



Roj: **SAP M 14067/2018 - ECLI:ES:APM:2018:14067**

Id Cendoj: **28079370282018100461**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **02/11/2018**

Nº de Recurso: **829/2016**

Nº de Resolución: **507/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28ª (de lo mercantil)

C/Santiago de Compostela, 100, Planta 9 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0009562

Rollo de apelación nº 829/2016

- **Materia** : Impugnación de acuerdos sociales, constitución de la Junta.

- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid

- **Autos de origen** : Juicio ordinario 259/2013

- **Parte Apelante** : CEMOBI SA

Procurador/a: D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla

Letrado/a: D. Jorge Reyes Fanjul

- **Parte Apelada**: Dña. Amalia, Dña. Angelina y Dña. Ascension

Procurador/a: D. Jaime Briones Méndez

Letrado/a: D. Miguel Arriaza Sanjurjo

SENTENCIA nº 507/2018

Ilmos Srs. Magistrados:

D. Gregorio Plaza González

D. José Manuel De Vicente Bobadilla

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 2 de noviembre 2018.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 829/2016, los autos 259/2013, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Jenaro Tejada en nombre y representación de D^a. Angelina , D^a Ascension y D^a Amalia frente a Cemobi, S.A. representado por el Procurador Sr. Ruiz de Velasco, debo declarar y declaro la nulidad de la totalidad de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de la sociedad demandada Cemobi, S.A. en fecha 7 de marzo de 2013, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento; todo ello con expresa codena en costas al demandado."

(2).- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandado y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 27 de septiembre de 2018.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contexto de la controversia en primera instancia.

(1).- Por el Juzgado Mercantil N^o 7 de Madrid se dictó Sentencia en el litigio seguido a instancia de Angelina Y OTRAS, como parte actora, frente a CEMOBI SA, parte demandada, en materia de impugnación de la validez de acuerdos de sociedades mercantiles, para la declaración de nulidad de los mismos. Aquella resolución contiene los pronunciamientos del Fallo siguientes:

(i).- Se estima la demanda presentada y se declara la nulidad de los acuerdos de la Junta general de la sociedad CEMOBI SA, celebrada en fecha de 7 de marzo de 2013.

(ii).- Se imponen las costas a la parte demandada.

(2).- Para sostener dichos pronunciamientos, la Sentencia de la primera instancia se basa, sustancialmente, en los fundamentos y conclusiones siguientes:

(i).- Se ha interpuesto demanda de nulidad de acuerdos sociales, basada en vicios de constitución de la Junta de socios, por la indebida representación de un bloque de acciones; así como, frente al acuerdo de aprobación de cuentas anuales, por infracción de la imagen fiel del patrimonio social, y por infracción del derecho de información. De acuerdo con la fijación de hechos controvertidos, el objeto de la litis quedó reducido solo al defecto de constitución de la junta.

(ii).- Consta en el libro registro la inscripción de 4.204 acciones a nombre de Rosendo , ahora fallecido, las que le pertenecían con la sociedad conyugal de conquista, sin que ese régimen económico haya sido liquidado tras el fallecimiento de aquel. Tampoco se ha repartido la herencia correspondiente a tal socio, entre sus cinco hijos instituidos como herederos. Pese a los litigios sucesorios, no ha sido nombrado administrador alguno de la herencia.

(iii).- De aquellas acciones que pudieran corresponder a la comunidad de conquista, de su régimen económico-matrimonial, no puede atribuirse sin más la titularidad del 50% de ellas a la viuda, quien compareció a la Junta representado el total de ese paquete accionarial. Ni consta por tanto que pueda adoptar la misma decisión alguna sobre actos de administración de la comunidad de propietarios sobre dichas acciones, de acuerdo con el art. 126 TRLSC.

(iv).- Tampoco puede entenderse subsanado dicho error a través de la representación en caso de usufructo, ya que la misma corresponde al nudo propietario, el cual es la herencia yacente de aquel socio.

Objeto del recurso de apelación.

(3).- Por CEMOBI SA se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil N^o 7 de Madrid, en el que insta la total revocación de la misma, y la desestimación de los pedimentos de la demanda. A tal fin, el recurso de apelación se sustenta en los motivos, aquí solo presentados, siguientes:

(i).- Error en la aplicación del Derecho, respecto de las normas de constitución de la Junta de socios.

(ii).- Error en la aplicación del Derecho, en cuanto al efecto de nulidad de la alegada irregularidad de constitución.

(4).- *Oposición al recurso.* Por Angelina Y OTRAS se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la contraria, con petición de desestimación del mismo y confirmación de la resolución recurrida,



por sus propios fundamentos, y con reiteración sustancial en los argumentos expuestos en su escrito de demanda.

Previo: identificación de los argumentos impugnatorios.

(5).- El escrito de recurso entablado por CEMOBI SA no se ordena en concretos motivos de recurso, expuestos sistemáticamente, sino que realiza un análisis párrafo a párrafo de la Sentencia apelada, respecto de cada cual va señalando si está o no conforme, o si lo está en parte, y recoge a veces argumentación que no se dirige a combatir los razonamientos de la Sentencia recurrida. Por ello, respetando el pleno contenido argumentativo del recurso, se examinarán por el tribunal los argumentos de verdadero contenido impugnatorio bajo su sistematización coherente como motivos de recurso.

