



Roj: **SAP SE 2100/2016 - ECLI:ES:APSE:2016:2100**

Id Cendoj: **41091370052016100328**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **14/09/2016**

Nº de Recurso: **10470/2015**

Nº de Resolución: **306/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE HERRERA TAGUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCION QUINTA

### SENTENCIA

#### ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

**DON JOSÉ HERRERA TAGUA**

**DON CONRADO GALLARDO CORREA**

**DON FERNANDO SANZ TALAYERO**

#### REFERENCIA

JUZGADO de lo Mercantil nº 2 de Sevilla

ROLLO DE APELACION: 10470/2015-T

AUTOS Nº : 1525/13

En Sevilla, a catorce de Septiembre de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Iltma Audiencia Provincial los autos de juicio ordinario nº 1525/13, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, promovidos por Don Victor Manuel , representado por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, contra la entidad Marítima de Sales S.L., representada por la Procuradora Doña Marta Ybarra Bores, autos venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud de recursos de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia en los mismos dictada con fecha 24 de Julio de 2015 .

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan sustancialmente los de la resolución apelada, cuyo fallo literalmente dice: "*Que, DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal de DON Victor Manuel , no ha lugar a declarar la nulidad de los acuerdos expresados en el antecedente de hecho primero de la presente resolución. No se hace expresa condena encostas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y la mitad de las comunes.*"

**PRIMERO.-** Notificada a las partes dicha resolución y apelada por los citados litigantes, y admitido que fueron dichos recursos en ambos efectos, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Superioridad por término de 10 días, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con los debidos escritos de interposición de la apelación y de oposición a la misma, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

**SEGUNDO.-** Por la Sala se acordó la deliberación y votación de este recurso, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.



**TERCERO.-** En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

**VISTOS** , siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JOSÉ HERRERA TAGUA.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de Don Victor Manuel , se presentó demanda contra la entidad Marítima de Sales, S.L., interesando que se declarase la nulidad de las juntas celebradas los días 30 de junio de cada uno de los años 2.009, 2.010, 2.011 y 2.012, consiguientemente de sus acuerdos, al no habersele convocado, pese a su condición de socio. La demandada se opuso, al entender que se habían celebrado las juntas universales mencionadas, pero alegó, además, que la acción había caducado, al haber transcurrido el plazo de un año, dado que los acuerdos no eran contrarios al orden público. Tras la oportuna tramitación, se dictó Sentencia que desestimó la demanda, contra la que interpusieron recursos de apelación ambas partes.

**SEGUNDO .-** En orden a centrar la cuestión discutida en los presentes autos, referido a la válida constitución de la junta de socios, por ende a la eficacia jurídica de las decisiones adoptadas, debemos tener en cuenta que una persona jurídica, en cuanto sujeto de derecho, es una mera ficción, dado que su voluntad es mera plasmación o reflejo de la voluntad de los individuos, personas físicas que la integran, bien directamente o a través de otras personas jurídicas, que conforman el tejido social de un determinado y concreto ente. Para que tenga lugar esa declaración de voluntad, es indispensable la existencia de un proceso, a veces proceloso, de formación de esa voluntad, en el que necesariamente se ha de garantizar los derechos inherentes a la condición de socio, sobre todo, de acceso a ese proceso de formación, fundamentalmente expresado en el derecho de información y de convocatoria al órgano de decisión colectiva, como es la junta general.

El derecho de información como medio esencial para poder expresar la voluntad que va a conformar la voluntad colectiva, supone, como señala la Sentencia de 26 de septiembre de 2.001 : "un derecho de información para el accionista concreto que deviene el derecho a ser informado que, con carácter general, establece el artículo 112 de dicha Ley societaria.

Pues bien, el derecho de información es un derecho consustancial e irrevocable del accionista, que se traduce para los administradores en la obligación inexcusable de informar y rendir cuentas, y que solo puede tener como límite el perjuicio grave para la sociedad.

