



Roj: **SAP CC 402/2016 - ECLI:ES:APCC:2016:402**

Id Cendoj: **10037370012016100249**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2016**

Nº de Recurso: **246/2016**

Nº de Resolución: **258/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00258/2016

N10250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

AMD

N.I.G. 10037 41 1 2014 0034213

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000246 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000923 /2014

Recurrente: AUTOMOVILES HERMANOS NUÑEZ SA

Procurador: ANA MARIA CARRETERO ASPACHS

Abogado: JUAN ELOY FERNANDEZ SIMON

Recurrido: Daniel , Camila , HERENCIA YACENTE DE Doroteo , Elias , Claudia

Procurador: MARIA DOLORES MARIÑO GUTIERREZ

Abogado: JAVIER MORA MAESTU

S E N T E N C I A NÚM. 258/16

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE :

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS :

DON ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO =

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =

Rollo de Apelación núm. 246/16 =



Autos núm. 923 /14 (Juicio Ordinario) =

Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a ocho de junio de dos mil dieciséis.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm. 923/14 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante la mercantil demandada, **AUTOMOVILES HERMANOS NUÑEZ, S.A.** , representada tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Carretero Aspachs, viniendo defendida por el Letrado Sr. Fernández Simón; y, como parte apelada, los demandantes, **DON Daniel , DOÑA Camila , DOÑA Claudia , DON Elías Y HERENCIA YACENTE DE Doroteo** , representados tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Mariño Gutiérrez, viniendo defendidos por el Letrado Sr. Mora Maestu.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, en los Autos núm. 923/14, con fecha 18 de febrero de 2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que con estimación íntegra de la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Dolores Mariño Gutiérrez en representación de Dña. Camila y la herencia yacente de D. Doroteo , conformada por Dña. Camila , D. Daniel , D. Elías y Dña. Claudia , debo DECLARAR y DECLARO la nulidad de la Junta General de AUTOMÓVILES HERMANOS NUÑEZ, SA celebrada el 16/10/14, así como la nulidad de los acuerdos adoptados en ella y de los acuerdos que traigan causa de aquélla, con cancelación de su inscripción en el RM así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con esta sentencia. Y todo ello, condenando a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Firme esta sentencia, inscribábase en el RM Cáceres y publíquese en extracto en el BORME."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación procesal de la mercantil demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO .- La representación procesal de los demandantes presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

CUARTO .- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y, no habiéndose propuesto prueba ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día siete de junio de dos mil dieciséis, quedando los autos para dictar resolución en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C ..

QUINTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió, en nombre y representación de DOÑA Camila y la herencia yacente de DON Doroteo , conformada por DOÑA Camila , DON Daniel , DON Elías y DOÑA Claudia , demanda de juicio ordinario, en ejercicio de una acción de **impugnación de acuerdos sociales**; y se dictó sentencia, estimando la demanda y acordando la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta General de AUTOMÓVILES HERMANOS NUÑEZ S.A de 16 de octubre de 2014 y de los acuerdos que traigan causa de aquella, con cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con la sentencia y condenando en costas a la parte demandada.

Disconforme el demandado, AUTOMÓVILES HERMANOS NUÑEZ S.A, se formula recurso de apelación alegando, en síntesis, los siguientes motivos de apelación:



1º.- Incongruencia de la sentencia, por infracción de lo dispuesto en art. 218 de la LEC , por cuanto el juzgador ha omitido en la sentencia recurrida una respuesta a la excepción de falta de legitimación activa "ad causam" de la herencia yacente de DON Doroteo , excepción que además debe estimarse por carecer aquélla de la debida capacidad para la articulación de la acción de **impugnación de acuerdos sociales**, al no tener la condición de socio de la entidad, por falta de transmisión de las acciones nominativas de las que era titular el difunto DON Doroteo .

2º.- Error en la valoración de la prueba e infracción legal por inaplicación o incorrecta interpretación de los artículos 392 , 1244 , 1392, en relación con los artículos 85 y 1404 del Cc , art. 798 de la LEC , arts. 120, en relación con el 106 , 116.2 , 206 y 164 de la Ley de Sociedades de Capital , así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta la titularidad y adquisición de bienes a través de la disolución y posterior liquidación de la sociedad de ganancial.

La apelada interesa la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia dictada.