Motivo primero: examen de validez de concurrencia a la Junta de las acciones pertenecientes a la comunidad postconyugal.

(6).- *Formulación del motivo.* Señala el recurso de CEMOBI SA que ha errado la Sentencia la primera instancia al considerar inadecuadamente constituida la Junta de socios celebrada en fecha de 7 de marzo de 2013, puesto que las 4.204 acciones del capital social de aquella, pertenecientes a la herencia del que fuera socio, Rosendo , sí estaban adecuadamente representadas en tal Junta, de acuerdo con los actos de administración de la comunidad hereditaria.

En tal sentido, el escrito de recurso argumenta que (i).- en el libro registro de socios constaba como titular de las 4.204 acciones, el 45% del capital social, Rosendo , pero tales acciones pertenecían realmente a la sociedad conyugal de conquista, existente entre éste y su esposa, Palmira , de acuerdo con el régimen económico matrimonial existente entre ambos; (ii).- fallecido aquel socio en el año 2005, dicha comunidad conyugal debía liquidarse, para atribuir tales acciones entre el cónyuge superviviente y la herencia yacente del finado. No se ha realizado la liquidación ni de aquella comunidad conyugal, ni la partición de tal herencia, correspondiente a los 5 hijos del matrimonio a partes iguales, por estar instituidos como herederos testamentarios; (iii).- ello supone que dichas acciones pertenecen pro-indiviso al conjunto de aquellos interesados, por lo que para su administración ordinaria se debe estar al art. 398 CC, los acuerdos de la mayoría de cuotas de participación correspondientes a los partícipes; (iv).- como consta documentalmente, por acuerdos de tal mayoría de cuotas le fue concedida la representación del bloque de 4.204 acciones a Palmira , por lo que se deben computar tales acciones para la constitución de la Junta y su voto para la adopción de los acuerdos; y (v).- nada tiene que ver en esta cuestión lo relativo al supuesto usufructo de acciones, equívocamente examinado en la Sentencia apelada.

(7).- *Valoración del tribunal (I): legitimación societaria para el ejercicio de derechos.* De entrada, es necesario dejar sentada una cuestión jurídica importante. Es un hecho simplemente admitido por las partes litigantes que las 4.204 acciones tomadas en consideración para constituir la Junta de socios y para la aprobación de los acuerdos, constan inscritas en el libro registro de socios a nombre de Rosendo . Solo a él corresponderá la plena legitimidad en el ejercicio de cualquier derecho de socio frente a la sociedad, la cual lo reconoce como tal en virtud de la constancia formal en el correspondiente libro de registro. Una vez fallecida esa persona, serán quienes acrediten ser los legítimos sucesores en dicho derecho quienes puedan ejercitar frente a la sociedad los derechos de socio correspondientes a tales acciones.

Por ello, mientras no exista otra inscripción en dicho libro de socios, la sociedad no debería reconocer la validez del ejercicio de derechos de socio correspondiente a otras personas distintas de las señaladas, por mucho que invoque una titularidad civil distinta sobre tales acciones, máxime si está controvertida. En tal sentido, señala la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 66/2016, de 19 de febrero , FFJJ (21) y ss., que:

" (21).- *Valoración de la Sala (I): prevalencia de la legitimación societaria.* Son pues dos los extremos que deben ser analizados: si la Sentencia opta por una doctrina jurisprudencial adecuada, y luego, si la misma está o no respaldada por los hechos que consten en el procedimiento.

(22).- *(Cuestión terminológica) Tanto la Sentencia apelada como el escrito de recurso habla de la dicotomía entre titularidad formal de la condición de socios y la propiedad material de las acciones o participaciones sociales.*

Esa conceptualización que opone lo formal a lo material crea una falsa apariencia sobre el valor de los planos jurídicos donde se debe solventar la cuestión planteada. No es que existiendo una realidad material de algo se pueda optar por una apariencia formal contrapuesta a ella. No se trata de realizar un análisis superficial, formal, de la cuestión. Y así:

La legitimación de la condición de socio, para que éste pueda ejercer sus derechos frente a la sociedad, y ésta quede vinculada con él, no es una cuestión formal, es puramente sustantiva y material.



Su sustantividad pertenece al Derecho de sociedades, y está regida por las normas que materialmente regulan, en todo caso, cómo la sociedad reconoce en determinado sujeto su condición de socio, a los efectos de habilitar su participación en dicha sociedad, lo que depende de la forma en que se hayan emitido los títulos de participación social, nominativos o al portador.

Ello no tiene nada de formal, en términos de aparente, sino que está referido al fondo de la cuestión básica de la relación jurídica entre sociedad y socio, y entre tal socio y el resto de los socios, con intereses implicados en dicha compañía.

Esa relación es pues tan material y sustantiva como la que, conforme al Derecho civil, va a terminar decidiendo entre varios sujetos quién es el verdadero propietario de las acciones o participaciones de que se trate. Pero ambas cuestiones se solventan en parcelas diferentes del Ordenamiento jurídico, la civil y la societaria.

