



Roj: **SAP TF 594/2016 - ECLI:ES:APTF:2016:594**

Id Cendoj: **38038370042016100119**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **24/02/2016**

Nº de Recurso: **472/2015**

Nº de Resolución: **54/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76

Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000472/2015

NIG: 3803847120140000012

Resolución: Sentencia 000054/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000011/2014-00

Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Ruth Javier Hernandez Berrocal

Apelante CONSULTING ESTUDIO Y GESTION CANARIOS S.L. Guillermina De La Hoz Hernandez

**SENTENCIA**

Rollo núm. 472/15

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz

Doña Pilar Aragón Ramírez

En Santa Cruz de Tenerife, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 11/2014, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre **impugnación de acuerdos sociales** y promovidos, como demandante, por DOÑA Ruth , representada en primera instancia por



el Procurador don Javier Hernández Berrocal y dirigida por la Letrada doña Teresa Cotta Gallardo, contra la entidad CONSULTING ESTUDIO Y GESTIÓN CANARIOS, S.L., representada por la Procuradora doña Guillermina de la Hoz Hernández y dirigida por el Letrado don José Luis Luengo Barreto, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada-Juez, Doña María Henar Torres Martín, dictó sentencia el día veintiséis de enero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se estima parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Hernández Berrocal en representación de Ruth , contra la entidad Consulting Estudio y Gestión Canarias S.L declarando la nulidad de los siguientes acuerdos adoptados en Junta General de 26 de noviembre de 2013: "Autorización expresa a la administradora para ser administradora única de la entidad Centro de Gestión Seman S.L. Nombramiento de auditor. Retribución de la administradora única en la cantidad de 500 euros mensuales". Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. a) Se desestima la reconvencción presentada por la representación procesal de la entidad Consulting Estudio y Gestión Canarias S.L contra Dª Ruth con expresa condena en costas a la parte que formula reconvencción.».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día diecisiete de febrero del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia apelada estimó en parte la demanda, en la que se solicitaba la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general de la entidad demandada celebrada el 26 de noviembre de 2013, anulando el relativo a la autorización a la administradora de dicha entidad, doña Fermina , para ser, a su vez, administradora única de la entidad "Centro de Gestión Semán S.L.", así como los relativos a la retribución de la administradora en la cantidad de quinientos euros mensuales y al nombramiento de auditor; por otro lado, desestimó la reconvencción, en la que la entidad actora solicitaba la declaración de la satisfacción extraprocésal de las pretensiones de la demanda, al haber quedado sin efectos los acuerdos impugnados como consecuencia de otros posteriormente adoptados.

2. La entidad demandada no está de acuerdo con dicha resolución y ha interpuesto el presente recurso en el que alega, en síntesis y por un lado, la errónea valoración de la prueba, pues los acuerdos anulados fueron dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros, adoptados en las juntas generales celebradas los días 17/12/2013 y 10/03/2014, teniendo en cuenta además que "la demanda objeto de de este pleito se admitió a trámite por decreto de fecha 2 de abril de 2014"; por otro lado, la improcedencia de la desestimación de la reconvencción formulada, pues se había producido la satisfacción extraprocésal de la pretensión; finalmente, la posibilidad de la aplicación del art 204 de la Ley de Sociedades de Capital -LSC -, en su redacción introducida con la Ley 3/2014, de 3 de diciembre, en la medida en que establece que si la sustitución del acuerdo impugnado se hubiere realizado después de la interposición de la demanda, "el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto" lo que supone la satisfacción procesal alegada.

3. La actora se ha opuesto al recurso presentado de contrario, refuta sus argumento e interesa, en definitiva, la confirmación íntegra de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- 1. La primera alegación del recurso debe estimarse en lo que se refiere al acuerdo por el que se autorizaba a la administradora de la entidad demandada a ejercer también el cargo de administradora única de otra entidad; en efecto, en el momento de la interposición de la demanda, 30 de diciembre de 2013, dicho acuerdo ya había venido a quedar sin efecto por otro aprobado en la junta celebrada el 17 de diciembre del mismo año, en la que se decidió cesar a la anterior administradora a la que se había concedido la autorización mencionada y nombrar como administrador único de la sociedad a don Jose Augusto ; a dicha junta fue



debidamente convocada la actora quien, por otro lado, exigió que se celebrara con presencia notarial (como así se hizo) aunque finalmente no asistió a la reunión.