SEGUNDO.- Entrando en el primer motivo de apelación, es decir, la incongruencia de la sentencia, por infracción de lo dispuesto en art. 218 de la LEC , por cuanto el juzgador ha omitido en la sentencia recurrida una respuesta a la excepción de falta de legitimación activa "ad causam" de la herencia yacente de DON Doroteo , excepción que además debe estimarse por carecer aquélla de la debida capacidad para la articulación de la acción de **impugnación de acuerdos sociales**, al carecer la misma de la condición de socio de la entidad, por falta de transmisión de las acciones nominativas de las que era titular el difunto DON Doroteo , debemos recordar que el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 indica que « *Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*».

Según Guasp, la congruencia consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión. El fundamento de la incongruencia es el respeto al principio dispositivo y el de garantía constitucional de la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

La STS de 10-9-2007 señala que "el deber de congruencia, se resume en la correlación que debe existir entre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y el fallo de la sentencia (Sentencia de 10 de noviembre de 2006), relación o adecuación que, además, ha de ser sustancial, racional o flexible, en modo alguno rígida o absoluta (Sentencia de 13 de octubre de 2006 , que cita otras muchas), sin que en ningún caso puede identificarse la incongruencia con el desacuerdo del recurrente con las razones o argumentaciones del tribunal, pues, como precisa la Sentencia de 12 de junio de 2000 , no puede confundirse la incongruencia con un supuesto derecho a una resolución conforme a los razonamientos y postulados de las partes.

En similares términos la STS de 17-9-2008 señala que la congruencia de las sentencias (...) se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. La congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia (Sentencia de 9 de diciembre de 1985).

El Tribunal Constitucional ha resumido la doctrina constitucional sobre la incongruencia, en la sentencia 9/1998, de 13 de enero cuando sostuvo que: "para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española , se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes".

En la correlación entre pretensión y decisión, la moderna doctrina procesal (MONTERO AROCA) propugna la superación la tradicional entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia, a la luz de la interpretación de la incongruencia "extra petita" que, sin duda es el vicio de incongruencia que ofrece mayor dificultad en orden a señalar sus contornos. Cabe afirmar que es incongruente por "extra petitum" la sentencia que, no omitiendo ninguno de los pronunciamientos exigidos por las pretensiones de los litigantes, no otorgando más de lo pedido ni menos de lo aceptado por el demandado, concede algo que no



es precisamente lo que se ha pedido por alguna de las partes o hace alguna declaración que no corresponde con las pretensiones deducidas por los litigantes, como sostiene SALAS CARCELLER.

Así, mientras la omisión de pronunciamiento requiere ausencia de declaración en el «fallo»; la incongruencia "extra petitem", exige la existencia de una declaración que se presenta como la exigida por la pretensión de la parte, pero por razones y fundamentos, distintos de los que se han alegado.

Y es que ocurre que las pretensiones de las partes no sólo se delimitan por lo que se pide, por el "petitem", sino además por los fundamentos fáctico-jurídicos de la pretensión, o sea por la "causa petendi". En este sentido, sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 julio 1983 señala que el juez "no decide adecuadamente ni con justeza cuando se aparta de los términos de la cuestión debatida, según ha sido planteada por los litigantes, alterando el elemento fáctico de la «causa petendi» con olvido de la máxima "secundum allegata et probata partium" y en consecuencia desviándose del supuesto de hecho ofrecido en la contienda, «vicio in iudicando» en modo alguno permitido por la regla « iura novit curia », que si autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta el conflicto suscitado, tal libertad valorativa ha de partir de la estricta acomodación a los hechos alegados y a las cuestiones debatidas, pues lo contrario equivaldría al cambio de las pretensiones entabladas, modificando la causa de pedir y sustituyendo por otra la materia de controversia.

En similar sentido, la STS de 29 de abril de 2008 sostiene, siguiendo la doctrina de las sentencias anteriores, como la de 13 de mayo de 2002 , 25 de abril de 2005 , 25 de abril de 2006 , que los tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hayan sometido en los escritos de alegaciones, rectores del proceso, por tratarse de una exigencia de los principios de rogación y de contradicción, de modo que la alteración de los términos objetivos del proceso genera mutación de la "causa petendi" y determina incongruencia.