(23).- Al respecto de la disputa entre la titularidad societaria de la condición de socio, y la realidad civil de la propiedad de los títulos de participación en el capital social, debe precisarse que pueden surgir controversias sobre la validez del título jurídico de adquisición de participaciones sociales por parte de un sujeto, de tal forma que se genere una duda sobre si es o no predicable la condición de socio de tal sujeto, a los efectos fundamentales del ejercicio de los derechos propios del estatuto de socio frente a la sociedad de la que aquellas acciones o participaciones representan parte del capital social.

Por tanto, la cuestión fundamental aquí no es tanto el esclarecimiento de la validez de aquellos contratos o negocios de adquisición de acciones o participaciones sociales, lo que atañe a dos sujetos particulares, transmitente y adquirente, como la afectación de tales vicisitudes en la relación con la sociedad, en la que están implicados además los intereses del resto de socios.

Tanto la sociedad misma como los demás socios son por completo ajenos a los negocios jurídicos que sirven de título de adquisición al sujeto adquirente de las acciones o participaciones sociales. Y además, ostentan un legítimo interés sobre el normal desenvolvimiento de la vida interna de la sociedad, la que no puede quedar bloqueada a la espera de la resolución de las controversias sobre la validez y eficacia del título de adquisición de aquel sujeto.

La ponderación de los intereses implicados en tal conflicto, por un lado, los de la sociedad y el resto de socios, y por otro, los del sujeto que se afirma adquirente de las acciones o participaciones, debe ser realizada desde el principio de seguridad jurídica, que reconduce a la doctrina de la objetividad en la titularidad formal o regular de la condición de socio frente a la sociedad, en el momento del ejercicio de los derechos sociales de que se trate.

De acuerdo con tal juicio de ponderación, cuando lo que se trata de examinar, y así ocurre en el presente supuesto, es la validez jurídica de la actuación de la sociedad en el trámite de adopción de los acuerdos sociales, lo relevante es que el procedimiento de adopción de los mismos se haya ajustado escrupulosamente a las normas que configuran el régimen legal de adopción de los acuerdos, con independencia de cuales puedan ser las controversias judiciales pendientes sobre la titularidad formal de las acciones o participaciones sociales.

No es pues exigible a la sociedad que, ante la existencia de tales controversias, adopte bien una posición material sobre el fondo de la misma, para validar una actuación de los socios en el procedimiento de adopción de acuerdos sociales, en contra de las normas que rigen dicho procedimiento, bien que quede paralizada e inerte hasta que se resuelvan dichas controversias.

La sociedad debe continuar el desarrollo de la vida societaria con independencia de aquellas controversias, por lo que el examen de validez de su actuación se contrae al contraste de tal actuación con el respeto de la normativa aplicable, legal y estatutaria, para la adopción de los acuerdos, y no por su fidelidad a una de las posiciones en la controversia sobre la titularidad dominical del capital social, ajena a la propia sociedad.

Así, el AAP de Madrid, Secc. 28ª, de 9 de marzo de 2012 señala que "debemos rechazar que las vicisitudes de un procedimiento en el que se sustancia cualquier clase de controversia sobre la titularidad de las acciones, o la nulidad de determinados actos o contratos relativos a su adquisición, se proyecte sobre los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales. La nulidad de la transmisión de las acciones no despliega sus efectos sobre el régimen legal de la impugnación de acuerdos sociales, régimen especial exclusivamente sometido a lo dispuesto en la legislación societaria. Tampoco el ejercicio de los derechos del socio, y en concreto el ejercicio del derecho de asistencia a las Junta Generales, queda sometido al resultado de cualesquiera procedimientos entablados entre socios, o socios y terceros, sobre la titularidad de las acciones, por que la legitimación para la asistencia e intervención en las Juntas deriva de los presupuestos contemplados en las propias normas societarias, sin que la validez de los acuerdos quede supeditada al resultado de las controversias suscitadas en la relación a la titularidad de las acciones (...)".



En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 1987 indica que "prescindiendo de las consecuencias obligacionales del negocio causal en el orden interno o inter partes, la sociedad viene facultada para desconocer como accionista al adquirente, negándose a inscribirle en el libro registro especial (...) y a conceptuarle legitimado para el ejercicio de los derechos sociales (...)"

No obstante dicha doctrina sobre la diferenciación entre legitimación societaria para ejercicio de derechos propios de la condición de socio y titularidad civil de las acciones o participaciones sociales, en el presente caso especial de CEMOBI SA, sociedad de tipo cerrado y base familiar, ésta reconoce como hecho el fallecimiento del socio inscrito en el libro registro, y como tal, debe proceder a atender a la forma en la que se le presente quien deba representar a la comunidad post conyugal donde dichas acciones del causante, Rosendo, se integran. Por tan razón, en este concreto supuesto, no puede resolverse el litigio por la directa aplicación de aquella doctrina.