También hay que decir que el derecho a la información está concebido para evitar atropellos, pero no para obstaculizar la marcha social". En definitiva, como señala la Sentencia de 5 de octubre de 2.005 : "la trascendencia del derecho de información de los accionistas, subrayando la importancia que ha concedido a tal derecho, como instrumental del derecho de voto, la jurisprudencia (vgr., entre otras, SSTS 29 de julio de 2004, n. 869 ; 12 de noviembre de 2003, n. 1058 ; 22 de mayo de 2002 , n. 483). Ciertamente es que tal derecho no es ilimitado, sino que ha de ceñirse a los extremos concretos sometidos a la Junta ( SSTS de 22 de mayo de 2002, núm. 483 ; de 3 de diciembre de 2003 , núm. 1141; entre otras), ni puede ser llevado al paroxismo, esto es a una situación en que se impida o se obstaculice gravemente el funcionamiento correcto y normal de la sociedad, como han dicho las Sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 2003, núm. 439 ; de 31 de julio de 2002 , núm. 804, y muchas otras, sino que ha de ser ejercitado de buena fe, como todos los derechos subjetivos (vgr., STS 10 de noviembre de 2004 , núm. 1093, y las que allí se citan) por lo que se han de rechazar los modos de ejercicio que resulten abusivos". En fin, todo ello como medio para poder participar en los acuerdos, que son, como nos dice la Sentencia de 5 de enero de 2.007 : "la expresión de la voluntad mayoritaria obtenida mediante la suma de declaraciones individuales paralelas, emitidas en las condiciones y forma que establece la Ley. Mientras que el acta no es mas que un instrumento de constancia, por elementales razones de seguridad y prueba, de la adopción anterior de unos acuerdos".

Todas estas normas que regulan los derechos de los socios, no solo las contenidas en la Ley sino también en los propios estatutos vienen a garantizar los derechos de todos los socios, incluso de los que han de calificarse como minoritarios. En este sentido es clarificadora del espíritu normativo la Sentencia de 13 de febrero de 2.006 cuando declara que: "

1ª) La Ley 2/1995 exige que la convocatoria cumpla una serie de formalidades con la función empírica de posibilitar información al socio y, al fin, servir de medio de defensa de su derecho a asistir a las juntas generales, votar de modo consciente y reflexivo en ellas, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, permitir al ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos que se adopten mediante la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos que son de difícil ejercicio en caso de convocatorias incompletas, ambiguas o indeterminadas.



2ª) En concreto, la convocatoria debe contener el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, como se ha dicho con el doble fin de que la emisión del voto vaya precedida de la necesaria reflexión y de que la buena fe de los socios que decidieron no asistir no se vea sorprendida por la inclusión de cuestiones no anunciadas ( sentencias de 17 de mayo de 1995 y 12 de julio de 2005 ).

3ª) La antes referida exigencia, contenida con carácter general en el artículo 46.4 de la Ley 2/1995 , se refuerza para robustecer el derecho de información de los socios en el caso de que se proponga a la junta la modificación de estatutos, al mandar el artículo 71.1 que se exprese en la convocatoria, con la debida claridad, no incompatible con la sencillez y la brevedad, los extremos que hayan de modificarse.

4ª) Si la junta tiene por objeto la aprobación de las cuentas anuales, el artículo 86.1 de la Ley 2/1995 exige la mención en la convocatoria del derecho de los socios a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que van a ser sometidos a la aprobación, así como el informe de gestión y, en su caso, el de los auditores de cuentas. Se trata de una mención exigida también con fines funcionales, en la medida en que está destinada a informar al socio de un derecho que la norma le concede y a expresar la disposición de la sociedad a facilitar su ejercicio.

5ª) Las referidas formalidades las eleva la Ley, con la fuerza que deriva de las normas de ius cogens, a la condición de exigencias inexcusables como garantías básicas de la regular constitución de la junta en cada caso y, por repercusión, como presupuesto de validez de los acuerdos en ella adoptados ( sentencia de 9 de diciembre de 1999 ).

La naturaleza imperativa de dichas normas y la correlación entre su incumplimiento, la inválida constitución de la junta y la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados han sido destacadas por la jurisprudencia para estas y otras sociedades capitalistas ( sentencias de 31 de mayo de 1983 , 17 de diciembre de 1986 , 7 de abril de 1987 , 5 de noviembre de 1987 , 18 de diciembre de 1987 , 25 de marzo de 1988 , 26 de enero de 1993 , 15 de noviembre de 1994 y 14 de marzo de 2005 ).