Ahora bien, eso, como dice la STS de 4 de marzo de 2011 no impone la obligación de enfrentarse a los puntos de vista de las partes pues basta, como declara la STS de 12 de diciembre de 2005 , que se respete en esencia el componente fáctico y jurídico de la acción ejercitada.

Pues bien, analizando la contestación a la demanda articulada por la entidad AUTOMÓVILES HERMANOS NUÑEZ S.A en este proceso, se constata que en la misma se articuló la excepción de " falta de legitimación pasiva ad causam de la herencia yacente de DON Doroteo ". Es evidente que a pesar del error de titular la falta de legitimación expuesta como "pasiva", se está refiriendo la demandada a la legitimación activa, por la obvia circunstancia de que la referida herencia yacente adopta la posición de demandante en el litigio y no el de demandada, que ocupa la proponente de la excepción.

También es cierto que la sentencia dictada no se pronuncia sobre la excepción articulada por eso es evidente que incurre en incongruencia como certeramente indica la apelante. Esto nos obliga a analizar la referida excepción.

Pues bien, es evidente que la excepción debe ser rechazada pues es claro, y el propio apelante lo reconoce en su escrito, que la herencia yacente tiene tanto capacidad para ser parte, porque se la reconoce el artículo 6.1.4º de la LEC , al señalar que la tienen las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular, como capacidad para comparecer en juicio, como señala el artículo 7.5 de la LEC , al establecer que por las masas patrimoniales o patrimonios separados comparecerán en juicio quienes, conforme a la ley las administren sin que, desde luego, está plena capacidad se limite a la posibilidad de ser parte pasiva en los procedimientos, extendiéndose, desde luego, a la de promoverlos en defensa de la masa hereditaria. El artículo 7.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil , reconoce legitimación para comparecer en juicio por las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular, como lo es la herencia yacente, a quienes, conforme a la ley, las administren, correspondiendo la administración de la herencia yacente, en defecto de albacea o administrador judicial , a los herederos, de acuerdo con los artículos 911 del Código civil , y 789 y 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil . Así nos pronunciamos recientemente nuestra sentencia de 3 de febrero de 2016 , el línea o los preceptos invocados y la jurisprudencia que lo sin.

Por todo ello, este primer motivo de apelación debe ser rechazado en cuanto al fondo de la excepción planteada.

TERCERO.- En el segundo motivo de apelación se denuncia la existencia del error en la valoración de la prueba e infracción legal por inaplicación o incorrecta interpretación de los artículos 392 , 1244 , 1392, en relación con los artículos 85 y 1404 del Cc , art. 798 de la LEC , arts. 120, en relación con el 106 , 116.2 , 206 y 164 de la Ley de Sociedades de Capital , así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta la titularidad y adquisición de bienes a través de la disolución y posterior liquidación de la sociedad de ganancial.



Como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985 , 13 de junio de 1986 , 13 de mayo de 1987 , 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que "la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de, en este caso quien impugna la expresada valoración.

Ciertamente, el recurso de apelación tiene un carácter ordinario y, por ende, puede oponerse cualquier motivo de impugnación, incluida la errónea valoración probatoria con plenitud de cognición, sin que a tal efecto sea obstáculo el principio de inmediación pues, a la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de 7 de enero, dicha inmediación también la ostenta el tribunal de apelación a través del soporte audiovisual donde deben recogerse y documentarse los juicios y vistas orales en los que se practica la prueba en primera instancia, de manera que el órgano de apelación puede apreciar directamente la práctica de todas las pruebas e incluso la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el recurso de apelación es un recurso ordinario " *que permite una plena ?cognitio? de la Audiencia Provincial con competencias plenas en la valoración de la prueba*" (sentencias de 21 de diciembre de 2009 y 22-11-12).

En todo caso, no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos".

Para el debido estudio y resolución del presente motivo de apelación, es preciso partir una serie de consideraciones fácticas importantes, siguiendo en este punto el relato que en tal sentido establece certeramente el juzgador de la primera instancia.

Desde esta perspectiva, es preciso señalar que la demandante expone en su demanda que es titular de acciones de la sociedad demandada, representativas de un 1% del capital social. Su esposo, fallecido el 6 de septiembre de 2013, era titular de 490 acciones, representativas de un 49% del capital social.

