



Roj: **SAP M 12368/2024 - ECLI:ES:APM:2024:12368**

Id Cendoj: **28079370282024100830**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **13/09/2024**

Nº de Recurso: **16/2023**

Nº de Resolución: **274/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28ª (especializada mercantil)

C/Santiago de Compostela nº 100, plta. 9ª, 28035

Tfno.: 914931988

37007740

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

Rollo de apelación nº 16/23

-Materia: Derecho de sociedades, impugnación de acuerdos sociales, forma de convocatoria, mala fe.

-Órgano **judicial de origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid

-Autos **de origen:** Juicio ordinario 746/2018

-Parte **Apelante:** MONTEBAÑO, S.A.

Procurador/a: Dña. Alicia Porta Campbell

Letrado/a: D. Francisco Redondo Trigo

-**Parte Apelada:** Dña. Adoracion

Procurador/a: Dña. Patricia Rosch Iglesias

Letrado/a: D. Vicente Jiménez Filpo

SENTENCIA nº 274/2024

Ilmos Srs. Magistrados:

D. Gregorio Plaza González

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

D. Alfonso Muñoz Paredes

En Madrid, a 13 de septiembre de 2024.

La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 16/2023, los autos 746/2018, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid, seguido en materia de Derecho de sociedades, por impugnación de acuerdos sociales.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

(1).-La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: *"FALLO: Que, estimando la demanda interpuesta por doña Adoracion , acuerdo la nulidad de los acuerdos de cese del administrador social y nombramiento de nuevo administrador social adoptados en la junta general de la sociedad demandada, MONTEBAÑO, S.A., celebrada en fecha 28 de abril de 2017, con imposición de costas a la parte demandada.*

Una vez que sea firme ésta resolución, líbrese mandamiento al Registro Mercantil de Madrid para la cancelación de los asientos anulados."

(2).-Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandado y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 12 de septiembre de 2024.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contexto de la controversia relevante que resulta de la primera instancia.

(1).-Por Adoracion , como parte actora, se presentó demanda de impugnación de acuerdos sociales de la sociedad MONTEBAÑO SA, parte demandada, en la que instaba la nulidad de los derivados de Junta de socios de esa entidad celebrada en fecha de 28 de abril de 2017, relativos a cese de administrador social y nombramiento de nuevo administrador. Ello dio lugar a la tramitación del procedimiento seguido como Juicio Ordinario ante el Juzgado Mercantil Nº 3 de Madrid, el cual terminó por Sentencia por la que se estima íntegramente la demanda, se declaran nulos aquellos acuerdos y se imponen las costas a la parte demandada.

(2).-Para efectuar dichos pronunciamientos, esa resolución se fundamenta sustancialmente en que los acuerdos impugnados dimanaban de una junta convocada por medio de expediente registral, bajo el orden del día propio de junta ordinaria, donde se terminó por adoptar el acuerdo de cese de administrador social y nombramiento de nuevo administrador; las socias solicitantes de ese expediente indicaron en su petición como domicilio social el sito en la c/Julián Romea de Madrid, el que consta inscrito en el Registro Mercantil, pero a sabiendas de que ese ya no era el domicilio real, ni podía allí ser localizada la sociedad ni su administradora; de hecho, pidieron al registrador que la junta se celebrase en una notaría porque el domicilio social estaba cerrado hacía tiempo; lo anterior supuso que no se diera oportunidad efectiva de audiencia a la administradora ni a la sociedad, trámite esencial en aquel expediente, debido a una flagrante infracción de la buena fe por las socias solicitantes; ello invalida la convocatoria realizada y conlleva la nulidad de los acuerdos impugnados.

Conformación del objeto de la segunda instancia.

(3).-Frente a esa Sentencia se interpone recurso de apelación por MONTEBAÑO SA, contra todos sus pronunciamientos, en el que pide su revocación para que se acuerde, en su lugar, la desestimación de la demanda. A estos fines, el recurso de basa, resumidos ahora a los meros efectos de su presentación, en los motivos incongruencia procesal *extra petita*, error en la valoración de la prueba y abuso de derecho.

(4).-Por parte de Adoracion se presentó escrito de oposición a dicho recurso, en el que pidió su íntegra desestimación, con ratificación de la resolución recurrida e imposición de costas de alzada. Para ello, la parte se reiteró en los argumentos de su escrito de demanda y en los fundamentos de la propia resolución atacada.

