



Roj: **SAP M 7012/2016 - ECLI:ES:APM:2016:7012**

Id Cendoj: **28079370282016100147**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/05/2016**

Nº de Recurso: **325/2014**

Nº de Resolución: **197/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Vigésimoctava C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010  
Tfno.: 914931988 37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0085595

Recurso de Apelación 325/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 670/2012

Apelante: Dña. Lidia

PROCURADOR D. FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

Apelado: PREPARACION MINERA DEL NORTE SL

PROCURADOR D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

### **SENTENCIA nº 197/2016**

En Madrid, a 20 de mayo de 2016.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Pedro M<sup>a</sup> Gómez, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 325/2014, los autos del procedimiento juicio ordinario nº 670/2012, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, el cual fue promovido por D<sup>a</sup>. Lidia contra PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, siendo objeto del mismo la **impugnación de acuerdos sociales**.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D. Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld y el Letrado D. Israel Álvarez Canal Rebaque por D<sup>a</sup> Lidia , como parte apelante, y el Procurador D. Victorio Venturini Medina y el Letrado D. Pedro de Blas Martínez por PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, como parte apelada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 3 de diciembre de 2012 por la representación de D<sup>a</sup>. Lidia contra PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicitaba:

"Que, teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y en su virtud tener por formulada demanda de juicio ordinario en nombre de doña Lidia , para que previos los trámites legales, se dicte en su día sentencia por la que se DECLARE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS APROBADOS en la Junta General de socios de la mercantil PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE, S.L. celebrada el día 24 de octubre de 2012 por haberse adoptado dicho



acuerdo de forma contraria a la Ley, con las consecuencias inherentes a dicha declaración y con expresa condena en costas a la sociedad demandada".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó sentencia, con fecha 28 de febrero de 2014 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por doña Lidia , siendo demandada la entidad PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE, S.L., debo absolver y absuelvo a ésta última de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte demandante".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D<sup>a</sup>. Lidia se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 20 de mayo de 2016.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, D<sup>a</sup>. Lidia , mantiene en esta segunda instancia su impugnación contra los acuerdos adoptados en la junta general de la entidad PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, celebrada el 24 de octubre de 2012, aseverando que le fue infringido el derecho de información que como socia le incumbía. Ello se debería a que no habría sido atendida la solicitud que al efecto envió a la sociedad con antelación a la celebración del referido evento social.

La junta general convocada para el 24 de octubre de 2012, mediante publicación en el BORME efectuada el precedente 18 de septiembre, tenía como objeto los siguientes puntos: 1º) examen y aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión y resultado del ejercicio 2011; 2º) aprobación de la gestión del administrador durante 2011; 3º) cambio de domicilio fiscal; 4º) situación de la empresa, propuestas y estudios varios ; 5º) ruegos y preguntas; y 6º) lectura y aprobación del acta anterior.

La demandante envió una carta, con fecha 8 de octubre de 2012, dirigida a la administradora única de las entidades MOVITRANS LEÓN SA, GRANJA GONZÁLEZ ARINTERO SA y PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, por la que, con ocasión de las convocatorias de las juntas generales de todas ellas previstas para la misma fecha, reclamaba la elaboración de informes sobre determinados asuntos y la entrega de copia de la documentación allí enunciada.

La actora no obtuvo respuesta alguna en nombre de PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, pese a lo cual la junta se celebró, mediando protesta de la representación de D<sup>a</sup>. Lidia , en la fecha prevista.

Su impugnación contra los acuerdos adoptados no ha prosperado en la primera instancia porque el juez de lo mercantil no consideró justificada la petición de información de la demandante, pues entendió que, por razones que más adelante analizaremos, habría incurrido en una extralimitación en el ejercicio de su derecho.

La actora discrepa de la apreciación del juez de lo mercantil, pues considera que ha valorado incorrectamente los hechos y ha errado al no aperebirse de que la demandante habría obrado en el legítimo ejercicio de su derecho y de que, sin embargo, la contraparte incurrió en una absoluta omisión en la facilitación de la información que se le pidió.