La sociedad está administrada por un consejo de administración del que forman parte la actora, Dña. Amelia y D. Serafin , acordándose en sesión de 22/9/14 la convocatoria de Junta General para aprobación de las Cuentas Anuales de 2013, entre otros puntos del orden del día. Respecto de la convocatoria de dicha Junta, figura en el acta notarial de la sesión del consejo de administración, lo siguiente:

" *En cuanto al tema de publicidad estando presente no sólo los miembros del Consejo sino todos los que conforman el capital social, por razones de economía, para evitar gastos innecesarios se debe entender convocada la Junta dándose por notificados todos los presentes a excepción de la publicación en el BORME. Don Jose Carlos en representación de su cliente [parte actora] manifiesta darse por notificado y los otros dos comparecientes también* ".

Al inicio de la Junta General de 16 de octubre de 2014, la Notario interviniente hace constar lo siguiente:

"**SOBRE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL:** Con carácter previo al inicio de la reunión hago saber al Letrado Don Juan Eloy Fernández la posible irregularidad de la convocatoria de la Junta General, insistiéndome el Letrado que todos los socios han dado por buena la convocatoria efectuada como en otras ocasiones representando a la herencia yacente del socio fallecido Don Doroteo , su viuda Doña Amelia (sic)".

Tras considerar todos los intervinientes que debía quedar constituida la Junta General, el Letrado Sr. Fernández Simón, interviniendo en nombre de la Presidenta de la Junta General, Sra. Amelia , manifiesta:



" A la vista de lo anterior y mientras no queda acreditada la transmisión de las participaciones (sic) de Don Doroteo , entiende la presidencia que está presente sólo el 51% del capital social que corresponde en los términos anteriores a Dña. Amelia , Dña. Francisca y D. Serafin . Se les pide acreditar la transmisión sucesoria de Don Doroteo , y se tienen por no comparecientes los herederos de dicho socio pues de acuerdo con los estatutos no basta la posesión sino que hay que acreditar la titularidad de dichas participaciones (sic) *en pleno dominio para ostentar el derecho de voto. Se tienen, por tanto, por no comparecidos* ".

En la Junta General se aprobaron las Cuentas Anuales de 2013.

D. Doroteo que como dijimos falleció el 6/9/13, había otorgado testamento en el que legó el usufructo universal y vitalicio de su herencia a su cónyuge, instituyendo herederos por partes iguales a sus tres hijos. Como expusimos, era titular con carácter ganancial de 490 acciones, representativas de un 49% del capital social.

Por su parte, la demandante Sra. Camila es titular privativa de diez acciones de la sociedad. En cuanto a las que fueran titularidad de su esposo, tras el fallecimiento de éste pasó a ostentar como legataria el usufructo de las acciones, sin perjuicio de su cuota en la sociedad de gananciales. La nuda propiedad de las acciones pasó a integrarse en la herencia yacente del Sr. Serafin , siendo los llamados a sucederle a título de herederos sus tres hijos

El 28 de abril de 2014 se otorga escritura denominada de herencia, partiéndose los bienes del causante (sin incluirse en el caudal las acciones de AUTOMÓVILES HERMANOS NÚÑEZ, SA). La Sra. Francisca renuncia a la herencia, que es aceptada por sus hijos. A partir de este momento, por tanto, queda conformada la comunidad hereditaria del Sr. Doroteo , de la que forman parte sus tres hijos.

El 4 de diciembre de 2014, se otorga escritura de adición de herencia. Entre otros títulos, se adicionan las acciones de AUTOMÓVILES HERMANOS NÚÑEZ, SA de las que fuera titular el Sr. Doroteo , que se adjudican a la Sra. Camila como parte de su mitad ganancial.

La actora interesa, básicamente, la declaración de nulidad del acuerdo adoptado en primer lugar por incumplimiento de las normas sobre convocatoria, subsidiariamente por no haberse computado debidamente el quórum para adopción del acuerdo, al reconocer a la actora únicamente el 1% del capital social, subsidiariamente por vulneración de norma legal imperativa referente al derecho de información sobre las Cuentas Anuales y, por último, por no reflejar éstas la imagen fiel de la sociedad. La sociedad demandada se opone a todos estos motivos de nulidad.

