



Roj: **SAP B 11292/2018 - ECLI:ES:APB:2018:11292**

Id Cendoj: **08019370152018100738**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **16/11/2018**

Nº de Recurso: **1001/2018**

Nº de Resolución: **768/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120168001627

Recurso de apelación 1001/2018 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 187/2016

Parte recurrente/Solicitante: Luis Alberto

Procurador/a: Sergi Bastida Batlle

Abogado/a:

Parte recurrida: **CINE FOTO FIGUERAS, S.L.**

Procurador/a: Blanca Soria Crespo

Abogado/a:

Cuestiones: impugnación acuerdos sociales. Constitución junta. Representación de incapaz por el tutor.

SENTENCIA núm. 7682018

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Luis Alberto .

Letrado/a: Sra. Caballé.

Procurador: Sr. Bastida.

Parte apelada: **Cine Foto Figueras, S.L.**



Letrado/a: Sra. Alegre.

Procurador: Sra. Soria.

Objeto del proceso: impugnación acuerdos sociales.

Resolución recurrida: sentencia.

Fecha: 22 de junio de 2017

Parte demandante: Luis Alberto .

Parte demandada: **Cine Foto Figueras**, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por Luis Alberto contra **CINE FOTO FIGUERAS SL**, con condena en costas a la parte actora* ".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Luis Alberto . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 8 de noviembre pasado.

Ponente: magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. Luis Alberto interpuso demanda contra **Cine Foto Figueras**, S.L. impugnando los acuerdos sociales adoptados en la junta general de socios celebrada el 5 de octubre de 2015, concretamente, los siguientes acuerdos:

- 1) No aprobar la gestión del órgano de administración.
- 2) El cese del Sr. Luis Alberto en su cargo de administrador y el nombramiento de la Sra. Ana como administradora única de la compañía, quien aceptó el cargo en ese momento.

2. Los motivos en los cuales se fundó la impugnación fueron los siguientes:

A) Vicios o defectos de constitución, en concreto:

- a) Al haber permitido asistir y votar a la junta a la Sra. Ángeles , como tutora de su madre, la cual no contaba con la preceptiva autorización judicial, al amparo del art. 222.41 CCC.
- b) Al no constar que su madre hubiera aceptado la herencia de su padre ni por tanto, ser titular del 60% del capital social.
- c) La mesa no se constituyó correctamente porque sus miembros fueron designados de forma unilateral por la Sra. Belen y no por decisión de la junta general.

B) Por último, porque el acta levantada por el secretario no reflejaba la realidad de lo acontecido en la junta.

3. La sociedad demandada se opuso a la demanda alegando que:

- a) La junta se constituyó correctamente, no necesitando la tutora de ninguna autorización judicial para representar a la incapaz y ejercitar los derechos políticos que le son inherentes a ésta por su condición de socia, al no concurrir ninguno de los supuestos del art. 222.41 CCC. Es más, ninguno de los acuerdos adoptados tenía un contenido patrimonial, sino que se limitaron a la desaprobación de la gestión del antiguo administrador, a acordar su cese y al nombramiento de otro nuevo.
- b) El Sr. Luis Alberto conocía perfectamente que su madre había aceptado la herencia de su padre y que había adquirido el 30% de sus participaciones sociales, por lo que, unidas a las que ella ya tenía, la convertían en la socia mayoritaria con un 60% del capital social. Por ello, la junta se constituyó correctamente con la presencia del 100% del capital social.



c) En cuanto a la constitución de la mesa, no era necesaria ninguna aprobación por parte de la junta, al venir impuesta por Auto de 27 de julio de 2015, dictado por el Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona, al tratarse de una convocatoria judicial.

d) Por último, el acta recoge fielmente lo acontecido durante la junta. El hecho de que el presidente no la acepte no implica la invalidez o ineficacia de los acuerdos adoptados durante la misma.

4. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que no concurre ninguno de los vicios que la demanda invocaba. También consideró que no resultaban admisibles las demás alegaciones hechas durante la sustanciación del proceso por la propia parte actora.