2. Sobre esa base hay que entender que dicho acuerdo no era impugnabile conforme a lo establecido en el art. 204 de la LSC, en su redacción en vigor en el momento de la adopción del acuerdo y de la presentación de la demanda, pues según este precepto "no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación"; la sentencia apelada entiende que no cabe que el acuerdo posterior "subsane" el anterior, porque vulneraba los propios estatutos "siendo nulo de pleno derecho el acuerdo", lo que da a entender que es esta condición la que impide la "subsanción", en realidad, la pérdida de eficacia del acuerdo impugnado o su sustitución por otro posterior.

Sin embargo, como se ha señalado en la doctrina y a los efectos de la no impugnabilidad (o impugnabilidad) de los acuerdos sociales, "poco importa ... cuestionarse acerca de si ambas posibilidades pueden proyectarse sobre acuerdos nulos o solamente respecto de acuerdos anulables, todo ello según lo establecido en el art. 204.2 LSC. Baste con pensar que, antes de su declaración judicial como tal en el correspondiente proceso de impugnación, un acuerdo social, ni puede considerarse nulo ni puede considerarse anulable, y desplegará su eficacia y su ejecutividad con normalidad hasta el momento en que, en su caso, un Tribunal dicte sentencia determinando su anulación por alguna de aquellos defectos de nulidad o de anulabilidad".

3. Según este criterio, que comparte el tribunal, la condición de no impugnabile del acuerdo por su pérdida de eficacia o por sustitución por otro posterior con anterioridad a la presentación de la demanda, no se pierde por el hecho de que sea nulo de pleno derecho, de manera que habiendo quedado sin efecto la autorización de la administradora para ejercer el mismo cargo en otra sociedad como consecuencia de su renuncia y cese en la entidad demandada, tal acuerdo había quedado sin efecto y sustituido por el posterior antes de la presentación de la demanda, por lo que su impugnación era improcedente según lo dispuesto en el precepto citado y la demanda no debió de estimarse respecto de la impugnación de dicho acuerdo.

4. Mayores dudas presenta la condición de impugnabile del otro acuerdo en el que se acordaba la retribución del administrador; la retribución no se refería a la administradora que en tal momento tenía esta condición, sino al cargo de administrador, en general, de manera que ni siquiera tácitamente (y si esto es posible) se podía entender que ese acuerdo había sido dejado sin efecto por el adoptado en la reunión del día 17 de diciembre de 2013. Y lo mismo cabe decir respecto del acuerdo sobre el nombramiento de auditor, acuerdo que no se dejó sin efecto en esta otra reunión.

5. Procede, en consecuencia, estimar en parte el recurso, en concreto, en lo que se refiere al acuerdo sobre la autorización a la administradora, que ya había sido quedado sin efecto en el momento de la presentación de la demanda, pero no respecto de los otros dos acuerdos. Y lo que no cabe es entender que éstos también eran inimpugnables ya que se dejaron sin efecto antes de que se admitiera la demanda por decreto del Secretario de 4 de abril de 2014, pues aparte de que el art. 204 de la LSC hace referencia al momento de la interposición de la demanda ("antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación", señala literalmente el precepto), el inicio la litispendencia hay que referirlo al momento de la presentación de la demanda si esta es admitida ( art. 410 de la LEC ), de manera que lo determinante, a estos efectos, sería el momento de la presentación de la demanda y no el de la admisión de la misma.

TERCERO.- 1. La reconvencción planteada en primera instancia, en la que se pretendía la terminación del proceso por la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en la demanda, era procesal y materialmente improcedente. Desde el primer punto de vista (procesal) lo que se plantea es el tratamiento formal de la improcedencia de la impugnación dentro del proceso ya entablado con ese objeto (la impugnación del acuerdo), y no parece que la reconvencción sea el vehículo idóneo para articular una petición puramente procesal de terminación del proceso por la causa alegada (la reconvencción incluye una demanda en la que, de ordinario, se ejercita una pretensión material o sustantiva frente actor inicial, pero una demanda se plantea para el ejercicio de un petición meramente procesal).

En realidad y como también se ha señalado en la doctrina, cabe la posibilidad de que se plantee la cuestión de la no impugnabilidad del acuerdo antes de la contestación a la demanda, en cuyo caso (con suspensión del plazo para contestar) el tribunal debe resolver anticipadamente sobre la terminación del proceso en tal momento; o bien que se ponga de manifiesto en la contestación a la demanda, supuesto en el cual "lo normal será que la misma sea examinada procesalmente durante la celebración de la audiencia previa al juicio ( arts. 414 y ss. LEC )"; también cabe la posibilidad de que en el momento de la audiencia, el juez considere que no se encuentra en condiciones de constatar con los elementos de juicio que dispone en ese momento, sobre si el acuerdo impugnado fue dejado sin efecto o sustituido por otro, en cuyo caso debe decidir la continuación



del procedimiento para resolver la cuestión en la sentencia, pero sin que deba plantearse la cuestión como reconvencción.

