



Roj: **SAP M 2916/2013 - ECLI:ES:APM:2013:2916**

Id Cendoj: **28079370282013100044**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **15/02/2013**

Nº de Recurso: **3/2012**

Nº de Resolución: **44/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

MADRID

SENTENCIA: 00044/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 3/2012

Materia: Sociedades. Impugnación de acuerdos sociales.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 676/2009

SENTENCIA Nº 44/2013

En Madrid, a 15 de febrero de 2013

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 3/2012, los autos del procedimiento ordinario número 676/2009, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual fue promovido por IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL, PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL y D. Edmundo contra ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de impugnación de acuerdos sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, la Procuradora Dª. María Dolores Arcos Gómez y el Letrado D. David Retamar De Blas por ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA como parte apelante, y la Procuradora Dª Paloma Ortiz Cañabate Levenfeld y el Letrado D. José León Solís por IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL, PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL y D. Edmundo , como parte apelada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 5 de agosto de 2009 por la representación de IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL, PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL y D. Edmundo contra ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia por la que:

" se declare nula la Junta de Accionistas de la Sociedad celebrada el 30 de Junio de 2.009 y como consecuencia de ello, la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la misma; y con carácter subsidiario, la anulabilidad de



la constitución de la Junta por defectuosa formación de la misma, y en base a ello, la anulabilidad de todos los acuerdos adoptados en la misma; todo ello con la expresa imposición de las costas".

SEGUNDO.- Tras seguirse el proceso por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 26 de julio de 2010 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda seguida a instancia de la mercantil IBERFUNUS SERVICE, S.L., de la mercantil FUNANTIA SERVICES, S.L., de la mercantil PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS, S.L., y de D. Edmundo , representados todos ellos por la Procuradora Sra. Ortiz-Cañavate Levenfeld y asistidas del Letrado D. José León Solis; contra la mercantil ASOCIACIÓN EUROPEA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., representada por el Procurador Sr. Arcos Gómez y asistida del Letrado D. David Retamar de Blas; debo:

- 1.- declarar la nulidad de la Junta de accionistas celebrada por la sociedad demandada en fecha 30.6.2009;
- 2.- la nulidad de todos los acuerdos adoptados por la sociedad demandada en Junta de 30.6.2009;
- 3.- imponer las costas de esta instancia a la parte demandada;

Firme la presente Resolución, de conformidad con el art. 208 TR de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010), INSCRÍBASE la presente Sentencia en el Registro Mercantil, procediéndose a la CANCELACIÓN de los acuerdos inscritos declarados nulos; así como de los asientos posteriores que resulten contradictorios con esta Sentencia".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 14 de febrero de 2013.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre los términos del litigio.

La parte demandante interesó la nulidad de la totalidad de los acuerdos sociales adoptados en el seno de la junta general de la entidad ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, celebrada el 30 de junio de 2009, porque se habría negado injustificadamente a las entidades IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL, PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL, en su condición de socias de aquélla, el derecho a asistir y participar en dicho acto.

El juez de lo mercantil estimó la demanda, al considerar indebidamente denegada la asistencia, mediante representación, de las entidades demandantes a la referida junta.

ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, disconforme con tal resolución judicial, plantea contra ella apelación, en la que reitera la excepción procesal que opuso frente a la representación en juicio de dos de las entidades demandantes; reclama además un reexamen de la prueba practicada para alcanzar una comprensión de los hechos distinta de la que se señala por el juzgador; pide, asimismo, una revisión de la aplicación de las normas jurídicas invocadas en la sentencia pelada (en concreto de los artículos 106 y 128 del TRLSA , además del artículo 94 del RRM), que en su opinión debieron conllevar la desestimación de la demanda; solicita, en su caso, la habilitación de un trámite subsanatorio para que las demandantes incorporen al acta de la junta el sentido de su voto; y suplica, por último, que, cuando menos, no se le impongan las costas por las serias dudas de derecho que considera que habrían de apreciarse en el asunto litigioso.

Significamos que pese a que ya se hayan integrado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las citas legales que efectuaremos todavía vienen referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) y al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que son los cuerpos legales que, con las reformas correspondientes, resultan aplicables para resolver este litigio.