5. El recurso del demandante Sr. Luis Alberto se funda en los siguientes motivos:

a) Error en la valoración de la prueba respecto a los siguientes hechos:

i) Que el Sr. Luis Alberto sabía que su madre había aceptado la herencia de su padre y había adquirido el 30 % del capital social, ya que lo cierto es que nunca había puesto de manifiesto a la sociedad ni el testamento ni la aceptación de la herencia. Resulta irrelevante si el Sr. Luis Alberto sabía que la herencia se aceptó cuando lo relevante es que ese hecho no se comunicó a la sociedad.

ii) En el momento de la constitución de la junta se desconocía si la Sra. Ángeles ostentaba o no la representación y administración de las 30 acciones en cuestión.

iii) El hecho probado 8.º, relativo a un supuesto incumplimiento reiterado de la obligación de convocar junta.

iv) A la solicitud relativa a la presencia de notario.

v) En cuanto a la mención de que no constaba que el Sr. Luis Alberto hubiera mostrado oposición a la constitución de la mesa.

b) Incongruencia *infra petita* en relación con diversas cuestiones a las que la resolución recurrida no ha dado respuesta.

c) Necesidad de autorización judicial para que la tutora pudiera actuar en representación de la titular de las participaciones.

d) Falta de aprobación del acta, por no corresponderse con el contenido de la junta.

SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto

6. La resolución recurrida contiene el siguiente relato de hechos probados:

"1.- La sociedad **CINE FOTO FIGUERAS SL** es una sociedad cerrada y familiar, que se constituyó con carácter indefinido el 20 de enero de 1984, primero como SA y luego se transformó en SL el año 1993 (doc. 1).

"2.- Los socios fundadores de la compañía fueron el Sr. Gregorio, titular del 30% del capital social, su esposa la Sra. Josefina (antes Julieta), titular de otro 30%, y dos de los hijos del matrimonio, el Sr. Luis Alberto, titular del 20% del capital social y su hermano Ismael, titular del 20% restante.

"3.- El Sr. Gregorio falleció el día 20 de febrero de 1994, instituyendo como legítima heredera a su esposa la Sra. Josefina.

*Entre los bienes transmitidos figuraba expresamente en el testamento las 30 acciones que el Sr. Gregorio tenía de la compañía **CINE FOTO FIGUERAS SL**.*

La Sra. Josefina aceptó la herencia relicta el 5 de agosto de 1994, tal como consta en el acta notarial de aceptación de herencia, otorgada ante el Ilustre Sr. Notario de Barcelona, Don FRANCESC TORRENT I CUFÍ (puntos 4º y 5º del doc. 5 de la contestación).

"4.- El Sr. Luis Alberto sabía que su madre había aceptado la herencia de su padre y que había adquirido en consecuencia, el 30% del capital social que le pertenecía a éste (docs. 6 a 10 de la contestación).

"5.- Como consecuencia de ello, la composición accionarial quedó constituida de la siguiente manera: el Sr. Luis Alberto, titular del 20% del capital social, su hermano el Sr. Ismael, titular de otro 20% y la madre de ambos, la Sra. Josefina, como socia mayoritaria con un 60% del capital social (30% por derecho propio y otro 30% por herencia de su difunto esposo, según doc. 9 de la contestación).

"6.- El Sr. Luis Alberto fue administrador de la compañía desde su inicio, primero solidariamente con su padre y a partir de 1997, con su madre, la Sra. Josefina.



"7.- La Sra. Josefina fue incapacitada totalmente por sentencia de fecha 24 de noviembre de 2008, dictada por el juzgado de primera instancia nº 6 de Badalona, quien nombró como tutora, a su hija la Sra. Ángeles (doc. 12 de la contestación).

"8.-Tras incumplir reiteradamente el Sr. Luis Alberto el deber legal de convocar junta general de socios para la aprobación de las cuentas anuales (interrogatorio de la Sra. Ana y testifical del Sr. Ángel Daniel), los demás socios le compelieron extrajudicialmente para ello y ante su negativa, acudieron finalmente a la vía judicial.