En particular, la falta de precisión y claridad del orden del día relativo a modificaciones estatutarias determina la nulidad de los acuerdos e, incluso, de la propia constitución de la junta.

Lo anterior no significa que esta Sala admita un ejercicio abusivo del derecho a impugnar los acuerdos sociales por incumplimiento de los requisitos formales de la convocatoria ( sentencia de 8 de mayo de 2003 ) ni un ejercicio contrario a la buena fe ( sentencia de 6 de febrero de 1987 ). Antes bien, ha negado que la impugnación pueda servir como instrumento de obstrucción de la actividad social y sea utilizada con el propósito de sobreponer a los intereses mayoritarios el particular del accionista que solicita la información, cuando la misma no obedece a una verdadera y real necesidad ( sentencia de 31 de julio de 2002 ). Y, en el mismo sentido, ha admitido la validez de la junta y de los acuerdos cuando el cumplimiento de los requisitos omitidos no resultaba necesario, por tener el socio interesado conocimiento previo de los temas a tratar ( sentencias de 17 de mayo de 1995 y 9 de octubre de 2000 ).

El requisito de claridad con que se han de expresar en la convocatoria los extremos de los estatutos que han de modificarse, ha dado lugar a las valoraciones casuísticas que son lógicas en esta materia (sentencia de 29 de diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2005 ), si bien ello no ha impedido sentar reglas generales, como la de entender cumplido el requisito cuando en la convocatoria se hace referencia a los artículos de los estatutos que debieran ser modificados ( sentencia 30 de abril de 1988 ) o a la materia sobre la que los mismos versan ( sentencia de 29 de diciembre de 1999 )".

Desde luego, todo este proceso formal y riguroso, en gran medida es innecesario cuando estamos ante una Junta Universal, que es cuando está presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes aceptan, por unanimidad, la celebración y el orden de la misma. La validez de estas juntas es incuestionable, sobre la base de que su finalidad es agilizar la reunión de los socios en aquellas sociedades cuyo número es reducido, obviando, de este modo los requisitos formales de una convocatoria normal. Como ha declarado esta Sala, entre otras en la Sentencia de 4 de julio de 2014 : "las Juntas Universales se caracterizan por el carácter espontáneo de su celebración, siendo indiferente el medio utilizado para dar aviso a los socios de la reunión, de tal forma que se entienden debidamente convocadas y válidamente constituidas siempre que concurren dos condiciones esenciales, una que esté presente todo el capital al momento de constituirse y, la segunda, que los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos sometidos a su consideración. Si la junta se celebra con la presencia y consentimiento de todo el capital social, los acuerdos en ellas alcanzados son válidos. Ahora bien, si no está, presente o representado, la totalidad del capital social, y no todos los socios consienten la celebración de la misma y los asuntos a tratar en ella, se incurriría en causa de nulidad de la Junta".



**TERCERO** .- Una vez fijada estas premisas, el actor impugna las juntas celebradas en los años 2.009, 2.010, 2.011 y 2.012, por entender que no se cumplieron los requisitos formales, es decir, que no era cierto que fueran juntas universales, dado que no fue convocado, consiguientemente no intervino en las mismas.

El régimen de impugnación en una u otra forma de convocatoria es el mismo. El artículo 56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente para la juntas de 2.009 y 2.010, se remite a la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas, que disponía en su artículo 115 que: *"Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad"*. A continuación distingue entre acuerdos nulos y anulables, entendiéndose que solo son nulos aquellos contrarios a la Ley. En el artículo 116 se establecían los plazos de impugnación, en caso de los nulos será de un año, salvo que sean contrarios al orden público, y de cuarenta días los demás. Dicho régimen, con la vigente Ley de Sociedades de Capital, artículo 205, se ha modificado en el sentido de fijar un plazo único de impugnación de un año, que es inaplicable cuando el acuerdo es contrario al orden público.