SEGUNDO.- Sobre la excepción de índole procesal.



La apelante insiste en esta segunda instancia en la excepción que ya le desestimó el juez de lo mercantil, por la que se aducía que la representación procesal de dos de las entidades demandantes, IBERFUNUS SERVICE SL y FUNANTIA SERVICE SL., sería defectuosa, porque el poder para pleitos a favor del procurador lo habría otorgado en nombre de las mismas D. Roque , sin que éste tuviese inscrito el cargo de administrador de las mismas en el Registro Mercantil.

La excepción fue correctamente rechazada, pues, como luego reseñaremos con mayor detalle, D. Roque fue nombrado administrador único de IBERFUNUS SERVICE SL y de FUNANTIA SERVICE SL en juntas generales universales de dichas entidades celebradas con fecha 13 de septiembre de 2006, como consta en la documentación obrante en autos. Es por ello que ostenta la representación legal de dichas entidades (artículos 62 de la LSRL y 128 del TRLSA), siendo válido el poder para pleitos por él otorgado en nombre de las mismas y suficiente para la actuación en juicio (artículo 7.4 de la LEC). El nombramiento para el cargo de administrador surte efecto desde el momento mismo de su aceptación (artículos 58.4 de la LSRL y 125 del TRLSA), sin que la inscripción del mismo, aunque resulte preceptiva (artículo 94.1.4º del RRM), tenga efectos constitutivos, por lo que incluso sin ella el nombramiento resultaba plenamente operativo. No cabe, por lo tanto, tratar de negarle la posibilidad de actuar por las mencionadas sociedades.

TERCERO.- Sobre los hechos que constituyen el sustrato fáctico del litigio.

Los hechos relevantes para la resolución de la presente contienda, que resultan todos ellos, a excepción de los tres últimos, del acta notarial que obra a los folios nº 36 a 103 de autos, son los siguientes:

1-Las entidades IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL y PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL son socias de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA ostentado en 2008 un porcentaje de participación en el capital social de 2,049, 2,049 y 0,565 %, respectivamente.

2-El consejo de administración de la sociedad ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA convocó junta general extraordinaria de accionistas para el día 30 de junio de 2009 con el objeto del examen y aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2008, de la propuesta de aplicación de resultado y la censura de la gestión social.

3-Constituida la mesa de la junta, que era presidida por D. Aquilino , se rechazó por éste la documentación que presentaba D. Esteban , que aportó escritos de delegación de IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL y PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL, que trataban de concurrir como socias de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, que se hallaban firmados por D. Roque . El motivo que se adujo por el presidente fue que el Sr. Roque no tenía poderes según el Registro Mercantil, exhibiendo aquél fotocopia de nota registral para su unión al acta notarial de la junta.

4-Ante dicha situación compareció en la sala D. Paulino , hijo del Sr. Roque , al objeto de que se le admitiera a él la actuación como representante, lo que también fue rechazado por el presidente de la junta aduciendo que no acreditaba la representación de las sociedades accionistas.

5-El presidente de la junta pidió a las mencionadas personas que abandonaran la sala y procedió a celebrar la junta, con un quórum del 71,897 % de asistencia, en la que se aprobaron los acuerdos previstos por unanimidad, sin que ningún socio tomase la palabra durante la misma, limitándose a votar a favor de la aprobación de las propuestas.

6- D. Roque fue nombrado administrador único de IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL y PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL en juntas generales universales de dichas entidades celebradas con fecha 13 de septiembre de 2006, en los dos primeros casos, y el 1 de febrero de 2005, en el tercero, según consta en las correspondientes escrituras públicas incorporadas a los folios 104 a 120 de autos; asimismo, D. Paulino dispone de poderes especiales para la representación de las sociedades IBERFUNUS SERVICE SL y FUNANTIA SERVICE SL otorgados a su favor, el 27 de diciembre de 2006, por D. Roque en calidad de administrador único de dichas entidades.

7- se ha venido permitiendo a las socias IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL y PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL asistir a juntas precedentes (en concreto las de 29 de diciembre de 2006 - folios nº 160 de autos y dorso del n 167- y de 19 de octubre de 2007 - folios nº 180 y 183 vuelto de autos) de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, valiéndose de la representación otorgada por el Sr. Roque a sus hijos los señores Paulino para actuar, según el caso, por cada una de las mencionadas entidades.