"9.- Por auto de 27 de julio de 2015, el juzgado mercantil nº 6 de Barcelona convocó junta judicial de la mercantil **CINE FOTO FIGUERAS SL**, a celebrar el día 5 de octubre de 2015, a las 11 horas, en el domicilio social con el siguiente orden del día:

- 1) *Análisis de las cuentas anuales correspondientes a los cuatro últimos ejercicios.*
- 2) *Análisis de la gestión realizada por el actual administrador, D. Luis Alberto .*
- 3) *Discusión y, en su caso, aprobación del cese del actual administrador de la sociedad.*
- 4) *Nombramiento del nuevo administrador de la sociedad.*
- 5) *Análisis, estudio y decisión de la situación actual de la compañía.*

Con anterioridad al acto de la junta, el socio Sr. Ismael solicitó al administrador la presencia de notario.

"10.- La junta de socios se celebró el día 5 de octubre de 2015, a la que asistió el 100% del capital social. En concreto, comparecieron:

- 1) *El Sr. Luis Alberto titular del 20% del capital social.*
- 2) *La Sra. Belen , en representación del Sr. Ismael , titular del 20% del capital social.*
- 3) *Ángeles , como tutora de Josefina , titular del 60% del capital social.*

Al no haber asistido ningún notario, el Sr. Ismael renunció a tal petición a fin de que la junta pudiera celebrarse igualmente.

"11.- Al inicio de la misma, el Sr. Luis Alberto mostró su oposición a la asistencia a la junta de la tutora Ángeles en representación de la incapaz Josefina por dos motivos:

- 1) *al no constarle que hubiera aceptado la herencia de su difunto marido el Sr. Gregorio*
- y 2) *al carecer de autorización judicial expresa para ello, invocando el art. 222.41 CCC.*

Tales motivos fueron rechazados por el 80% del capital social, por lo que se procedió, acto seguido, a la constitución de la mesa dando cumplimiento al auto de 27 de julio de 2015 , nombrándose como presidente de la junta al socio de mayor edad, esto es, al Sr. Luis Alberto y como secretario, a Doña Belen , aprobado su nombramiento con el voto favorable del 80% del capital social.

No consta en acta que el Sr. Luis Alberto hubiera mostrado oposición a la constitución de la mesa.

"12.- A continuación, se procedió a deliberar y votar sobre cada uno de los puntos del orden del día adoptándose los siguientes acuerdos por la mayoría del capital social (80%), votando en contra el 20% restante (el Sr. Luis Alberto):

- 1) *No aprobar la gestión del órgano de administración.*
- 2) *El cese del Sr. Luis Alberto en su cargo de administrador y el nombramiento de la Sra. Ana como administradora única de la compañía, quien aceptó el cargo en ese momento.*

"13.- Finalizado el acto, se procedió a la lectura del acta en voz alta, firmando todos los presentes en prueba de su conformidad. El Sr. Luis Alberto , si bien firmó el acta, hizo constar expresamente su desaprobación y no dio su visto bueno "por no corresponderse el contenido del acta a lo acontecido en la junta".

TERCERO. Sobre la incongruencia omisiva alegada

7. Se queja el recurrente de que no se haya dado respuesta a todas las cuestiones introducidas en el debate, como la propia resolución recurrida admite que ha hecho. Insiste en que la cuestión de su cese como administrador constituyó un ejercicio abusivo del derecho por parte de la mayoría.

8. Lo que no discute el recurso es la razón por la que la resolución recurrida no ha entrado en las cuestiones a las que está referido este motivo del recurso, esto es, que no fueron causas de impugnación de los acuerdos

aducidos en la demanda sino que fueron introducidos en el proceso de forma extemporánea por la parte. Por consiguiente, el recurso no tiene el menor fundamento en este punto.

El artículo 412 LEC, con el título, "(p)rohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles", dispone:

"1. Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley".

9. El art. 426 LEC regula el régimen de las alegaciones complementarias y de las pretensiones complementarias y, mientras es relativamente permisivo respecto de las primeras, es escrupulosamente restrictivo respecto de las segundas, tal y como se puede deducir de su apartado 3, precepto que dispone:

" Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad".

10. Y, en cuanto al régimen de las alegaciones complementarias, el art. 426.1 LEC dispone:

" En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario".