La cuestión, por tanto, se ha de centrar en el concepto de orden público. En concreto, la Sentencia de 5 de febrero de 2002 declara que: "De una parte, esta Sala tiene declarado, respecto al orden público, que está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada ( SSTS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979 ), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnere, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Respecto al orden público económico, un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos.

Esta Sala tiene manifestado que el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales pertenece al de los denominados indeterminados, y que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios, que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución ( STS de 18 de mayo de 2000 ). Más concretamente, en materia de sociedades, la Sentencia de 19 de abril de 2.010 declara que: "El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas - sentencia de 21 de febrero de 2006 -. El artículo 116 utiliza el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas.

Entre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario - sentencia de 26 de septiembre de 2007 -. Las mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata - sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 29 de noviembre de 2007 -, a los que antes se hizo referencia.

Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 -la presencia de todo el capital- se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público - sentencias de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007 -, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados - sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2007 -, no obstante la de 18 de mayo de 2000 -, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron".

Este criterio, como ya vemos es unánime en la jurisprudencia, cuando se trata del cumplimiento de los requisitos para las convocatorias a juntas de los socios, en materia de sociedad, desde luego, a salvo esas excepciones en los que la parte incurre abiertamente en un supuesto de abuso de derecho, fundamentalmente porque haya conocido y consentido los acuerdos, aunque no hubiera participado en la formación de los mismos. En este sentido, podemos destacar la Sentencia de 16 de marzo de 2.015 cuando declara que: "Y ello



hay que hacerlo negando que la sentencia recurrida se hubiera apartado de nuestra doctrina sobre el orden público, en relación con la caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales.

El orden público se ha referido por la jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina, a los principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares - sentencias 120/2006, de 21 de febrero , 841/2007, de 19 de julio , 222/2010, de 19 de abril , y las que en ellas se citan -.

Al efecto de establecer una excepción a la regla de caducidad aplicable a la impugnación de los acuerdos nulos, la norma del apartado 1 del artículo 116 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989 , interpretada junto con la apartado 2 del artículo 115, se refiere al orden público dando por supuesto que está amparado por la norma infringida, con lo que, al fin, establece una subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la Ley.

Y, precisamente porque se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas de contenido "ciertamente indeterminado" - sentencia 841/2007, de 19 de julio -, para identificar, en cada caso, su contenido en un ámbito como es el societario, habrá que tomar en consideración los principios esenciales del régimen de las sociedades, para ponerlos en relación con las circunstancias del supuesto litigioso.

Es cierto que en la sentencia 222/2010, de 19 de abril -siguiendo a otras -declaramos que el cumplimiento de las normas sobre válida constitución de las juntas universales, como alternativa a la exigencia de una correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia del régimen jurídico de este tipo de sociedad, de modo que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir aquellas condiciones, constituye causa de nulidad y de infracción del orden público.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso que enjuiciamos imponen de inmediato la procedencia de exceptuar de dicha doctrina -o, lo que es lo mismo, de aplicar a la acción de impugnación la regla de caducidad anual- aquellos supuestos en que -como había declarado probado el Juzgado de lo Mercantil y no negado, expresa o implícitamente, la Audiencia Provincial-, por la reiterada decisión de los socios -exteriorizada "acta concludentia"-, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios.

Quienes así actúan no pueden después afirmar -como aquí hacen al cabo de diez años- que, por razones de orden público, la acción de impugnación de los acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caducan en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos".

Por tanto, dado que se trata de Juntas de socios, el hecho de la falta de convocatoria de uno de los socios, es un acto contrario al orden público, y ello, a tenor de las consideraciones jurisprudenciales, porque atenta a los principios más esenciales del régimen jurídico societario, de modo que no es posible aplicar el plazo anual de caducidad.

**CUARTO.** - Una vez concretado que estamos ante una cuestión de orden público, la cuestión sería determinar si efectivamente tuvo lugar esa convocatoria y desde luego esa presencia del actor. La entidad demandada afirma que se trató de Juntas Universales, es decir, de juntas donde comparecieron todos los socios, mientras que el actor afirma que ni fue convocado ni estuvo presente.