SEGUNDO.- La parte demandada ha aportado documentación al rollo de apelación con la intención de rebatir la condición de socia de D<sup>a</sup>. Lidia y, entendemos, tratar de negarle así legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales de PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL.

Hemos de significar, sin embargo, que estamos ante una alegación novedosa en esta segunda instancia, pues en la contestación a la demanda no se rebatió (como tampoco en el escrito de oposición a la apelación) que a la demandante le asistiese legitimación activa para poder impugnar los acuerdos adoptados en la junta general de PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL celebrada el 24 de octubre de 2012. Si la parte demandada deseaba que formase parte de su línea de defensa el discutir la condición de socia de la demandante debió haberlo planteado entonces, en tiempo y forma, en su escrito de contestación a la demanda. No lo hizo así, pues no tiene tal carácter la referencia que en el punto nº 1 del hecho primero de la contestación a la demanda se efectuaba al título de adquisición de la actora, que no entrañaba una impugnación de la legitimación activa de la contraparte, ni tampoco la del punto nº 2, en la que sólo le discutía que alcanzase el porcentaje de



representatividad social para que pudiera hacer efectivo el derecho de examen de documentación previsto en el artículo 272.3 del TRLSC.

Este tribunal debe remarcar que no resulta admisible que la parte recurrente pretenda suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba, ya que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 456.1 ) acoge un modelo de segunda instancia limitada o "revisio prioris instantie". Aunque el recurso de apelación permite 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".

No se trata de un formalismo retórico o injustificado, sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir con la planteada en la primera. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que la Audiencia Provincial entienda que era la solución jurídicamente correcta. Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo. Declara al efecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005 que: "Es cierto que, por el respeto debido a la congruencia, la preclusión y la contradicción, en cuanto principios informadores del proceso civil, la jurisprudencia rechaza, como nuevas, las cuestiones planteadas después de la fase procesal destinada a definir el objeto del proceso, en la primera instancia. Así lo declaró esta Sala en las Sentencias invocadas en el motivo. Concretamente, en la de 15 de abril de 1991 se definieron las cuestiones nuevas como aquellas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba...".

Nos encontramos en el presente caso, al apuntarse por la parte recurrente a unos términos del debate que exceden de lo cuestionado en la primera instancia, ante un planteamiento novedoso, cuya posibilidad está proscrita, según se deduce de la previsión del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a la luz de los principios procesales antes expuestos. Hay que tener presente que la jurisprudencia (entre otras, en las sentencias de la Sala 1ª del TS 95/2007, de 30 de enero , y 1010/2008, de 30 de octubre ) ha señalado que el concepto de pretensiones nuevas comprende no sólo las que resulten totalmente independientes de las planteadas en tiempo y forma (lo que excluye, de entrada, las variaciones que ya entonces hubieran sido extemporáneas) ante el tribunal "a quo", sino también las que suponen cualquier modo de alteración o de complemento de las mismas.

Hemos de subrayar que rige en el proceso civil la prohibición de cambiar el objeto del proceso, una vez que ya se ha conformado en la fase alegatoria del mismo ( artículos 399 , 400 y 412 de la LEC ), a fin de no sorprender al contrario y ocasionarle indefensión si se cambiasen argumentos en fases posteriores del litigio. Así, como se desprende del artículo 426 de la LEC , al realizar alegaciones complementarias en la audiencia previa o aclarar las previamente realizadas en la fase alegatoria lo que ya no podría hacerse es alterar sus pretensiones ni tampoco los fundamentos en que se sustentaban éstas. Por lo que ni mucho menos podría pensarse en la posibilidad de introducir en fases posteriores del proceso nuevos alegatos ni pretensiones. No resulta, por lo tanto, admisible suscitar en la apelación (en este caso, más adelante, incluso, de los propios escritos de recurso y de oposición) cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba.

Somos conscientes de que el artículo 271.2 de la LEC contiene una excepción a la regla de preclusión en materia de aportación de medios probatorios documentales y periciales, para el caso de resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, de notificación posterior al momento de la preclusión, que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver. Sin embargo, entendemos que ello ha de ir referido a cuestiones que ya hubiesen sido planteadas en tiempo y forma por las partes y no a aspectos novedosos que tiendan a llevar el debate a unos términos distintos de cómo quedó éste conformado en tiempo y forma.