8- asimismo se había remitido correspondencia (de fecha 16 de julio de 2008 -folio nº 250 de autos) y diversos faxes (de fechas 28 de julio y 29 de julio de 2008 - folios nº 251 y 254 de autos) por parte de la entidad demandada ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, suscritos incluso por el Sr. Aquilino , a los señores Roque Paulino en relación con diversas actuaciones relativas al giro social de ASOCIACIÓN



EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en su condición de representantes de las entidades demandantes IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL y PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL.

CUARTO.- Sobre la normativa aplicable y su adecuada interpretación.

No ponemos en entredicho que para permitir la asistencia a la junta deba exigirse al socio o a quien actúe como su representante, según posibilita el artículo 106.1 del TR de la LSA, que haya de justificar ante la presidencia de la misma su condición de tales. Lo que conlleva, en el caso de asistencia por representación, que el representante exhiba el documento por el que se le confiere por el representado el documento o instrumento del que resulte el apoderamiento especial para dicha junta, como prevé el artículo 106.2 del TR de la LSA. Es de suyo que en el caso de personas jurídicas ese poder deba ser, a su vez, concedido por un representante orgánico de la misma o por un apoderado que disponga de esa facultad y pueda exigirse la comprobación de ello por parte de la sociedad.

Ahora bien, no ha de perderse de vista, en cuanto al carácter representativo de las personas que en su nombre otorgan la representación, que la previsión legal de que no resulta preciso un poder notarial (en cuyo otorgamiento la calificación personal del notario respecto de los requisitos de validez del acto abarca el propio requisito de capacidad de las partes con valor de presunción "iuris tantum" sobre su suficiencia), puesto que basta con un escrito en el que se apodere especialmente para cada junta, o, tras la reforma operada por la Ley 26/2003, incluso con una comunicación postal, electrónica o por cualquier otro medio de comunicación a distancia con tal de que garantice debidamente la identidad del sujeto que la emita, supone una falta de formalismo en cuanto a la fehaciencia de quien emite el apoderamiento que casaría mal con la exigencia de que, siendo el socio representado una persona jurídica, quien como su representante legal emite el apoderamiento tuviese que acreditar en la propia junta la realidad, alcance y vigencia del mismo.

En la aplicación práctica de este panorama legal pueden presentarse conflictos para cuya solución, como ya pusimos de manifiesto en la sentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 30 de abril de 2009, debe realizarse una labor de ponderación en el caso concreto, que en un inicio debe acometerse por el presidente de la junta y a posteriori, si hubiere lugar a ello, por el juez, entre la necesidad de asegurarse de que solo asiste a la junta quien deba hacerlo y, a un tiempo, la de salvaguardar el derecho del socio a participar en ella. Esa tarea debe realizarse con prudencia y buen sentido, pues el trámite de formalización de la lista de asistentes (artículo 111 del TR de la LSA) no ha de servir como instrumento para perjudicar, sin razón suficiente, el derecho de un socio a participar en juntas donde se ventilen asuntos tan trascendentes como el examen de las cuentas del ejercicio precedente, el posible reparto de beneficios o la posibilidad de censurar la gestión social. Porque puede ocurrir que, a la hora de constituir una junta, se adopten simplemente decisiones desacertadas que quebranten de modo injustificado derechos del socio o incluso que se predisponga un escenario para, al amparo de una legalidad formal, vulnerar dichos derechos, actuando de un modo que, en determinadas circunstancias, pueda estimarse abusivo o inadmisibles. Bastaría, no obstante, para justificar la declaración de nulidad, con que lo ocurrido revelase, cuando menos, desde un punto de vista objetivo, un patente desacierto en la actuación de los responsables de la entidad demandada que hubiese producido al socio impugnante un quebranto en sus derechos que no estuviese suficientemente justificado.

QUINTO.- Sobre la valoración jurídica de los hechos objeto de litigio.