Claramente estamos ante una cuestión de pruebas, más que jurídica. A estos efectos, debemos recordar que la carga de la prueba, "onus probandi", no instituye normas valorativas sobre los medios de prueba, SSTs de 14-11-80 , 21-12-81 , 5-6-82 , 27-7-95 , 30-12-97 , 15-2-99 , entre otras; sino que determina que, a quien reclama el cumplimiento, le incumbe la prueba de la obligación, es decir, de los hechos normalmente constitutivos de su derecho y al que se opone, la de los hechos impeditivos y extintivos. Su fundamento se encuentra en la necesidad de distribuir la prueba entre las partes, en función de los hechos debatidos, dado que en el momento de dictar Sentencia ha de fijarse a quien ha de perjudicar un hecho esencial que no se ha probado, es decir, entra en juego cuando al valorar hechos que son esenciales para la decisión de la controversia judicial, no han sido probados, a los efectos de determinar quien ha de soportar las consecuencias desfavorables de esa ausencia probatoria. Es una valoración supletoria, no ha de tenerse en cuenta en el periodo probatorio, en orden a determinar a quien le corresponde proponer una prueba concreta, dada la vigencia del principio de adquisición procesal, cuyo fundamento es que cuando el hecho está acreditado en autos resulta irrelevante que parte ha sido la que ha suministrado el material probatorio, sino que su contemplación judicial es posterior, en el momento de la valoración de la prueba.

De acuerdo con ello, cada parte tendrá que acreditar los hechos que integran el supuesto de la norma jurídica cuya aplicación invoca en su interés o beneficio, así al actor le corresponderá acreditar los hechos normalmente constitutivos del derecho que se reclama, es decir, los fundamentales, las condiciones específicas, las causas eficientes, los presupuestos esenciales para el nacimiento del derecho que se reclama. Y al demandado las



circunstancias que condicionan la eficacia de la obligación, los hechos impeditivos, excluyentes y las causas de extinción de la relación validamente constituida, es decir, los que impiden la válida constitución del derecho, los han paralizado o extinguido. Para determinar si un hecho tiene una u otra consideración ha de examinarse la situación concreta, porque variará según la perspectiva que se invoque, es decir, adaptándose a cada caso concreto, teniendo en cuenta los hechos afirmados o negados. En cualquier caso las partes no tendrán que soportar las consecuencias de no probar un hecho negativo, dada su extrema dificultad que en la práctica constituye una prueba diabólica.

Por todo ello, la regla de la carga de la prueba han de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que ha de interpretarse con cierta flexibilidad, SSTS de 20-3-87 y 18-5-88, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte, según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, esta Sala no comparte el criterio del Juez a quo, de entender que le corresponde al actor acreditar que no se cumplieron los requisitos para una válida constitución de las Juntas Universales, por la sencilla razón de que estamos ante un hecho negativo, de extraordinaria dificultad probatoria para el actor. Más bien quien sostiene que la junta se celebró cumpliendo todos los requisitos, es quien ha de soportar la carga probatoria, es decir, las consecuencias negativas de un posible déficit probatorio. A la demandada le hubiese bastado con aportar las oportunas actas, que necesariamente estarían firmadas por el actor, declaraciones testificales de los demás socios o de cualquier otra persona que pudiera dar referencia sobre ese hecho, o cualquier otro medio probatorio que así lo concluyese, pero difícilmente el actor puede demostrar un hecho negativo, como es que no estuvo presente. Criterio que es el mantenido por esta Sala en supuestos idénticos al analizado en la presente litis, entre otras en las Sentencias de 11 de enero de 2.006 y 4 de julio de 2.014. Sin que el hecho de la inscripción en el Registro Mercantil pudiera considerarse suficiente, ya que la fe pública del Registrador afecta a la propia existencia documental, pero no se extiende a la veracidad del contenido del mismo. La certificación es suficiente para que se realice la inscripción, y ésta despliegue sus efectos, mientras que su contenido no sea impugnado o contradicho, pero la veracidad de tal certificación es de la exclusiva responsabilidad de quienes la elaboran y presentan y tendrán que acreditarla cuando sean requeridos para ello. Si el actor afirma que no estuvo en esas reuniones, implícitamente se está afirmando que dicha certificación no se corresponde con la realidad. No es a él a quien le corresponde acreditar ese hecho negativo. Por el contrario, la sociedad y los responsables de la misma tienen obligación de dejar constancia en acta de los acuerdos sociales, en los términos que establecida el artículo 54 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, actualmente, el artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital, -cuyos términos imperativos no dejan lugar a la duda sobre la necesidad de cumplir dicho requisito-, correspondiendo por tanto a ellos acreditar el cumplimiento de todos los requisitos legales, lo que se puede hacer fácilmente mediante la aportación del acta debidamente firmada, o cualquier otro medio de prueba. Al no haberlo hecho así, no puede entenderse probado que se adoptasen los acuerdos en junta universal válidamente constituida, por los que los mismos, en principio, son nulos y carecen de validez.

