

La expresión "que sean contrarios a la ley" que se contiene en el art. 204.1 TRLSC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de mala fe (art. 7.1 del Código Civil) o con abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice.

10.- La Audiencia Provincial invoca la sentencia 127/2009, de 5 de marzo, en apoyo de sus tesis de reconducir la impugnación de los acuerdos sociales por constituir un abuso de derecho a la impugnación de acuerdos anulables sujetos al plazo de caducidad de cuarenta días.

Pero cuando esta sentencia afirma que "un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho", no está declarando que el abuso de derecho no constituya una contrariedad a Derecho en que puede fundarse la nulidad del acuerdo social. Por el contrario, dicha sentencia confirma la declaración de nulidad de un acuerdo social adoptado con abuso de derecho. Lo que se hace con esa afirmación es explicar que el motivo del recurso, que citaba como infringido el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en que se habría basado formalmente la adopción del acuerdo, está mal planteado, porque el acuerdo había sido declarado nulo por constituir un abuso de derecho, no por haber infringido una determinada norma societaria y "de haber estimado [la Audiencia] la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho". En ese contexto es donde cobra sentido la afirmación de que una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo.



11.- Sentado lo anterior, esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la "contrariedad a la ley" que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo.

La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo."

En definitiva, nos encontramos ante un acuerdo nulo y no meramente anulable y la acción que se entabló en demanda era la de nulidad por lo que la sentencia puede perfectamente declararla así, con todos los efectos legales.

TERCERO: Las costas procesales se impondrán al recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. -

F A L L O:

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de RESIDENCIAL YELES S.L., debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 6 de septiembre de 2017, en el Juicio Ordinario Núm. 698/2016, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firma mos.

PUBLICACION. - Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. EMILIO BUCETA MILLER, en audiencia pública. Doy fe. -