La demandante participó como socia en la junta, esgrimió tal condición en la demanda y la contraparte no le discutió, ni en su contestación ni en el escrito de oposición a la apelación, que la ostentase al momento de la adopción de los acuerdos ni al de impugnarlos. No cabe la alegación de hechos sobrevenidos al trámite de alegaciones de la segunda instancia, pues lo veda el principio de preclusión, por lo que queda fuera del debate procesal aquí sostenido una eventual polémica sobre la condición de socia de la demandante que había quedado fijado como uno de los puntos sobre los que no mediaba discusión ni era procedente la aportación de pruebas.



TERCERO.- La documentación aportada a las actuaciones pone de manifiesto la concurrencia de circunstancias de suma relevancia que el juez de lo mercantil no habría acertado a valorar adecuadamente.

Hemos de decir, en primer lugar, que el ejercicio del derecho de información por parte de la socia, efectuado con carácter previo a la junta, mediante la misiva de fecha 8 de octubre de 2012, no puede estimarse abusivo, si lo referimos a la solicitud de informes dirigida al órgano de administración, que es lo que le permitía reclamar el artículo 196.1 del TRLSC (en relación con el artículo 93.d. del mismo cuerpo legal). La petición de que emitieran los mismos se ceñía a aspectos concretos que tenían directa relación con las cuentas y con la llevanza de la gestión social, no debiéndose olvidar que precisamente este último era uno de los puntos incluidos en el orden del día (en concreto con el número 2). Nos referimos, especialmente, a la petición de información relativa al endeudamiento bancario, a los detalles sobre las ventas de inmovilizados y a la información sobre la litigiosidad social, todo ello relativo al ejercicio 2011. La jurisprudencia viene señalando (sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 19 de septiembre de 2013, con cita de la de 13 de diciembre de 2012) que "...el examen y aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de la actuación de los administradores no pueda quedar constreñida exclusivamente a datos relacionados directamente con "los números" de la contabilidad, hurtando a los accionistas datos conexos, razonablemente precisos para poder desplegar cierto control de la forma de gestionarla y del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión y, en su caso, proponer que se demanden las responsabilidades procedentes...".

El juez de lo mercantil consideró abusiva la petición de información porque no advirtió la adecuada conexión entre la información requerida y aspectos relevantes o controvertidos de la vida social, porque hacía referencia a datos internos de terceras entidades y porque se pedía sobre permisos que debían incluir la totalidad de la documentación referente a los mismos. No podemos aceptar estas razones, por lo que no vemos apoyo suficiente para apreciar el límite que el artículo 7 del C. Civil impone para el legítimo ejercicio de los derechos (el obrar con arreglo a las exigencias de la buena fe).

Ya hemos explicado que sí advertimos esa conexión con lo que era objeto de la junta y además no hay duda de que la solicitud afectaba a aspectos precisados de recibir información, especialmente en este tipo de sociedades de carácter cerrado, porque además la demandante tiene intereses legítimos en tanto que fiadora de operaciones financieras relacionadas con la demandada y con las otras entidades vinculadas. El objetivo de la información solicitada era, con claridad, el permitir el conocimiento del modo en que la sociedad se estaba gestionando, lo que, a su vez, posibilitaba ponderar todas aquellas circunstancias capaces de definir el sentido del voto a emitir en la junta.

Por otro lado, la solicitud de información no se refería a terceros, como erróneamente se interpreta en la resolución recurrida, sino que comprendía en su seno a las tres entidades vinculadas que preveían la celebración en la misma fecha de su junta general, por lo que no puede ser entendida como exorbitante sino que debe ser comprendida en la medida en que se refería, respectivamente, a lo que atañía al ámbito de los respectivos eventos societarios a celebrar en el seno de cada una de ellas. Es cierto que el escrito de la demandante era largo y contenía una pluralidad de pedimentos, pero ello no impedía que el órgano de administración fuera perfectamente consciente de los aspectos a los que podía estar refiriéndose el socio con relación a cada una de las tres sociedades incluidas en la carta de petición de información. Por último, en relación a los expedientes (permisos y concesión) se pedía, en primer lugar, información relativa a los mismos (identificándose en la petición el número y datos de identificación), y adicionalmente la entrega de documentación, pero esto lo interpretamos como algo meramente complementario a lo primero que podía ser aquilatado a lo estrictamente necesario por parte del órgano de administración.