**QUINTO.** - Cuestión distinta es que se pudiera considerar que el comportamiento del demandado, claramente indica que estamos ante un ejercicio abusivo de derecho. Esta figura jurídica tiene su fundamento en los límites intrínsecos y extrínsecos del derecho, y supone que el ejercicio de un determinado y concreto derecho, tiene una clara finalidad de dañar a otro o es utilizado en contradicción con sus fines económicos y sociales. La idea que subyace es que la facultad del titular para ejercitarlo no es ilimitada, si se incurre en algunas de las conductas descritas, provocará la nulidad del acto concreto y la necesaria indemnización de los daños y perjuicios que se hayan acreditados. Todo ello, sin olvidar que se trata de un remedio extraordinario, al que puede acudir el titular del derecho afectado cuando carece de otro medio directo para restablecer su derecho. Como señala la Sentencia de 30 de mayo de 1.998: "El abuso del derecho sólo procede, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con la intención bien decidida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal y contradictorio de la armónica convivencia social. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)".

Por lo que se refiere a sus requisitos, una reiterada y unánime doctrina jurisprudencial señala que es necesario que concurren: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. Con respecto a este último requisito la Sentencia de 5 de junio de 1.972 señala que: "Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio (sentencias de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964), es decir, a un "animus nocendi" o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (sentencias de 17 de febrero de 1959, 22 de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado



cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle ( sentencias de 27 de febrero de 1958 , 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960 ), por oponerse a ello la máxima "qui jure suo utitur nominem laedit" ( sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1954 y 12 de febrero de 1966 ), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de "justa causa litigantis" ( sentencias de 4 de abril de 1932 , 20 de abril. de 1933 y 13 de junio de 1942)". En definitiva, como señala la Sentencia de 21 de diciembre de 2.000 : "con el abuso del derecho, mejor dicho con el principio que lo prohíbe, se trató de frustrar el éxito del ejercicio de derechos nominalmente reconocidos por el ordenamiento, lesionadores de intereses no cubiertos por una estricta legalidad, pero sí por normas éticas o principios sociales, como se viene a proclamar en el art. 7.2 del C.c ., al disponer que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, detectando como acto abusivo todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero (13-10-83)".

En relación a la buena fe es pacífica su presunción, de modo que ha de probarse la mala fe. Al definir la buena fe declara la Sentencia de 11 de mayo de 1.988 que: "La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos que el artículo 7.1 del Código Civil consagra, conlleva, como ya proclamaron las sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1981 , 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987 , que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, en definitiva, conforme a lo que por un autorizado sector de la doctrina científica se concreta, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija".

