



Roj: **SAP CO 1396/2013 - ECLI:ES:APCO:2013:1396**

Id Cendoj: **14021370032013100453**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **3**

Fecha: **25/10/2013**

Nº de Recurso: **273/2013**

Nº de Resolución: **175/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Córdoba, núm. 1, 27-06-2013,
SAP CO 1396/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA SECCION Nº 3

SENTENCIA Nº 175/13

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. FRANCISCO SÁNCHEZ ZAMORANO

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FELIPE MORENO GÓMEZ

D. PEDRO VELA TORRES

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9)**

ROLLO DE APELACIÓN Nº 273/2013

JUICIO ORDINARIO Nº 120/2012

En la Ciudad de CORDOBA a veinticinco de Octubre de dos mil trece.

La AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA SECCION Nº 3 , ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de 120/2012 seguidos en el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9) promovidos por Gines Y Blanca representado por el Procurador Sr **EULALIA NATALIA GARCIA MORENO** y defendido por el Letrado Sr. **ANTONIO F. FARIÑAS MANGANA**, , contra **FUNERARIA ABADES, S.L.** representado por el Procurador Sr. **CRISTINA CABALLERO RUIZ-MAYA** y defendido por el Letrado Sr. **MIGUEL MUÑOZ JURADO** , pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante contra sentencia recaída en autos, siendo Ponente del recurso el Magistrado lltmo. Sr. Don **PEDRO VELA TORRES** .

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9)** cuyo fallo es como sigue: "**QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda promovida por la procuradora D^a. Eulalia Natalia García Moreno en nombre y representación de D. Gines y D^a. Blanca contra FUNERARIA ABADES S.L. y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de los pedimentos de la parte actora. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento.** ".



SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **Gines Y Blanca** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal previo emplazamiento de las partes y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Para resolver sobre las alegadas irregularidades en la constitución de la mesa, tenemos que partir de la base de que para la celebración de la junta se requirió la presencia de notario, en los términos previstos en el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital . Conforme a la normativa del Registro Mercantil y del propio notariado, el notario debe verificar que la junta ha sido convocada correctamente, ya que caso contrario debe negar su intervención (artículos 101.1 del Reglamento del Registro Mercantil y 145 del Reglamento Notarial). Y una vez constituida la junta, deberá preguntar a los asistentes si existen reservas o protestas relativas al número de socios concurrentes y al capital presente o representado, evitando así posibles impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por incumplimientos de los quórum legales o estatutarios de constitución de la junta. En el caso que nos ocupa, consta en el acta notarial que se constituyó la junta y se designó presidente a D. Obdulio , pero después en la diligencia complementaria aclaratoria se reconoce que no se produjo realmente tal designación y que la mención había sido un error formulario. No obstante, como dicho señor era el presidente del consejo de administración (a quien correspondía estatutariamente, por tanto, la presidencia de la junta general) y del tortuoso resultado de los sucesivos documentos notariales cabe interpretar que de hecho ejerció el cargo, puede entenderse que la mesa se constituyó por lo menos respecto de su primer componente (el presidente - artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital -). Más problemática es la ausencia de mención de la figura del secretario, de la que cabe deducir que no se llegó a realizar su nombramiento, si bien la sentencia lo considera innecesario, precisamente por la concurrencia del fedatario público. A tal efecto, es cierto que la función principal del secretario es la de redactar y firmar el acta de la junta (artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil), siendo relevado en estas funciones por el notario en las juntas a que asista este funcionario (artículo 203 de la Ley); pero la Ley no dice nada respecto de las otras funciones de "asistencia" que prevé la normativa, ni tampoco en lo relativo a la formación de la lista de asistentes, respecto de la que el artículo 98 del Reglamento del Registro Mercantil solo nombra al secretario, sin que los artículos 101 y 102 digan nada sobre el particular. La doctrina registral considera que la ausencia del secretario no puede ser sustituida por la del notario, salvo que éste hubiera sido expresamente designado para el desempeño de esas funciones diferentes a las de mera redacción del acta de la junta (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 1986 y 21 de junio de 1990). No obstante, ante la falta de solución legal expresa, consideramos, como establece la jurisprudencia, que la Ley (actual artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital , anterior artículo 110 de la LSA de 1989 y, a su vez, antiguo artículo 64 de la LSA de 1951) no decreta la nulidad por incumplir alguna de las reglas de constitución de la mesa de la junta, sino que dicha declaración queda a la discreción y prudencia de los tribunales, según las circunstancias del caso (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1973 , 31 de julio de 2002 , 9 de febrero de 2007 y 26 de febrero y 17 de abril de 2009). En este caso, no se aprecia que la ausencia de nombramiento de secretario constituyera un defecto de tal magnitud y trascendencia que deba provocar la nulidad de los acuerdos adoptados, precisamente porque fue una junta a la que asistió un notario y se levantó acta notarial de la misma, sin que conste en qué quedaron menoscabados los derechos de los socios o que consecuencia material pudo tener dicha omisión. Antes al contrario, lo que se desprende de la propia acta es que el fedatario preguntó a los asistentes si alguno tenía algo que alegar respecto a la válida constitución de la junta y todos consideraron que lo estaba; sin que tampoco se opusieran cuando mantuvo una segunda reunión con ellos para la extensión de la primera diligencia complementaria. Por lo que no cabe considerar que este defecto de constitución deba provocar la nulidad pretendida.