(8).- Valoración del tribunal (II): tesis del motivo y conformación de mayoría de cuotas. Debe recordarse que aquel paquete accionarial se integra en la comunidad post conyugal, no liquidada, que se conforma entre la viuda del causante, Palmira, y la comunidad hereditaria de aquel, integrada por sus cinco hijos. Por tanto, esa comunidad post conyugal está integrada por dos partícipes, el cónyuge supérstite y la comunidad hereditaria. Igualmente debe recordarse que la comunidad así conformada es de tipo romano, arts. 392 CC, pero respecto de tal titularidad de los bienes y derechos integrados en ella, existe una comunidad germánica, sin atribución de cuotas concretas sobre cada bien o derecho. En tal sentido, y por dicha causa, la STS nº 248/2018, de 25 de abril, FJ 4º.1, recuerda que "Cuando la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la comunidad se presenta como un acto previo necesario para fijar el haber partible, integrado por los bienes privativos y los que correspondan al causante en virtud de la liquidación de la comunidad". En este mismo sentido, la STS nº 603/2018, de 10 de noviembre, FJ 4.2, indica que "la llamada "comunidad postganancial", existente desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación, carece de regulación en el Código Civil, pero esta sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el régimen aplicable a este patrimonio del que son titulares, según los casos, los cónyuges o excónyuges o el viudo y los herederos del premuerto. Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales (sentencias 754/1987, de 21 de noviembre, 547/1990, de 8 de octubre, 127/1992, de 17 de febrero, sentencia 1213/1992, de 23 de diciembre, 875/1993, de 28 de septiembre, 1258/1993, de 23 de diciembre, 965/1997, de 7 de noviembre, 50/2005, de 14 de febrero, 436/2005, de 10 de junio".

Se trata ahora, como ya se señaló, de determinar cómo se otorga la representación de la comunidad postconyugal donde están integradas las acciones en cuestión, las que no pueden ser atribuidas en concreto a ninguno de los partícipes de esa comunidad hasta que no se realice su liquidación y partición, ni por porcentajes siquiera, ya que no existe una copropiedad sobre cada uno de los bienes o derechos. Para determinar la forma de otorgar la representación de la comunidad postganancial se ha de estar a las normas aplicables.

En primer término, la jurisprudencia descarta que sea aplicables este tipo de comunidad post conyugal las normas relativas a comunidad del régimen económico matrimonial que resultará aplicable, por haberse extinguido precisamente el mismo, entre las que se incluyen las correspondientes al sistema de representación unilateral propio de la comunidad de conquistas. En tal sentido, STS nº 50/2005, de 14 de febrero, FJ 1º, "El motivo primero acusa infracción del art. 1.384 Cód. civ. Se fundamenta en que la sociedad de gananciales en liquidación hasta el momento en que la misma se practique, es una masa de bienes cuya titularidad corresponde, si la disolución de la sociedad ha ocurrido por muerte de uno de los cónyuges, al supérstite y a los herederos del fallecido, y no recae sobre cada uno de los elementos integrantes de la masa patrimonial. Se citan al efecto las sentencias de esta Sala de 25 de febrero de 1.997 y 23 de diciembre de 1.993, además de las opiniones doctrinales concordantes con la tesis expuesta. Por ello sostiene la recurrente que la Audiencia no debió aplicar el art. 1.384 a una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, porque han dejado de serle aplicable las normas de tal sociedad, rigiéndose en lo sucesivo por las de la comunidad de bienes. El motivo se estima, porque es errónea la aplicación del art. 1.384 para afirmar que el cónyuge supérstite es titular de las 420 acciones que suscribió y no se le puede negar el derecho de voto que de tal titularidad se desprende. Dice el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida: "... establecida legalmente una individualización de titularidad sobre un tipo concreto de bienes – dinero y títulos valores–, no existe razón para que tal sistema, que en definitiva presupone una afección de parte del caudal ganancial a un concreto cónyuge, no siga vigente en el período que media entre disolución y liquidación, vigencia que en la práctica es difícil negar respecto al dinero, no existiendo motivo sólido que permita adoptar otro criterio en cuanto a los títulos valores –en este caso acciones– de la que es titular el cónyuge supérstite". Tal interpretación del art. 1.384 se rechaza, porque el mismo no atribuye ninguna titularidad al cónyuge a cuyo nombre figuran las acciones de naturaleza ganancial. Es una norma de protección



del tráfico, que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el art. 1.375. En otras palabras, en una excepción al mismo, como el precepto citado reconoce. Así las cosas, es claro que sólo se aplicará el art. 1.384 cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, no cuando se haya disuelto. Así lo interpretó esta Sala en la sentencia de 31 de diciembre de 1.998 ".

Por ello, se ha de aplicar el régimen del art. 398 CC, sobre la forma de adopción de actos de administración, entre los que se encuentra el otorgamiento de la representación de la comunidad post conyugal, que vendrá fijado por la concurrencia de la mayoría de cuotas y, a falta de tal acuerdo, por decisión judicial sobre nombramiento de un administrador.

Sobre ello, el recurso de CEMOBI SA entiende que existe una comunidad de bienes integrada tanto por Palmira , titular del derecho a la mitad de cuota indivisa de la liquidación del régimen económico matrimonial, y los herederos de Rosendo , a cuya herencia pertenece la otra mitad indivisa de aquella cuota que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal de conquista, la que correspondía al causante. Siguiendo esa línea de pensamiento, se concluye en el recurso que la concurrencia de la voluntad de Palmira , titular de la mitad de dicha comunidad, y de dos de sus hijos, coherederos, representan la mayoría de intereses de tal comunidad para adoptar las decisiones de administración de tal grupo de acciones, lo que incluye el ejercicio de los derechos sociales atribuibles a las mismas.