El juzgador de la primera instancia analiza el primero de los motivos de impugnación y lo estima, sin entrar tan siquiera al estudio de los restantes, por cuanto la debida convocatoria de la Junta General discutida pasaría de forma inexcusable por considerar a la Sra. Francisca como representante de los miembros de la comunidad hereditaria y sin embargo la Junta tuvo por presentes únicamente a accionistas titulares del 51% del capital social y no a la representante de los miembros de la comunidad donde se integraban las acciones representativas del restante 49% del capital social. A la misma conclusión se llegaría si en lugar de integrarse las acciones en una comunidad hereditaria, lo hicieran en una herencia yacente, ya que en este caso la Sra. Francisca habría sido considerada al convocarse la Junta como representante o administradora de la misma.

En consecuencia, los acuerdos adoptados en la Junta General de 16/10/14 vulneran los arts. 184 TRLSC, al no tener por representante a la Sra. Francisca a pesar de haberle reconocido la sociedad tal cualidad previamente; art. 192 TRLSC, al formar la lista de asistentes a la Junta con preterición de dicha representante; y art. 201 TRLSC al adoptarse acuerdos con un indebido cómputo de mayorías. Al superar el capital presente o representado en la Junta el 50%, bastaba con que los acuerdos se adoptasen por mayoría absoluta, pero en este caso, de haberse tenido por presente la totalidad del capital social -como así debió ser- los votos favorables no hubieran alcanzado la mayoría absoluta al limitarse al 50% del capital social. En suma, pues, han resultado en este caso afectadas tanto las reglas esenciales de constitución del órgano como las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos (cfr. art. 204.3.a) TRLSC).

El art. 173 TRLSC establece lo siguiente:

" 1. *La junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.*

2. *En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure*



la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.

3. Los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad ".

Los Estatutos de la sociedad, en el mismo sentido, requieren en el art. 18º la publicación de la convocatoria en un periódico de los de mayor circulación de la provincia, así como en el BORME.

No consta que la sociedad disponga de página web creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis TRLSC, ni tampoco que la convocatoria haya sido publicada en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia de Cáceres, incumplándose con ello las previsiones del art. 173.1 TRLSC.

Analizando las pruebas practicadas, en particular la documental, queda claro que en el momento de convocarse la Junta General, es decir el 22 de septiembre de 2014 la Sra. Francisca formaba parte de la comunidad postganancial en la que se integran las acciones nominativas que fueran titularidad -con carácter ganancial- del Sr. Doroteo ; y los hijos de los anteriores son desde el 28 de abril de 2014 ya los únicos herederos del Sr. Doroteo , si bien no se habían adjudicado las acciones, lo que no obsta tal condición de herederos. Por tanto, parece que en el momento de convocarse Junta General no existe una herencia yacente, ya que la herencia ya está aceptada aceptada sino una comunidad hereditaria en la que se integran las acciones, hasta el momento de su adjudicación definitiva el 4 de diciembre de 2014, es decir después de la celebración de la Junta General.

En esas circunstancias, como muy bien expone el juez de la primera instancia, varias eran las opciones que podrían haberse presentado para la convocatoria de la junta, todas ellas ajustadas a la legalidad, como la de entender que la Sra. Doroteo no era entonces titular de las acciones que pertenecieran a su cónyuge, partiendo de que la misma no había acreditado en el Consejo ni la titularidad de las acciones a su favor ni la conformación de una comunidad hereditaria donde se integraran las acciones. En este caso, es evidente que la convocatoria debió haberse realizado a través de la publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de Cáceres, con objeto de que fuera conocida por quienes pudieran haber devenido titulares de las acciones que pertenecieran al Sr. Doroteo . Esas circunstancias, si en el momento de la celebración de la Junta General no hubiera aparecido ningún titular para inscribir las acciones en el Libro registro de socios y para asistir a la Junta General, la Presidenta de la Junta General debería tener por constituida la Junta General, entonces sí y claramente, sólo con presencia del 51% del capital social.

Ciertamente, la otra opción, como apunta al juez a quo era que en caso de que el Consejo de Administración conociera el fallecimiento del Sr. Doroteo , cosa obvia por los vínculos familiares existentes, tener por representante voluntario -ex. art. 148 TRLSC -de los titulares de las acciones a la Sra. Doroteo , a pesar de que ésta no aportase apoderamiento en tal sentido. Y esta fue la opción seguida por el Consejo de Administración, que optó por esta otra posibilidad, tal como se infiere de los términos de la convocatoria. Pero en este caso, lo que no tiene ningún sentido y contraviene las normas de la convocatoria en relación con su real celebración como junta General es que la sociedad, con una mano reconozca esta representación para convocar la Junta y con la otra, en absoluta contradicción, cuando se celebra la Junta General pretenda desconocer a la Sra. Francisca el carácter de representante voluntaria de los miembros de la comunidad hereditaria donde se integran las acciones. No es de extrañar que la propia Notario interviniente en la Junta advirtiera alarmada a la Presidenta de la Junta del defecto flagrante de convocatoria existente.