Esta Sala, a la luz de estas consideraciones, no comparte el criterio sostenido por la resolución recurrida, en el sentido de considerar que el actor ha realizado un ejercicio antisocial del derecho de impugnación que le reconoce la legislación especial, al entender que ese comportamiento desleal e inadecuado no queda acreditado en los presentes autos. Qué haya podido consultar las cuentas anuales en el Registro Mercantil, entendemos que no es argumento suficiente para ello, porque no podemos olvidar que se le ha privado de la posibilidad de participar en la deliberación de las mismas, exigir las oportunas aclaraciones y que se le exhibiera y aportase la documentación justificativa de determinadas partidas, en el legítimo ejercicio de su derecho de información. Entendemos que la parte, en los presentes autos, no tiene por qué aclarar la lesión concreta de su derecho, sobre la base del fondo del asunto, es decir, su disconformidad con el contenido de los acuerdos adoptados en las mencionadas juntas, cuando, con carácter previo, existe un quebranto de normas esenciales de la convocatoria. Ese posible conflicto societario entre los socios, puede ser utilizado por el actor, pero también por los restantes socios como medio de excluirlo de las decisiones colectivas. En estos supuestos de conflictos, se torna indispensable que el órgano de administración realice un denodado esfuerzo y celo para cumplir las prescripciones legales, y en el presente supuesto, es evidente que no lo ha tenido, cuando no ha cumplido con los requisitos legales, al menos, no ha acreditado que lo haya hecho.

En ningún momento, se ha acreditado por la demandada que su comportamiento sea encuadrable en la mala fe, es decir, que estemos ante una conducta, en términos generales, de uno respecto de otro, con el que se halle en relación, que no se acomoda a los imperativos éticos que la conciencia social y jurídica exija en un momento histórico determinado. En definitiva, supone un ataque frontal a los valores éticos de la honradez y lealtad, SSTS 11-5-88 , 29-2-00 y 1-3-01 , entre otras.

A estos efectos, hubiese bastado bien con acreditar que intervino en las juntas, o que tuvo conocimiento pleno de las mismas, y mostró su aquiescencia con las decisiones adoptadas, mediante actos inequívocos.

En consecuencia, ha de acogerse íntegramente la demanda.

**SEXTO.** - Las precedentes consideraciones han de conducir, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de Don Victor Manuel , y desestimación del interpuesto por la Procuradora Doña Marta Ybarra Bores, en nombre y representación de la entidad Marítima de Sales, S.L., a la revocación de la Sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación de la demanda, procede declarar la nulidad de las Juntas Universales celebradas los días 30 de junio de los años 2.009, 2.010, 2.011 y 2.012, debiendo procederse a la cancelación de las inscripciones registrales, con expresa imposición de las costas de primera instancia a la entidad demandada y de esta alzada, por lo que se refiere a su recurso, y sin declaración sobre las costas de esta alzada por lo que se refiere al recurso del actor.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de Don Victor Manuel , y desestimando el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Marta Ybarra Bores, en nombre y representación de la entidad Marítima de Sales S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, con fecha 24 de Julio de 2015 , en los autos de juicio ordinario nº 1525/13, la debemos revocar y revocamos y, en su lugar, con estimación de la demanda, procede declarar la nulidad de las juntas universales celebradas los días 30 de Junio de los años 2.009, 2.010, 2.011 y 2.012, debiendo procederse a la cancelación de las inscripciones registrales, con expresa imposición de las costas de primera instancia a la entidad demandada y de esta alzada, por lo que se refiere a su recurso, y sin declaración sobre las costas de esta alzada por lo que se refiere al recurso del actor.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio en el Rollo de la Sección lo pronunciamos mandamos y firmamos.

### **INFORMACIÓN SOBRE RECURSOS :**

*Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo ( artículos 466 y 478 y disposición final decimosexta LEC ).*

*En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley ( disposición final decimosexta LEC ).*

*El recurso de casación y, en su caso, el extraordinario de infracción procesal, se interpondrán ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla ( artículo 479 y disposición final decimosexta LEC ), previo pago del depósito estipulado en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la tasa prevista en la Ley 10/2012.*

*Artículo 477 LEC . Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación. 1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.*

*2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:*

*1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución .*

*2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.*

*3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional .*

*3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

*Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.*

*Artículo 469. Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.*

*1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:*

*1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.*





2.º *Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.*

3.º *Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.*

4.º *Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .*

2. *Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.*

**PUBLICACION** .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, DON JOSÉ HERRERA TAGUA, Ponente que la redactó, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mi el Secretario de lo que certifico.

**DILIGENCIA** .- En el mismo día se contrajo certificación de la anterior Sentencia y publicación en su rollo; doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CEJUD