Ese argumento parte de entender que tal comunidad de bienes y derechos, postconyugal, está integrada directamente por 6 partícipes, la madre, titular del 50%, y los 5 hijos, titulares del 10% cada uno de ellos. De ese modo, la voluntad concurrente de la madre y de dos de los hijos otorgaría una amplia mayoría de intereses de dicha comunidad para realizar el acto de administración consistente en conceder la representación ante CEMOBI SA de las acciones pertenecientes a la comunidad postconyugal, a favor de la madre.

En cambio, la tesis de Angelina Y OTRAS consiste en sostener que dicha comunidad tiene realmente dos partícipes, de un lado, el cónyuge supérstite, y de otro, la comunidad hereditaria formada por los herederos. Por tanto, para darse la mayoría de intereses, debería concurrir la voluntad de cada uno de tales partícipes, el cónyuge viudo, de una parte, y de la comunidad hereditaria, de otra. En esta última, a su vez, para expresar la voluntad del acto de administración de que se trate habrá de reunirse internamente la conformidad de la mayoría de los partícipes, 3 de 5, ya que lo son a partes iguales. Una vez alcanzada dicha conformidad, ésta se adicionaría a la de la otra partícipe en la comunidad relativa a la sociedad post conyugal no liquidada. Además, como el cónyuge supérstite tiene también un derecho de usufructo sobre parte de la herencia, éste también está integrado en la comunidad hereditaria, por la titularidad de tal derecho. Pero, bajo esta tesis, ni aún adicionando el interés comunitario que supone tal derecho de usufructo a las cuotas de los dos hermanos, se podría superar la oposición de las tres hermanas, que gozan de una amplia mayoría de cuotas en esta comunidad hereditaria.

(9).- Entiende el tribunal que se trata de una cuestión jurídica muy delicada, con argumentos jurídicos bastantes para sostener con solvencia ambas posturas, las que ofrecen justamente un resultado contrapuesto en la respuesta que haya de darse en este caso.

El tribunal se decanta por la tesis que entiende que la comunidad postconyugal, generada por el fallecimiento de uno de los cónyuges, está conformada por los partícipes individualmente considerados llamados a la herencia del fallecido, junto con el cónyuge supérstite, y no por dos partícipes, este cónyuge y la comunidad hereditaria del fallecido, para la cual la participación en dicha sociedad postconyugal sería en tal caso, a su vez, un derecho incluido en tal comunidad hereditaria. Ha de entenderse que la integración en dicha comunidad postconyugal se produce de forma directa para cada individuo que adquiere el derecho de participación en la misma, cualquiera que sea el título de adquisición, incluso cuando tal título provenga a su vez de la integración de dicho sujeto titular en la comunidad de bienes a la que pertenecerá el derecho adquirido. Además, derivadamente, esta forma de entender la conformación de la base subjetiva de la sociedad postconyugal permite respetar de una forma más fiel al espíritu del art. 398 CC, la formación de mayorías para la realización de actos de administración.

Por tanto, ha de reconocerse la plena validez del acto de administración consistente en otorgar el poder de representación frente a la sociedad CEMOBI SA de las acciones titularidad del cónyuge fallecido, integradas en la comunidad postconyugal, a favor de Palmira , por el acuerdo de voluntades entre ésta, titular del 50%, y de dos de los hijos, titulares cada uno de ellos de un 10%, según lo que resulta de lo recogido documentalmente en los f. 72, vuelto, y 73 de los autos. En ellos, lo que se recogen son las declaraciones de Palmira , también administradora única de CEMOBI SA, y dos de sus hijos, Alexander y Jesus Miguel , sobre la administración de las acciones, relativa al ejercicio de los derechos de voto.



Motivo segundo: test de resistencia sobre la validez del quorum de constitución de Junta y mayorías de adopción de los acuerdos.

(9).- *Formulación del motivo.* Indica el recurso de CEMOBI SA que aun cuando no se computasen las citadas 4.204 acciones como representadas en la Junta objeto de impugnación, sí se habría igualmente alcanzado el necesario quorum para la válida celebración de la Junta, y la de votos favorables para la aprobación de los acuerdos propuestos, de modo que no podría declararse la nulidad de los acuerdos, o de la celebración de la Junta misma, incluso si se diese por estimada la irregularidad alegada en la representación de aquellas acciones.

(10).- *Valoración del tribunal: cuestiones nuevas en apelación.* De un lado, del propio contenido del motivo, se tiene que concluir que su formulación es subsidiaria respecto del motivo de recurso anterior, pues la alegación del test de resistencia solo operaría ante la apreciación de un defecto de constitución de la Junta y quorum de aprobación de acuerdo. Tal subsidiariedad conduciría ya de por sí la innecesidad de continuar con el análisis de este motivo de recurso, dada la estimación del preferente.