Motivo primero (procesal): incongruencia *extra petita*.

Formulación del motivo.

(5).-Señala el recurso de MONTEBAÑO SA que la Sentencia apelada incurre en una incongruencia *extra petita* al fundar su decisión en lo que considera que es una infracción del principio de buena fe en el ejercicio de los derechos, cuando esta institución nunca fue mencionada en la demanda de Adoracion . Al hacerlo, indica el escrito de apelación, la Sentencia ha generado indefensión a aquella parte al no poder defenderse de la apreciación de falta de buena fe en la convocatoria de la junta de socios, ya que ello no se recogía en el escrito rector del procedimiento. Por lo demás, indica, no es necesario acudir al expediente de petición de complemento de resolución para invocar este tipo de incongruencia, al referirse aquello solo a la de tipo omisivo.

Valoración del tribunal.

(6).-Como ya se resumió antes, la Sentencia apelada ha entendido que existe un vicio en la convocatoria registral de la Junta de socios de MONTEBAÑO SA aquí impugnada, ya que los solicitantes de esa convocatoria

se limitaron a designar ante el Registro Mercantil, para su notificación, el domicilio de la sociedad que constaba inscrito, cuando realmente conocían que ese no era el real, lo que ocultaron en su solicitud. Por ello, concluye la resolución recurrida, se generó la imposibilidad real de dar audiencia al órgano de administración de esa sociedad, como se exige legalmente. Ese comportamiento de los solicitantes de la convocatoria, el indicar formalmente un domicilio del que ya conocían que no era el real, lo califica como contrario a las exigencias de la buena fe, conforme al art. 7.1 CC.

Esos hechos son en los que se basa la demanda de Adoracion, la cual señala reiteradamente que "(...) la nueva administradora conocía plenamente cual era el domicilio de la anterior administradora. (...) tanto las instantes como mi representada, hermanastras por ser hijas de D^a. Teresa, conocían perfectamente que tal domicilio era también el de su difunta madre, fallecida en Sevilla el día 29 de mayo de 2018 y que en él nadie vivía, razón por la cual lo ocultaron intencionadamente al Registrador Mercantil. Tanto es así que, como hemos referido anteriormente, el propio abogado de la nueva administradora envía la carta de diciembre de 2015 al domicilio particular de mi mandante, en Sevilla. En consecuencia, con la instancia y con ocultación del verdadero domicilio de la administradora, el Registrador Mercantil dirige el trámite de audiencia al domicilio social de la sociedad mediante carta certificada dando como resultado caducado en Correos. (...) Como decíamos, tanto las instantes como, ahora, el propio Registrador Mercantil, conocían que el domicilio social de la mercantil no era efectivo y que el domicilio real lo era el de mi representada en Sevilla. (...) pudiéndose añadir que de estar en un procedimiento judicial estaríamos hablando de un verdadero fraude procesal, cometido no solo por las instantes (...) a sabiendas del domicilio de mi representada (...) incluso conociendo que el domicilio real de la sociedad ya no era coincidente con el inscrito". Ello solo por extractar algunos pasajes.

(7).-Por lo tanto, la Sentencia asume por completo la tesis fáctica de la demanda, sin añadir nada nuevo o distinto de lo en ella aportado. Ni siquiera la resolución innova de propia iniciativa referencias a elementos subjetivos del comportamiento enjuiciado, ya que es la propia demanda la que reitera censuras con términos como "ocultación", "fraude", "con conocimiento"...

Con ello, lo único que realiza la Sentencia recurrida es una calificación jurídica de aquel comportamiento referido en la demanda, para subsumirlo en la infracción de exigencias del principio general de buena fe, del art. 7.1 CC. Se trata de una labor jurídica de estricta subsunción en un principio general de derecho.

Además, tal cual se aprecia en el penúltimo pf. del FJ 2º, pg. 4, de la Sentencia, su fundamento no es directamente aquella falta de buena fe, sino que, tras calificar así ese comportamiento de las peticionarias de convocatoria de junta al Registro Mercantil, lo que observa es una infracción del art. 160 TRLSC por falta de audiencia a quien debe darse en el expediente administrativo.