SEGUNDO.- Respecto a la lista de asistentes, la sentencia apelada, con cita de la Sentencia de esta misma Sección de 26 de julio de 2010 , recoge acertadamente la doctrina jurisprudencial aplicable, conforme a la cual se impone una interpretación flexible en la materia (actual artículo 192 de la Ley de Sociedades de Capital , antiguo artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas), adecuada al sentido teleológico, de modo que la constancia imperfecta, desde el punto de vista formal, en el acta de la junta general de una sociedad anónima de la lista de asistentes, no determina por sí misma la nulidad de la junta, salvo que tal imperfección haya conducido a la imprecisión sobre el "quórum" o sobre la legitimación de los asistentes, o a otras consecuencias lesivas para el interés social o los derechos de los demás socios, que el Tribunal valorará en cada caso. En



el que nos ocupa, debemos partir de la base de que el artículo 192.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece que en las sociedades de responsabilidad limitada la lista de asistentes se incluirá necesariamente en el acta, lo que se cumplió debidamente, puesto que dicha lista obra en el reverso del folio AQ4434829 del acta notarial (folio 23 vuelto de las actuaciones), figurando los nombres y documentos nacionales de identidad de los asistentes y sus firmas, así como los nombres y documentos de identidad de los representados y el nombre del representante. Por lo que dando fe el notario de que dicha lista fue firmada en su presencia y dejando constancia de que estaba presente todo el capital social, presente o representado, lo que excluye cualquier problema de quórum en lo relativo a la constitución, hay que entender suficientemente cumplidas las exigencias del tan citado artículo 192 de la Ley de Sociedades de Capital, más allá de una mayor o menor expresividad en la redacción del acta por el fedatario público, o de que la lista estuviera ya redactada antes de llegar el notario, lo que es indiferente si éste comprobó que se correspondía a la realidad.

TERCERO.- En cuanto a la constancia de las mayorías precisas para la adopción de los acuerdos, la cuestión estriba en si la segunda diligencia complementaria aclaratoria extendida por el notario puede subsanar la omisión de la mención de los porcentajes de capital que votaron a favor o en contra de los puntos del orden del día, ya que los mismos no se deducen de la lista de asistentes a que antes hemos hecho referencia. Lo que, habida cuenta la remisión expresa que hace el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil a la legislación notarial, habrá que resolver conforme a ésta. A cuyo efecto, el artículo 198.1, reglas 3ª y 4ª, del Reglamento Notarial, permite la extensión de diligencias posteriores al acta, incluso por parte del notario en su estudio sin intervención ni presencia de los interesados; lo que corrobora expresamente para este tipo de actas el artículo 103.1 del Reglamento del Registro Mercantil. En tal sentido, como quiera que el artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga valor de prueba plena a los documentos públicos emitidos por fedatario, el acta notarial entendida como un todo -el acta propiamente dicha y sus dos diligencias complementarias-, ha de considerarse que en las votaciones se obtuvieron los quórum legales necesarios para la adopción de los acuerdos, conforme consta en la segunda diligencia, con indicación expresa del nombre de los socios, el sentido de su voto y el porcentaje de capital que titulaban; y ello tanto porque figura así en el mencionado documento público, como porque no hay prueba alguna de que los porcentajes de voto expresados no coincidan con la efectiva distribución del capital social, ni de que contradigan lo recogido en el libro registro de socios de la compañía mercantil "Funeraria Abades, S.L." en la fecha de celebración de la junta general. Ciertamente la intervención notarial no fue lo afortunada que debía e incluso pudo poner en entredicho la virtualidad de este tipo de actas frente al acta ordinaria redactada por el secretario, pero lo determinante no es la pulcritud formal de la actuación, sino el contenido material sobre el que la misma versó; y lo cierto es que, al final, queda acreditada la obtención de las mayorías precisas.

CUARTO.- Por último, la petición de convocatoria de junta general extraordinaria formulada en el suplico no tiene sustantividad propia, sino que dependía de la anulación de los acuerdos impugnados, ante cuya inexistencia tendría sentido la celebración de una nueva junta para discutir el mismo orden del día. Pero no habiéndose resuelto así, no procede ninguna convocatoria al respecto.

QUINTO.- Pese a la desestimación del recurso de apelación, las accidentadas vicisitudes de documentación del acta de la junta que han sido tratadas en esta misma resolución y que, en buena medida, han dado lugar a las dudas sobre la validez de los acuerdos adoptados, aconsejan no hacer expresa imposición de las costas causadas, como permiten los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. García Moreno, en nombre y representación de D. Gines y Dña. Blanca, contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Córdoba, con fecha 27 de junio de 2013, en el Juicio Ordinario nº 120/12, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos. Sin expresa imposición de las costas de la apelación.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que contra ella no cabe recurso ordinario alguno y de los extraordinarios que, en su caso, proceden, en los términos del Acuerdo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011; y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.