Pero es que además, la controversia sobre la concurrencia o no del test de resistencia en este supuesto no fue objeto de la primera instancia, ya que en la contestación a la demanda, formulada por CEMOBI SA [f. 131 a 159 de los autos], no se contiene mención alguna a tal cuestión, que por tanto no fue objeto de análisis por la Sentencia de la primera instancia. De hecho, esto no fue alegado en la contestación a la demanda porque la única tesis ahí defendida es que se había respetado escrupulosamente todas las normas de constitución de la Junta, por la validez en la representación otorgada para ejercer los derechos políticos societarios correspondientes a las 4.204 acciones señaladas.

Debe recordarse que los actos procesales de alegación inicial, esto es, la demanda para la parte actora, y la contestación para la parte demandada, implican para los litigantes la imposibilidad posterior de alteración, modificación o ampliación con argumentos fácticos o jurídicos de aquellos planteamientos iniciales, durante el curso del proceso, como efecto de la litispendencia, art. 412.1 LEC, cuando se trata de argumentos o cuestiones esenciales para el debate del objeto del proceso. Es la denominada prohibición de "*mutatio libelli*".

Este mismo principio sigue rigiendo en la determinación del objeto procesal de la segunda instancia. Así, en el sistema procesal español opera la denominada apelación limitada, que impide suscitar cuestiones nuevas que no fueron objeto debidamente introducido en la primera instancia. Cuando se habla, respecto al recurso ordinario de apelación, de *novum iudicium* no se hace referencia a una apelación plena que permita ampliar el ámbito de la segunda instancia, sino de un nuevo conocimiento respecto del asunto tal y como se conformó anteriormente en la primera instancia, *revisio prioris instantiae*, el cual ya no puede ser ampliado, aunque sí reducido, *tantum devolutum quantum appellatum*, lo que autoriza a limitar el nuevo conocimiento del asunto en apelación a los aspectos del objeto procesal únicamente recurridos por las partes, y no abrir la revisión a todos.

La segunda instancia se configura por tanto, con algunas salvedades muy restringidas en la aportación de material probatorio y de nuevos hechos, como una *revisio prioris instantiae*, en la que el tribunal superior tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador *a quo*, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, siempre con la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de conocer extremos que hubieran sido consentidos (*sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010*, entre otras muchas).

Así pues, la alegación en este punto deducida por CEMOBI SA en apelación no fue articulada oportunamente en la primera instancia, por lo que no pasó a conformar el objeto del proceso en tal instancia, el cual se presenta cristalizado para la segunda, por lo que no puede admitirse su inclusión en esta instancia, al haber aparecido en ella como una cuestión nueva, lo que determina su rechazo.

Impugnación implícita de sentencia, deducida por Angelina Y OTRAS .

(11).- *Formulación.* La Sentencia de la primera instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta por Angelina Y OTRAS, de manera que en puridad dicha parte actora carecía de toda legitimación para apelar o impugnar tal resolución, al no padecer gravamen alguno proveniente de la misma. No obstante, toda vez que dicha Sentencia se atuvo exclusivamente a analizar la alegación de defecto de convocatoria de la Junta de socios, la que estimó, no le fue necesario ya abordar otras causas de invalidez de los acuerdos sociales adoptados en tal Junta de socios de CEMOBI SA, que quedaron por tanto imprejuzgadas.

Ante ello, con excelente técnica procesal, por Angelina Y OTRAS se deduce una impugnación implícita en su escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, para el caso de que prosperen los motivos de tal apelación, a fin de traer al tribunal *ad quem* la controversia sobre aquellos otros argumentos aducidos en demanda sobre la invalidez de los acuerdos, no examinados en la primera instancia.



(12).- Pese a que el FJ 1º, pf. 2º, de la Sentencia apelada señala que la controversia litigiosa quedó limitada a la cuestión de la válida constitución de la Junta de socios, lo cierto es que de ninguna actuación de Angelina Y OTRAS puede desprenderse tal cosa, ni documentalmente en los autos, ni por la actuación del abogado director de la parte en el acto de Audiencia Previa, donde todo lo más, la parte actora estuvo conforme en que se trataba de cuestiones jurídicas y que la única prueba relevante era la documental [vd. min. 06:00" a 07:55" del soporte audiovisual de grabación del acta de dicha Audiencia Previa].

(13).- En el escrito de oposición al recurso, formulado por Angelina Y OTRAS, se señala que se mantiene la objeción a la aprobación del acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales de infracción del derecho de información del socio, art. 197 TRLSC, al no habersele concedido documentación pedida y necesaria sobre los soportes documentales de partidas contables recogidas en las cuentas anuales ni permitido el acceso al Libro Mayor ni al Libro Diario.

(14).- *Hechos relevantes.* Con carácter previo a examinar los argumentos jurídicos sobre la validez del acuerdo 1º, aprobación de cuentas anuales, dimanante de la Junta, es conveniente precisar los hechos relevantes a tal fin. En tal sentido:

1º.- Durante el desarrollo de la Junta de socios de CEMOBI SA, celebrada el día 7 de marzo de 2013, llegado el debate sobre el primer punto del orden del día, " examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales, así como propuesta de aplicación del resultado correspondiente al año 2011", antes de su votación, tomó la palabra Daniela , quien asistía en representación de las socias Amalia y MARÍA Ascension , para " hacer constar en acta (...) las puntualizaciones que constan en el documento que bajo el número 5 ha sido incorporado a la presente, a solicitud de la misma, y que ésta procede a leer en alta voz a los presentes" [f. 43, vuelto, de los autos, doc. nº 3 de la demanda, copia simple del acta notarial de la Junta].