No puede olvidarse del carácter fundamental de las normas en materia de convocatoria de la Junta General, en concreto la publicación en el BORME y Diario correspondiente. No estamos ante meras exigencias formalistas, sino ante el mecanismo fundamental para que los socios tengan conocimiento de la convocatoria de una Junta General y puedan conformar su voluntad para asistir a la misma y tomar la posición que tengan por conveniente en relación a los asuntos a tratar. Se dice que el carácter antiformalista la decisión bebe en las fuentes de una sociedad familiar, donde todo se había hecho hasta entonces de esa forma. Pero esa manifestación tiene dos problemas fundamentales. El primero de ellos es que, sin negar el carácter familiar de la sociedad, también es innegable el profundo, intenso y grave conflicto existente entre sus miembros, que ha provocado multiplicidad de litigios a conflicto que ya existía en el momento en que sucedieron estos hechos. La invocación del modo de operar en una sociedad familiar, tiene sentido cuando se perpetúa la paz familiar, pero no cuando la misma se ha dinamitado en el marco de una confrontación todo entre los miembros de la familia. Pero es que además, aun cuando aceptáramos la tesis del apelante, esa supuesta paz familiar, debió haber provocado la celebración de una Junta universal, ex art. 178 TRLSC. Pero no; la invocación del antecedente pacífico de una sociedad familiar sirve solo para convocar la junta General, concediendo a la Sra. Francisca la representación voluntaria



de los que se pretendían titulares de las acciones para a continuación, una vez se va a celebrar la junta y por tanto se va a conformar la voluntad social con el juego de las mayorías, olvidarse de ese antiformalismo para reconocer a la Sra. Francisca únicamente como titular del 1% del capital social que ostenta privativamente, y ya no como representante voluntaria de los miembros de la comunidad hereditaria en la que en aquel entonces se integraban las acciones. Es llamativa la pulcritud que entonces se tuvo a los efectos del reconocimiento del título de apoderamiento de la representación voluntaria cuando el propio Consejo de Administración decidió tenerla por representante sin exhibición de apoderamiento alguno, sin que sea relevante que las acciones al final se adjudicarán a la Sra. Zaira el 4 de diciembre de 2014, al tratarse de una fecha posterior a la Junta Impugnada. La situación a tener en cuenta cuando se convocó la junta y cuando se celebró la misma es la existente en esas fechas y entonces las acciones estaban integradas en la Comunidad hereditaria, habiéndose reconocido a la Sra. Francisca la cualidad de representante de los miembros de dicha comunidad.

En definitiva, la convocatoria de la Junta general litigiosa sólo sería ajustada la ley si se hubiera considerado a la Sra. Francisca como representante de los miembros de la comunidad hereditaria. Pero no; la Junta, sorprendentemente, tuvo por presentes únicamente a accionistas titulares del 51% del capital social y no a la representante de los miembros de la comunidad donde se integraban las acciones representativas del restante 49% del capital social; y esa decisión tampoco es puramente formal, sino que se trata de una decisión fundamental, sustancial, en tanto que tuvo un efecto reflejo evidente en el cómputo de las mayorías tenido en cuenta para la conformación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta, pues de haber tenido presente o representado a todo el capital social los votos favorables no hubieran alcanzado la mayoría absoluta al limitarse al 50% del capital social. Estamos por tanto, ante una decisión errónea, que infringe las reglas esenciales en la constitución de la Junta General y las normas que conforma las mayorías para la adopción de acuerdos sociales.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmar en su integridad la resolución impugnada.

CUARTO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante al desestimarse el recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **AUTOMÓVILES HERMANOS NÚÑEZ S.A** contra la sentencia núm. 71/2016 de fecha 18 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cáceres y de lo Mercantil, en autos núm. 923/14, de los que este rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** expresada resolución; con imposición de costas a la parte apelante.

No tífquese la presente resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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