11. Las alegaciones a las que se refiere el recurso no eran admisibles porque suponían incorporar motivos nuevos de impugnación de los acuerdos. Por consiguiente, nuevas causas de pedir. Por tanto, ni siquiera en el caso de que hubiera existido conformidad de la parte adversa (que no es el caso) hubiera sido admisible introducir en la audiencia previa o en conclusiones nuevas alegaciones que encierran en realidad también nuevas pretensiones de nulidad.

CUARTO. Sobre el presunto error en la valoración de la prueba

12. No creemos que ninguna de las alegaciones que se efectúan en el recurso al amparo de la genérica invocación de error en la valoración de la prueba tenga sustantividad para justificar que el recurso pueda prosperar. El hecho que fundamentalmente discute el recurso es que la sociedad tuviera conocimiento de la aceptación de la herencia de su padre por parte de su madre; y precisa que ni siquiera discute que él personalmente tuviera ese conocimiento sino que el mismo llegara hasta la sociedad.

13. No podemos desconocer que estamos ante una sociedad cerrada, de carácter familiar y tampoco que el Sr. Luis Alberto era, a la vez que hijo de su padre y de su madre, administrador de la sociedad. Por consiguiente, no es aceptable que pretenda escindir en dos apartados su personalidad y el ámbito de su conocimiento (como hijo y como administrador) cuando de lo que se trata es de valorar si un hecho puede tenerse como probado. Por tanto, no resulta admisible que pretenda seguir ignorando que su hermana, en cuanto que tutora de su madre, podía representar en la junta todas las participaciones de las que su madre era titular.

14. Que fuera o no reiterado el incumplimiento del deber de convocar la junta resulta indiferente a los efectos debatidos en este proceso, razón por la que no tiene sentido alguno extenderse en esta cuestión, si bien es incuestionable que la convocatoria de la misma fue judicial, lo que por sí mismo evidencia que el administrador no había atendido las solicitudes de los socios.

15. También resultan completamente irrelevantes las cuestiones a las que se refieren el resto de quejas que se formulan al amparo de este motivo cuando está claro que no cuestiona la validez de los acuerdos por la falta de presencia de notario y cuando las irregularidades que se afirman que presuntamente podría contener el acta tampoco entendemos en qué medida podían viciar los acuerdos. No puede olvidarse que son los acuerdos el objeto de la impugnación, y no el acta, de forma que no entendemos qué puede justificar el empeño en poner de manifiesto presuntas irregularidades del acta que no se traducen en la identificación del contenido de los acuerdos adoptados cuando el acto carece de sustantividad.

QUINTO. Necesidad de autorización judicial para que la tutora pudiera actuar en representación de la titular de las participaciones

16. Insiste el recurrente en su alegación de que la tutora no podía representar en la junta a la incapaz sin contar con la autorización judicial y argumenta que la resolución recurrida, al no considerarlo así, ha infringido un principio general del derecho de acuerdo con el cual no ha de atenderse solo a los actos formales en sí mismos considerados sino a la finalidad de los mismos y en este caso se evidencia que lo pretendido era el cese del



administrador para después proceder a la disolución y liquidación de la sociedad, de manera que el acuerdo puede tener trascendental importancia sobre el patrimonio de la representada.

17. Creemos que el recurso entra en un juicio de intenciones que es ajeno a lo que constituye el objeto del proceso que, no lo olvidemos, se limita a la impugnación de dos acuerdos sociales que se limitaron a desaprobar la gestión de un administrador y a relevar y nombrar a otro distinto. Por tanto, discrepamos que los acuerdos tengan trascendencia sobre el patrimonio de la representada.

SEXTO. Falta de aprobación del acta

18. El recurso alega que, como es de ver por el propio contenido del acta, el presidente (el propio recurrente) no dio su visto bueno a la misma porque estimaba que no reflejaba lo ocurrido en la junta.

19. No podemos compartir con el recurrente que el hecho de que el presidente de la junta mostrara sus discrepancias con el contenido del acta tenga la relevancia que le atribuye el recurso. En nuestra opinión carece de relevancia cuando no se discute lo esencial, esto es, cuál es el contenido de los acuerdos efectivamente adoptados.

SÉPTIMO. Costas

20. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Luis Alberto contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 22 de junio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso y con pérdida del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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