2º.- Adjuntado a tal acta notarial de la Junta, como documento nº 5 de la misma, obra una nota, la que a este respecto señala: " las accionistas han tenido a su disposición el Informe de Auditoria y las cuentas anuales acompañadas al mismo, pero no se les ha facilitado en ningún momento los libros contables, tales como el Libro Mayor y Libro Diario, ni los soportes documentales de las operaciones concretas que se incluyen en las cuentas, por lo que desconocen dichas operaciones y la realidad y circunstancias de las mismas. Este mismo inconveniente ha sido puesto de manifiesto por los Auditores de las cuentas que han formulado las salvedades que enumeran en los puntos 2 a 6 del apartado I de su informe, que son de tal entidad que deberían haber dado lugar al rechazo de las cuentas y su devolución a la Administradora para que volvieran a ser formuladas en forma (...). Asimismo, no se comprende la asignación mensual que recibe esta socia y que supuso ni más ni menos que 144.000€ en el ejercicio 2010 y otro tanto en 2011. ¿A qué obedece esa retribución?. En la Memoria se justifica como "prestación de servicios", pero se desconocen cuáles son en concreto esos servicios, máxime cuando el cargo de Administrador lo asumió en marzo de 2011, y ya en el ejercicio anterior cobró dicha remuneración. Además, el cargo de Administrador no es remunerado (...). Además de los préstamos a Dª Palmira tampoco resultan justificados los realizados a sociedades vinculadas como Inmoaltaneu SL y Bella Almería Siglo XXI SL solicitándose en este acto formalmente a la Administradora que aporte la documentación soporte de dichas operaciones. Por otra parte, interesamos conocer cuándo y cómo se liquidó el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por la concesión de dichos préstamos. En cuanto a los préstamos a Wood Tradeland Comercio de Madeiras LTDA, solicitamos se facilite el soporte documental del mismo a fin de conocer las condiciones y finalidades de dicho préstamo. Lo mismo se interesa en cuanto a Proyecto Ilheus. (...) Por lo que respecta a la mención en el Informe y en la Memoria abreviada se hace a la condena en costas como consecuencia de la sentencia desfavorable obtenida por Cemobi y Dª Palmira solicitamos expresión a acerca de su pago, como se va a asumir y en qué proporción (...). Por último, y cerrándonos en el Balance de Situación y en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, solicitamos aclaración sobre los siguientes extremos: Prima de emisión (reflejada en el Balance) ¿qué socio la suscribió? ¿en qué año? ¿con qué objeto? ¿por qué no se hace mención en la memoria?. Gastos de Personal: no se indica en la memoria a qué concepto responden ni quien los percibe ¿la única empleada de Cemobi es Dª María Luisa ? (...) Otros gastos de explotación: punto 7 de la cuenta de pérdidas y ganancias. No aparece ninguna mención en la Memoria pese a la importancia de la esta partida, al a vista de su importe. Solicitamos se informe si esta partida se corresponde con pérdida por deterioro de inversiones financieras, con participaciones en el capital de otras sociedades o con beneficios para la reversión de dichos deterioros " [f. 74 y 75 de los autos].

3º.- Finalidad la lectura de dicho documento, tomó la palabra el presidente de la Junta, y señaló al respecto de ello, que " la información suministrada a los socios es exhaustiva y cumple con creces el derecho de información de los mismos indicando que este año no han solicitado preguntas previas a la Junta y si consta que las han formulado se responderán en correcta forma" [f. 43, vuelto, de los autos].

4º.- Con posterioridad a la celebración de la Junta, por CEMOBI SA se hizo llegar un documento a los socios peticionarios de información, en el que se señala que " 1.- entendemos que la información suministrada para



la Junta cumple con creces la obligación del órgano de Administración debida a los socios y que con la misma todos los socios han podido ejercer su derecho a ser informados. 2.- De toda la documentación facilitada y enviada a los socios se desprende la realidad tanto patrimonial como financiera de la empresa y en la Memoria viene reflejada y explicada la totalidad de las preguntas y objeciones solicitadas. 3.- En cuanto a los créditos concedidos a D^a Palmira no existe ninguna discriminación con el resto de los socios (...) En cuanto al detalle de las condiciones de los préstamos se describen en la página 26 de la Memoria. En cuanto a la prestación de servicios profesionales realizados para el funcionamiento y gestión de la sociedad por doña Palmira se remite a la Memoria incluida en las Cuentas Anuales. 4.- En cuanto a los préstamos concedidos a Inmoaltaeu SL, Bella Almería Siglo XXI SL así como a Wood Tradeland Comercio de madeiras LTD y Proyecto Ilheus, vienen totalmente reflejados en las cuentas anuales y explicados con todo detalles en la Hoja nº 26 de la memoria. No se ha realizado la liquidación del ITP y AJD por los préstamos citados. 5.- En cuanto a la condena en costas como consecuencia de la sentencia desfavorable obtenida por Cemobi y Doña Palmira, así como los posibles cargos procesales, su cumplimiento se adecua al texto de la sentencia, al Ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia (...). 6.- en cuanto a la pregunta sobre la prima de emisión no procede la misma, ya que ustedes conocen y les consta sobradamente la respuesta (...) " [f. 106 y 107 de los autos].