2. Pero, al margen de lo anterior, la reconvencción tampoco sería procedente, al menos en su integridad, desde el punto de vista material de la petición deducida en ella, pues no se habría producido la satisfacción extraprocesal alegada de manera total o completa, ya que siendo solo uno el acuerdo que no era susceptible de impugnación (el ya señalado sobre la autorización de la administradora) pero no los restantes, debía continuarse el procedimiento sin que procediera su terminación, terminación que es precisamente el contenido propio de la petición y la satisfacción extraprocesal íntegra -lo que no ocurría en el caso- la base o fundamento de la misma.

3. La procedencia de la reconvencción (o más bien de su petición) no puede venir fundamentada en el hecho de que el art. 204 de la LSC haya sido modificado por la Ley 3/2014, ya citada (y que entró en vigor unos pocos días antes de dictarse la sentencia apelada), que contempla en la actualidad la posibilidad de la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenido del objeto también en el supuesto de que la revocación o sustitución se produjera después de la interposición de la demanda; dicho precepto no puede ser de aplicación en el presente caso, pues no se encontraba en vigor en el momento de la adopción de los acuerdos, ni en el de la presentación a la demanda, ni tampoco en el momento de la contestación, de manera que no puede ser aplicado. Pero es que, ni siquiera en el caso de que fuera aplicable procedería la terminación del proceso que, en todo caso habría tenido que continuar para determinar la validez o nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación de cuentas (respecto del que finalmente no se estimó la demanda y su nulidad) y a la remuneración del administrador, pues ni uno ni otro quedaron sin efecto ni fueron sustituidos por otros, ni antes ni después de la interposición de la demanda.

4. Sí cabe, sin embargo, estimar el recurso en lo que se refiere al pronunciamiento de costas de la reconvencción impuestas a la demandada en la sentencia apelada; ese pronunciamiento es accesorio del principal (la desestimación íntegra de la reconvencción) y, por tanto, su impugnación se encuentra implícita en el recurso contra esa otra decisión; por lo demás, la materia de costas es netamente procesal y, por tanto, de orden público, pudiendo ser examinada de oficio por el tribunal.

Pues bien, tanto por las dudas ya señaladas sobre el tratamiento procesal de la cuestión de la no impugnabilidad de los acuerdos sociales en el supuesto del ar 204 de la LEC, como por el hecho de que la cuestión planteada en ella procedía al menos respecto de uno de los acuerdos impugnados (el relativo a la autorización a la administradora para ejercer mismo cargo en otra sociedad, que ya había sido dejado sin efecto), lo que puede asimilarse a una estimación parcial de la reconvencción aunque no procediera la petición de terminación del proceso, considera la Sala que no proceda imposición especial de las costas de la reconvencción de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la LEC. Este contempla la condena en el caso de la desestimación íntegra y, aquí y como se ha señalado, se ha venido a admitir una de las pretensiones en las que se fundaba la reconvencción, estimación parcial que lógicamente debe de tener influencia en el pronunciamiento de costas; por otro lado, el mismo precepto dispensa de la imposición en el supuesto de las dudas de derecho, procesales o sustantivas, dudas que se plantean en lo que se refiere al tratamiento procesal de la cuestión objeto de la reconvencción.

CUARTO.- 1. Procede, en definitiva, estimar en parte el recurso y revocar igualmente en parte la sentencia apelada en primera instancia, en concreto en su pronunciamiento que declara la nulidad del acuerdo de la autorización a la administradora adoptado en la junta general ya mencionada, y en el que impone las costas de la reconvencción a la parte demandada.

2. Por otro lado y procediendo la estimación del recurso no procede imposición especial sobre las costas originadas en la segunda instancia, al disponerlo así el art. 398.2 de la LEC.

## FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE: 1. ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, REVOCAR en parte la sentencia apelada, en concreto en su pronunciamiento que declara la nulidad del acuerdo por el que se autorizaba a la administradora de la entidad demandada a ser administradora única de la entidad CENTRO DE GESTIÓN SEMÁN, S.L., y en el que condena a la entidad demandada a las costas de la reconvencción en primera instancia.

2. DESESTIMAR la pretensión de la demanda referida al acuerdo mencionado, de la que absolvemos a la entidad actora, SIN HACER IMPOSICIÓN ESPECIAL sobre las costas originadas en primera instancia con la reconvencción formulada.

3. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.



4. NO HACER IMPOSICIÓN especial sobre las costas devengadas en segunda instancia CON DEVOLUCIÓN del depósito que se haya constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la materia ( art. 249.1. 3º de la LEC ), caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional ( art. 477.3 de la LEC ) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél ( Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC ), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