En el contexto descrito, nos resulta difícil considerar admisible el comportamiento del presidente de la junta, Sr. Aquilino, que también lo es del consejo de administración de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, no permitiendo la asistencia del Sr. Esteban, a quien se había otorgado autorización escrita por el administrador Sr. Roque, y así fue mostrada en la junta, a tenor de lo que consta en el acta notarial, ni tampoco admitir como alternativa la intervención del Sr. Paulino (apoderado de IBERFUNUS SERVICE SL y FUNANTIA SERVICE SL). En realidad, es ya la primera de sus decisiones la que incurrió en infracción, siendo la segunda la simple muestra de que el designio del presidente era, aduciendo pretextos formales, boicotear la posibilidad de que alguna de las entidades pudiera participar en la junta.

Como se ha demostrado con la documentación aportada con la demanda D. Roque era el administrador único de IBERFUNUS SERVICE SL y FUNANTIA SERVICE SL, desde el 13 de septiembre de 2006, y de PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL, desde el 1 de febrero de 2005. No debieron rechazarse, por lo tanto, los escritos de delegación que, a favor de D. Esteban, expidió aquél para que éste representase en la junta a IBERFUNUS SERVICE SL, FUNANTIA SERVICE SL y PALOS RODRÍGUEZ MEDIACIÓN Y SERVICIOS SL, ya que con ellos se estaba cumpliendo la exigencia del artículo 106 del TRLSA. No podía constituir excusa para ello el que no constase inscrito en el Registro Mercantil que el Sr. Roque ostentaba el cargo de administrador de dichas entidades, pues la inscripción del cargo no tiene carácter constitutivo, ya que éste se desempeña desde que se es nombrado y se acepta el mismo (artículos 58.4 de la LSRL y 125 del TRLSA); la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el Registro Mercantil (artículo 21.1 del C de Comercio, en



relación con el artículo 22.2 del mismo texto legal y 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil) no puede jugar, y así lo explicita el nº 4 del artículo 21 del C. de Comercio, cuando aquél tuviese conocimiento de cuál fuese la realidad extrarregistral. Porque el Registro Mercantil es un instrumento de publicidad para proteger la seguridad jurídica del tráfico mercantil, sin que pueda utilizarse de forma torticera como excusa para quebrantar derechos ajenos. En el presente caso hay multitud de pruebas, antes expuestas, que demuestran que con anterioridad a la celebración de la junta el Sr. Roque , administrador de la tres entidades demandantes, y sus dos hijos, apoderados a su vez por aquél, habían venido siendo admitidos de modo continuado como los representantes de las sociedades actoras por parte de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, y en concreto por su presidente, que hizo gala en la junta de una injustificable amnesia y de un formalismo exorbitante.

Adoptar, con esos antecedentes, una solución tan drástica como fue privar a las socias demandantes de la asistencia al órgano deliberante de la entidad, en una fecha no tan distante (30 de junio de 2009) de las que precedentemente hemos señalado, sin que hubiese surgido ningún hecho intermedio que justificase algún tipo de reparo, resultó una solución inadmisibles, que nunca debió producirse en un contexto de actuación de buena fe (artículo 7 del C. Civil). No se puede estar admitiendo una determinada interlocución a dichas socias para, de repente, incurriendo en una clara contravención de los propios actos, llegar a un trascendente acto social y sorprenderles, negándoles lo que hasta entonces había sido un hecho pacífico, sin haber efectuado además previo aviso de ese cambio de actitud (ya que no podría considerarse como tal el que se hubieran planteado previas acciones impugnatorias y se estuviera actuando por ello de modo vindicativo, lo que podría explicar que el presidente tuviese a mano en el acto de la junta una nota del Registro Mercantil, lo que podría estimarse como una auténtica "encerrona").

SEXTO.- Sobre los efectos de la infracción cometida y las posibilidades de subsanación.

Al estimarse vulnerado el derecho de asistencia del socio a la junta general (artículo 48.2.c del TR de la LSA), lo que afecta a la constitución de la misma, ha sido una solución correcta el declarar la nulidad de la totalidad de lo acordado en el seno de la junta en la que se cometió la infracción legal (artículo 115, nº 1 y 2, del TR de la LSA). La comisión de una infracción legal de las normas que regulan la constitución de la junta vicia de raíz la propia celebración de dicho acto, por lo que ello afecta de forma general a la totalidad de los acuerdos por las circunstancias en que han sido adoptados (defectos extrínsecos).