Con ello, la Sentencia ni cambia el fundamento por el que acoge la pretensión de Adoracion respecto de lo invocado en su demanda, la infracción de normas en el expediente del Registro Mercantil, ni altera la causa de pedir, puesto que solo añade una pura calificación jurídica a determinado comportamiento. Ello no puede ser reputado como incongruente en forma alguna. De acuerdo con los principios dispositivo y de aportación de parte, arts. 216 y 218 LEC, que rigen el proceso civil, el contenido de los fundamentos del fallo de la sentencia se debe atener a la causa de pedir que ha delimitado el objeto de debate en el proceso, integrada de modo esencial, en cuanto a la causa de pedir, por los hechos alegados por las partes, y de forma accesorio, por las normas jurídicas que las mismas han entendido aplicables a tales hechos, vd. por todas, STS nº 228/2016, de 8 de abril, FJ 2º.

La incongruencia *extra petit* se concreta en un defecto extensivo de los pronunciamientos del fallo, como ocurre en otras formas de incongruencia, sino en asentar el fundamento de lo resuelto en algo diverso de lo que fue objeto del proceso, de modo sorpresivo respecto de los argumentos y contra-argumentos de los litigantes, y con desatención o separación por la resolución de la causa de pedir concretamente articulada y discutida por las partes en el objeto del proceso. En el presente caso de MONTEBAÑO SA, la Sentencia no ha variado ni los hechos controvertidos ni los fundamentos jurídicos invocados por las partes, como se ha expuesto antes.

En cuanto a la aportación por la Sentencia de una calificación jurídica concreta respecto de alguno de aquellos hechos, ni siquiera de los fundamentales, es cuestión que cae por completo dentro del principio de *iura novit curia*, además, se realiza respecto de un principio general de derecho observable de oficio por los tribunales.

(8).-Conforme a lo expuesto, es también rechazable la afirmación del recurso de MONTEBAÑO SA sobre su sorpresa e indefensión por el empleo de aquella calificación jurídica, puesto que los hechos y fundamentos en los que se basa estaban por completo incluidos en la demanda de Adoracion, por lo que los conocía desde su emplazamiento, con total posibilidad de defensa.

Motivo segundo: error en la valoración de los hechos sobre el vicio en el expediente registral.

Presentación del motivo.

(9).-Sostiene el escrito de apelación de MONTEBAÑO SA, a través de varios motivos presentados separadamente pero que giran sobre una misma cuestión, que la normativa reguladora del expediente registral de convocatoria de junta se limita a exigir la notificación del mismo al domicilio que indique la parte solicitante, lo que en este caso se cumplió. A partir de ahí, continúa el recurso, se designó el domicilio social que constaba inscrito, donde se efectuó la notificación, y resulta una carga para la administración social el promover los cambios necesarios en el Registro Mercantil para acomodar su constancia a la realidad, por lo que es su inacción la que provoca aquella diferencia entre domicilio real y el hecho constar en ese registro. Por lo demás, señala, una vez aparece en dicho Registro un domicilio, debe presumirse su exactitud y dar plena validez a los actos realizados conforme al mismo, e incluso más, por la parte solicitante de la convocatoria se le comunicó a la administradora social, mediante burofax, aquella solicitud, por lo que era perfecta conocedora de ello.

Además, continúa la apelación, ninguno de los motivos de oposición que pudiera haber esgrimido Adoracion en el expediente de convocatoria resultaría de posible acogimiento, ya que ni había ausencia de presupuestos, ni inutilidad de la junta petitionada, ni falta de legitimación de los peticionarios.

Y en todo caso, concluye el recurso, por Adoracion se ha ejercitado esta demanda con abuso procesal y de mala fe, pues es ella la que ostentaba el cargo de administradora social mediante un nombramiento totalmente abusivo, al aprovechar el cargo de tutora de su madre incapacitada para convocar junta extraordinaria en 2014 y autonombrarse.

Valoración del tribunal.

(10).-En cuanto a los hechos, tal cual fija con toda precisión la Sentencia apelada, lo aquí impugnado son los acuerdos de cese de Adoracion como administradora social de MONTEBAÑO SA y el nombramiento de Adela como nueva administradora, dimanantes de la Junta celebrada el día 28 de abril de 2017.