No encontramos justificación alguna para que la demandante no recibiese respuesta alguna en relación con la solicitud de informes que interesó con respeto a la entidad PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL. Porque tan sólo le fue remitida información en lo atinente a la sociedad MOVITRANSA LEÓN SA, según consta en la documentación aportada a los autos (folios nº 133 a 135). La omisión absoluta de contestación con relación a PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, pues ésta no ha justificado que la diese, supone un incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 196.2 del TRLSC, por lo que sólo puede ser apreciada como una palmaria infracción del derecho de información del socio (artículo 93.d. del mismo cuerpo legal) que había sido ejercitado en el tiempo y la forma previstos en el artículo 196.1 del TRLSC. Lo cual supone el que debiera haber prosperado la acción impugnatoria ejercitada posteriormente (artículo 204 del TRLSC). Ahora bien, el éxito de la impugnación sólo se justifica en relación con los dos primeros acuerdos adoptados en la referida junta (relativos a cuentas anuales y gestión del ejercicio 2011), que son los vinculados a la petición del socio, no con el resto de los puntos del orden del día, que bien fueron ajenos a ella (punto 3º) o bien ni tan siquiera consta que se adoptase acuerdo alguno al respecto (puntos 4º a 6º).



CUARTO.- La petición de la socia tal vez pudiera haber sido considerada demasiado amplia en lo que hacía referencia a la entrega de copia de documentación contable (libro mayor y diario). Es más, resulta discutible que pudiera admitirse una solicitud de entrega de documentación de amplitud tal que equivaliese, en la práctica, al ejercicio del derecho previsto en el artículo 272.3 del TRLCS, cuando, como es el caso de la demandante, no se tiene derecho al mismo por no alcanzar la representatividad que se exige en dicha norma. Una negativa, razonada y razonable, por parte de la sociedad en este aspecto hubiera sido comprensible y hubiera podido merecer la comprensión del tribunal. Es por ello que no concedemos especial trascendencia al hecho de que, entre otras cosas, no se llegaran a entregar a la demandante, como ésta pretendía, copias íntegras de los libros mayor y diario del 2011. Ahora bien, ello no permite enmascarar el absoluto incumplimiento por parte de quien era responsable de la sociedad demandada de la obligación de haber emitido los informes que le impone el artículo 196.2 del TRLSC, y haber acompañado a ellos la oportuna documentación complementaria (referida a operaciones o partidas concretas), que sí hubiera resultado procedente elaborar y entregar cuando el socio así lo estaba demandando, tal como hemos señalado en el fundamento precedente.

QUINTO.- En relación con las costas derivadas de este proceso, consideramos que no debemos efectuar expresa imposición de las derivadas de ambas instancias. Ello se debe a los siguientes motivos : 1º) respecto de las de la primera instancia, por aplicación del número 2 de artículo 394 de la LEC , al resultar parcialmente estimada la demanda; y 2º) en lo que atañe a las de la apelación, porque así se deriva de lo establecido en el nº 2 del artículo 398 de la L.E.C . para cuando prospere, en todo o en parte, el recurso.

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

## FALLO

1. Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Lidia contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en el juicio ordinario nº 670/2012, por lo que revocamos dicha resolución judicial.
2. Estimamos, en parte, la demanda de impugnación planteada por D<sup>a</sup>. Lidia contra PREPARACIÓN MINERA DEL NORTE SL, por lo que declaramos la nulidad de los acuerdos sociales aprobados con los números 1 y 2 del orden del día de la junta general de la mencionada entidad mercantil celebrada el 24 de octubre de 2012.
3. No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de ambas instancias.

Devuélvase a la parte recurrente, una vez sea firme esta resolución, el depósito que hubiera tenido que constituir para poder recurrir.

Contra la presente sentencia tienen las partes la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

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