No cabe eludir tal efecto con el pretexto de solicitar en segunda instancia, como propone la parte apelante, un trámite de subsanación del defecto cometido, por un doble tipo de razones:

1º) por motivos procesales, pues tal petición resultaría extemporánea; la Sala 1ª del Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 115.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , ha afirmado, con reiteración, que la ratificación, subsanación o convalidación de un acuerdo social sólo puede producir efectos ante un proceso judicial en trámite si se hubiese producido con anterioridad a la presentación de demanda impugnando dicho acuerdo, criterio que se asienta en el principio "ut lite pendente nihil innovetur" (efecto procesal inherente al de la "perpetuatio iurisdictionis" que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda) y en la necesidad de preservar el principio de seguridad jurídica; así lo mantiene en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 26 de enero de 1993 , 20 de octubre de 1998 , 21 de mayo y 12 de julio de 2002 , 21 de mayo de 2004 , 11 de noviembre de 2005 , 23 de enero de 2006 y 3 de octubre de 2008 en las que la jurisprudencia considera que, tras iniciarse un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe a la sociedad que desease subsanar las deficiencias cometidas es la que establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la referida Ley , consistente en que, a petición de parte, y siempre que sea el momento procesal oportuno, pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que estime que fuera posible la eliminación de la misma; por otro lado, como este tribunal ha tenido oportunidad de señalar a propósito del artículo 115.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , en las sentencias de la sección 28ª de la AP de Madrid de 5 de diciembre de 2008 y de 21 de mayo de 2010 : "Lo que se pretende en dicho precepto legal es evitar la tramitación completa de un litigio, con el consumo temporal y de medios económicos que ello conlleva, cuando el juez advierte en una fase temprana del proceso (normalmente, como límite máximo, en la audiencia previa, en la que ya habrían sido oídas las partes y está ya delimitado el objeto de la contienda) que puede subsanarse la deficiencia, sobre todo si la parte interesada, reconociendo la existencia de la misma, se lo pide con esa finalidad, persiguiendo que se regularice cuanto antes el panorama social". Pero el citado precepto legal no constituye, como parece pretender en este caso la parte demandada, una vía para prevenir la posibilidad de pérdida del litigio, de modo que pueda haber estado oponiéndose de modo frontal a la acción de impugnación, como aquí ha hecho, y , en su defecto, ante la eventualidad de un resultado adverso, pretenda interesar en segunda instancia una trámite subsanatorio, en contradicción con la postura que sostuvo en la contestación a la demanda y al margen del cauce previsto al efecto en la ley para poder interesar en sede de un proceso



de este tipo que se le autorice la corrección. Tal contradicción de la parte demandada no puede ser admitida en el seno del proceso, en el que debería actuarse con arreglo a la buena fe (artículos 11.1 de la LOPJ , 247.1 de la LEC y 7 del C. Civil), por lo que si el defecto existía al inicio del proceso la sociedad demandada debería haberlo reconocido e interesar que se le permitiese su subsanación, si es que aspiraba a ello; en cambio, si pensaba defender la validez de los

acuerdos debería hacerlo ateniéndose a las consecuencias procesales derivadas de la posible pérdida del litigio. Lo que no resulta concebible es plantear ahora tal petición en un momento procesal inidóneo, pues no cabe cambiar en segunda instancia el planteamiento que se sostuvo a la hora de contestar a la demanda. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 456.1) acoge un modelo de segunda instancia limitada o "revisio prioris instantie" , por lo que aunque el recurso de apelación permita al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general "pendente appellatione nihil innovetur"; y

2º) por razones materiales, pues la propuesta que efectúa la apelante, consistente en que se permita la modificación del acta de la junta para incluir el sentido del voto de las entidades demandantes (pues considera que el resultado final sería el mismo), en modo alguno contribuiría a solventar el problema de haber vetado la participación de la parte demandante en la junta. Al privarle del derecho de asistencia a la junta (artículo 48.2.c del TRLSA) no sólo se le impidió la posibilidad de votar, sino que también se le hurtó la de participar en la fase de debate y deliberación, y con ello de expresar su opinión con la lógica aspiración de influir en el parecer de otros; como también se le cercenó la facultad de ejercitar en la junta el derecho de información (artículos 48.2.d y 112.2 del TRLSA), mediante el planteamiento de preguntas al órgano de administración; todo esto no se satisfaría mediante el expediente propuesto por la parte recurrente, sino que exigiría la celebración de una nueva junta.