Dicha junta fue convocada por medio de solicitud dirigida por Adela y Ángeles al Registro Mercantil de Madrid, en la que se indicaba como lugar para notificaciones dirigidas a la administración social y a la sociedad, el domicilio registral de ésta, sito en DIRECCION000 de Madrid. El orden del día que se proponía era el de junta ordinaria.

En el expediente registral se intentó notificar a la Junta en dicho domicilio, lo que resultó infructuoso. Finalmente, la convocatoria fue publicada en el BOE para su celebración en una notaría de Madrid.

(11).-El recurso de MONTEBAÑO SA no niega en ningún momento, es más, acepta, que las solicitantes de la convocatoria conocían que el domicilio social que constaba inscrito no era el real y efectivo de la sociedad y que también sabían que el domicilio de Adoracion, administradora social, se ubicaba en Sevilla. Es, por tanto, un hecho incontrovertido procesalmente el que las peticionarias conocían la diferencia entre la realidad y la constancia registral, lo que incluso revelaron en el expediente registral cuando presentaron escrito posterior para pedir al registrador que el lugar de celebración fuera una notaría de Madrid, puesto que, señalaron, el domicilio social estaba cerrado desde hacía mucho tiempo.

Se considera ahora que esa circunstancia, la de conocer efectivamente que el domicilio real para la localización de la sociedad no era el registral, pese a haber indicar en su solicitud éste último, no es relevante a los efectos del vicio de convocatoria porque la exigencia legal para el registrador consiste en estar al domicilio que indique el solicitante, con lo que se cumplió la norma; porque se presume la corrección de los datos hechos constar en el Registro; y porque era una carga de la administradora social el haber promovido su corrección.

(12).-Es evidente cuál es la finalidad de la norma respecto de las garantías del expediente registral de convocatoria, la de dar audiencia a la parte con interés legítimo en la convocatoria pedida por los solicitantes.

El art. 169.2 TRLSC recoge la debida audiencia a los administradores sociales de la sociedad cuya junta se pida convocar. Dicho interés no solo reside a título personal en esos administradores, sino que concurre en ellos la representación de la propia sociedad cuya junta se solicita por la minoría de socios. Si se entiende aplicable el art. 351.1 RRM, ante la falta de normación específica de este expediente registral para convocatoria de junta, con la finalidad de fijar los elementos necesarios de la solicitud dirigida al registrador, la indicación formal del domicilio donde deba comunicarse con los administradores no puede ser entendida, como hace el recurso de MONTEBAÑO SA, a cualquier designa efectuada en la solicitud. No se trata de rellenar formalmente una exigencia en la solicitud para que su contenido sea admisible, sino de asegurar la posibilidad efectiva de intervención de las personas a las que deba darse audiencia por imposición legal, cuya finalidad es la tutela de aquellos intereses legítimos.

Por ello, la alegación de MONTEBAÑO SA sobre la suficiencia para el registrador en cuanto a la admisión de la petición, conforme al citado art. 351 RRM, de la designa de domicilio del interesado a citar como aquel que

indique el solicitante, no colma aquella exigencia si de modo efectivo no puede vincularse dicha indicación con la posibilidad real de localización de esos interesados.

Sentado lo anterior, una vez se reconoce por MONTEBAÑO SA que se sabía por las solicitantes de convocatoria que la sociedad ya no tenía realmente el domicilio recogido en el Registro Mercantil ni que en dicha dirección podía localizarse a su administradora social única, no cabe ampararse en la presunción exactitud del contenido del Registro, art. 20.1 Cco, ya que precisamente aquel conocimiento de la realidad extra-registral y su disensión con el contenido tabulario destruye para ellas el efecto de esa presunción.

Finalmente, el recurso entiende que era responsabilidad de Adoracion, como administradora única entonces, el haber actuado para la corrección del Registro sobre la indicación del verdadero domicilio social, y que dicha omisión le priva de toda protección frente a la Junta ahora convocada. Esa dejación de la administradora social, que puede generar determinado tipo de responsabilidades, no es aquí relevante para enervar la realidad del conocimiento que las solicitantes tenían sobre la realidad extra-registral. Con o sin corrección previa del contenido del registro, aquellas peticionarias sabían que el domicilio que estaban indicando en su solicitud, aun coincidiendo con el hecho constar aun en el registro, era inefectivo para realizar el preceptivo trámite de audiencia y, además, conocían aquella otra dirección que en ese momento podía asegurar la notificación al administrador social y a la sociedad.