(15).- Valoración del tribunal. No todos los reproches sobre la infracción del derecho de información deducidos en la demanda de Angelina Y OTRAS resultan asumibles. Así, respecto del denominado derecho de información documental respecto de la propuesta de acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales, art. 272 TRLSC, tal derecho no alcanza en el seno de las sociedades anónimas, tal cual es CEMOBI SA, al examen de los libros contables ni de los soportes documentales a los que respondan los asientos contables.

Igualmente, respecto de la solicitud de información por Angelina Y OTRAS sobre ciertos apuntes de las cuentas anuales, en particular, sobre la realidad de los préstamos realizados a Palmira y a otras sociedades, Inmoal Taneu SL, Bella Almería Siglo XXI SL..., en la pg. 26 de la Memoria abreviada se contiene una información precisa sobre el origen y cuantía de tales préstamos, sus condiciones financieras, y si existe o no documentación de cada uno de ellos. Igualmente, cuando se contestó por escrito por CEMOBI SA con posterioridad a la Junta, se expresó que no se habían liquidado impuestos, por lo que no podían mostrarse documentos de liquidación alguna sobre ello.

En este mismo sentido, sobre gastos de personal, la propia Memoria, en su pg. 40, deja constancia de que la sociedad cuenta con una única trabajadora, cuya categoría es la de auxiliar administrativo.

No obstante, fuera de ello, la Memoria no da información explícita ni suficiente sobre los gastos de explotación, por 696.860€, donde se limita a volver a citarlos, y a hablar de "gastos excepcionales" donde se imputan a "cobro por parte de Palmira como consecuencia de juicio y devolución de IS de la Hacienda Foral de Guipúzcoa de ejercicios anteriores a 2006 que se habían regularizado en la contabilidad"; ni sobre la percepción anual de 144.000€ por Palmira, donde se señala tan solo que "realiza una prestación de servicios mensual", sin mayor especificación ni concreción. Pedida información sobre tales extremos en el acto de la Junta de socios, así como sobre el cargo por condena en costas de otro proceso frente a Palmira, junto con la sociedad, no colma dicha solicitud la pura remisión a esa memoria, o directamente a la cita del Ordenamiento jurídico que hace el documento emitido por la administración social de CEMOBI SA con posterioridad a dicha Junta. Todo ello máxime cuando, de un lado, el cargo de administrador social desempeñado por Palmira es gratuito, y de otro lado, ante las reservas expresadas en el Informe de Auditoría, sobre ciertas lagunas de información respecto de determinados apuntes contables [vd. f. 49, vuelto, y 50].

Cuando aquella petición de información por las socias se refiere a la prima de emisión, si la contestación de CEMOBI SA es que no se responde pregunta alguna al respecto porque tales accionistas ya conocían la respuesta, ante la negativa de tal afirmación por éstas, la sociedad tiene que estar en disposición de acreditar en el proceso que en efecto no era necesaria información alguna sobre tal extremo por conocer del mismo las peticionarias. Nada ha acreditado de ello en este litigio tal sociedad.

En tal escenario, y una vez discriminada entre toda la información pedida, la no facilitada y su relevancia, ha de entenderse conculcado el derecho de información de las accionistas, art. 197 TRLSC, lo que conlleva la declaración de nulidad del acuerdo aprobatorio de cuentas anuales y el de aprobación del resultado, tributario del anterior.

Costas de la primera instancia.

(16).- Toda vez que tan solo se anula el primer acuerdo del orden del día, cuando el objeto de la demanda de Angelina Y OTRAS era obtener la declaración de invalidez del acto mismo de celebración de la Junta y la nulidad de todos los acuerdos adoptados, se está ante una estimación parcial de la demanda, por lo que conforme al art. 394.2 LEC, no procede imposición en costas de la primera instancia.

**Costas de la apelación.**

(17).- Dispone el art. 398.2 LEC, en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos para el supuesto de su acogimiento, aún parcial, que " *En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes*".

En atención a la estimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por CEMOBI SA, no procede a imponer las costas del recurso.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por CEMOBI SA frente a la Sentencia de fecha 1 de julio de 2016, del Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario n° 259/2013 de tal Juzgado, y parcialmente la impugnación deducida por Angelina Y OTRAS frente a tal resolución.

II.- Revocamos la citada Sentencia de fecha 1 de julio de 2016, y en su lugar realizamos los siguientes pronunciamientos:

1º.- Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por Angelina Y OTRAS, exclusivamente para declarar la nulidad del acuerdo primero adoptado en la Junta de socios de CEMOBI SA, celebrada en fecha de 7 de marzo de 2013, relativo a la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio de 2011 y aplicación de su resultado.

2º.- Declaramos que no procede imposición de condena en costas de la primera instancia a ninguna parte procesal.

III.- Declaramos que no procede imposición de condena en costas de la segunda instancia para ninguna parte procesal.

IV.- Acordamos la devolución del depósito realizado, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

Modo de impugnación.- Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de modo conjunto, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.