SÉPTIMO.- Sobre las costas de la primera instancia.

Para la aplicación de una decisión excepcional al principio del vencimiento objetivo que consagra el nº 1 del artículo 394 de la LEC resultaría imprescindible que pudiéramos apreciar motivos que justificasen, de modo suficiente y ajustado a la previsión legal, el que nos apartáramos de la regla general en una materia trascendente como lo son las costas procesales, las cuales suponen una consecuencia económica del proceso relevante para las partes implicadas en él. Hasta el punto de que el éxito obtenido en el litigio puede verse menoscabado si no hay posibilidad de repetir en el contrario el esfuerzo económico que supone el seguimiento del proceso (fundamentalmente los honorarios de los profesionales que de modo preceptivo deben intervenir en la defensa y representación en juicio, peritajes, coste de publicaciones oficiales, etc). Si alguien ha sido obligado sin razón a acudir a la vía judicial es justo que deba possibilitársele que repercuta el coste que entraña en el causante de ello.

Si se pretende aplicar la excepción habrá que constatar, apreciándolo y razonándolo de modo expreso, pues así lo exige el nº 1 del artículo 394 de la LEC , la concurrencia en el supuesto enjuiciado de serias dudas de hecho o de derecho. Por lo que no bastaría con la mera alusión a la constatación de complejidad en el asunto, ni el empleo de fórmulas genéricas similares, para eludir la regla del vencimiento que conlleva la necesaria condena en costas para la parte vencida en el pleito.

No cabe, por otro lado, defender una discrecionalidad del juzgador para resolver sobre las costas que pueda ser equiparada a una facultad concedida a aquél para decidir lo que estime oportuno sin motivarlo conforme a ley, pues ello entrañaría el riesgo de que se incurriese en arbitrariedad. Lo que permite considerar que la estricta aplicación del principio del vencimiento será la decisión procedente en materia de las costas derivadas del proceso, a tenor de lo previsto en el nº 1 del artículo 394 de la LEC , si el juzgador se enfrenta a la ausencia de soporte para fundar de modo sólido la excepción a la regla general.

Por serias dudas, que es la fórmula empleada por el legislador, debe entenderse aquéllas que resulten trascendentes y relevantes; que lo sean de hecho significaría que el sustrato fáctico sometido a litigio no hubiera quedado suficientemente aclarado o que podría ser interpretado en sentido dispar; y que lo sean de derecho, supondría que las normas aplicables al supuesto de hecho no fuesen claras o resultasen susceptibles de diversas interpretaciones, que no existiesen pronunciamientos consolidados sobre la materia o que hubiesen mediado divergentes decisiones en casos similares por parte de distintos tribunales.

Pues bien, para la apelante su pretensión debía considerarse merecedora de eludir la condena en costas porque en su opinión el asunto litigioso podía suscitar serias dudas de derecho. Sin embargo, no efectúa la parte recurrente ningún esfuerzo argumental en este motivo de recurso para señalarnos en qué estribarían tales dudas. Al margen de que todo litigio puede conllevar un cierto margen para polémica, hemos de decir que



no apreciamos en el caso aquí enjuiciado ninguna de las circunstancias que antes hemos explicitado como justificativas de la posible apreciación de dudas de derecho. Por lo que no podemos sino ratificar la imposición de costas decidida en la resolución apelada.

OCTAVO.- Sobre las costas de la segunda instancia.

En materia de costas de la segunda instancia nos atenemos a lo establecido en el nº 1 del artículo 398 de la L.E.C . para los casos de desestimación del recurso de apelación

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de ASOCIACIÓN EUROPEA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el juicio ordinario nº 676/2009. E imponemos a la parte apelante las costas derivadas de la segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.