Con todo ello, solo cabe predicar, como ha hecho con la Sentencia apelada con criterio que comparte este tribunal, que en el procedimiento registral para convocatoria de junta se ha padecido un vicio grave, por falta de oportunidad de audiencia a la parte con interés legítimo previsto en la ley, que invalida su resultado, y con ello, los acuerdos aquí impugnados dimanantes de tal Junta.

(13).-Es cierto que en fecha de 11 de enero de 2017, por parte de Ángeles se remitió burofax a Adoracion, a la dirección de DIRECCION001, Sevilla, en la que se expresaba que *"quiero comunicarle por medio de la presente que se ha procedido a solicitar convocatoria registral de las Juntas generales de Montebañó SA y de (...) al no haber sido convocadas en el año 2016"*, el cual fue entregado el día 12 de enero de 2017 [doc. nº 11 de la contestación]. Se había solicitado por la citada Ángeles y por Adela el día 19 de diciembre de 2016.

Debe tenerse presente que el art. 170.2 TRLSC establece que el registrador mercantil debe convocar la junta de socios, si procede, dentro del plazo de un mes desde la solicitud. Y en efecto, por el registrador se remitió burofax a la dirección de DIRECCION000 de Madrid el día 21 de diciembre de 2016, otorgando el plazo de 10 días para manifestar lo procedente sobre la petición de convocatoria [f. 33 de los autos]. Tras ello se procedió a la publicación en el BOE y a la resolución de convocatoria ya el día 3 de marzo de 2017 [f. 43]. De hecho, en ese expediente las solicitantes presentaron escrito en el que señalaban que *"el domicilio social que figura en el Registro Mercantil, sito en la DIRECCION000 de Madrid no es el domicilio real de la sociedad desde hace mucho tiempo (...)"*, por lo que pedían la celebración de la Junta en una notaría.

Por lo tanto, ni temporal ni objetivamente aquella comunicación privada entre las socias puede sustituir el trámite de audiencia exigido legalmente. Temporalmente porque cuando se remite la comunicación privada ya había expirado por completo el plazo de 10 días otorgado por el registrador mercantil para dar audiencia a la administradora social y a la sociedad; y objetivamente, porque no se trata de la comunicación oficial de dicho registro, y en ella, la socia remitente, se limita a expresar la petición hecha al Registro Mercantil, sin identificación de expediente ni estado de tramitación. Ante ello, era razonable esperar por su destinataria que, una vez incoado tal expediente que en la carta se anuncia como instado, se le dé el preceptivo trámite de audiencia, cuando realmente el mismo ya había expirado.

(14).-Finalmente, alega el recurso de MONTEBAÑO SA que el nombramiento de Adoracion como administradora social, el cual data de junta del año 2014, estaba completamente viciado en origen, ya que para esa junta la citada socia se valió de el cargo de tutora de la madre, y que, por ello, el presente litigio obedece a un ejercicio abusivo del derecho de impugnación de acuerdos.

No consta que ese acuerdo de nombramiento haya sido objeto de impugnación, ni de anulación judicial o suspensión cautelar de efectividad, por lo que su vigencia y eficacia resulta intangible para este litigio. Las alegaciones que se vierten por MONTEBAÑO SA respecto a posibles vicios son por completo ajenas al objeto de este pleito, y no puede juzgarse conforme a esas meras alegaciones de parte, sin mayor contradicción, el pretendido abuso de derecho en demandar aquí por parte Adoracion.

Costas procesales de la apelación.

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



En virtud de las razones expuestas, se dicta el siguiente

FALLO

I.-Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por MONTEBAÑO SA frente a la Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2022, del Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Madrid, dictado en el procedimiento tramitado como Juicio Ordinario bajo el n° 746/2018 de ese Juzgado, cuyos pronunciamientos se confirman.

II.-Imponemos a MONTEBAÑO SA el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

III.-Acordamos la pérdida del depósito realizado, en su caso, para la interposición del presente recurso de apelación.

Modo de impugnación.-Contra la presente sentencia las partes pueden interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación, recurso del que conocerá la Sala 1ª del Tribunal Supremo; y para cuya admisión habrá de constituirse, en su caso, el correspondiente depósito previsto en el la DA 15ª de la LOPJ.

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