



Roj: **SAP PO 1103/2011 - ECLI: ES:APPO:2011:1103**

Id Cendoj: **36038370012011100230**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2011**

Nº de Recurso: **226/2011**

Nº de Resolución: **230/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00230/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 226/11

Asunto: ORDINARIO 157/10

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NO MBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.230

En Pontevedra a veintiocho de abril de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 157/10, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 226/11, en los que aparece como parte apelante-demandante: FERNANDO PREGO CARRAGAL SL representado por el procurador D. PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ y asistido por el Letrado D. MIGUEL PIÑEIRO SÁNCHEZ, y como parte apelado-demandado- impugnante: SOCIEDAD ESTATAL DE ESTIBA Y DESESTIBA DEL PUERTO DE VILAGARCIA DE AROSA SESTIVA, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNANDEZ, y asistido por el Letrado D. MIGUEL JUANE SÁNCHEZ, sobre impugnación de acuerdos sociales, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 10 noviembre 2010, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:



"Que desestimo íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. López, en nombre y representación de la mercantil Gerardo Prego Carregal SL, contra la entidad mercantil Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Vilagarcia de Arosa SA, con expresa condena en costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Fernando Prego Carragal SL, se interpuso recurso de apelación, siendo impugnante la parte demandada en relación al pronunciamiento sobre la excepción de caducidad de la acción ejercitada y que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día veintisiete de abril para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En virtud del precedente Recurso por la apelante Gerardo Prego Carregal S.L. se pretende la revocación de la Sentencia desestimatoria de la demanda dictada en los autos de impugnación de acuerdos sociales como Juicio Ordinario nº 157/10 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad por haber apreciado que la Junta Universal celebrada por la anónima demandada se había celebrado con todos los socios presentes el 29 de julio de 2009, al hallarse de baja los tres pretendidos socios que la actora consideraba que habrían de computarse. Rechaza la caducidad de la acción.

Aduce a su favor que la junta general que ratificó los acuerdos del Consejo de Administración de dar de baja a dos mercantiles socias que habían tomado ese mismo día no procedió a materializar la redistribución del capital social lo cual no se hizo sino hasta el día siguiente, de tal manera que la junta de 29 de junio de 2009 no podía ser junta universal porque no estaba presente todo el capital social. El hecho de que causasen baja tres socios, dos a petición propia y uno como sanción, no quiera decir que su capital social se pudiera redistribuir entre los demás socios privados de manera automática al momento de producirse el cese, que es lo que Sestiva pretendió hacer de manera improcedente. Su baja se produce con arreglo al art. 43 de los Estatutos, al haber transcurrido sobradamente el plazo otorgado para el pago de las deudas contraídas con la sociedad en la forma propuesta y requerida y no haberse producido abono alguno de cantidad enajenando las acciones del socio (3,15%) y reclamando sus saldos. El reintegro del capital de esta sociedad se produce el 30 de junio de 2009 según el doc. 6 de contestación a la demanda, o sea al día siguiente, por lo que el capital no estaba reintegrado a fecha de celebración de la junta y no estaba redistribuido por lo que no estaba presente todo el capital social.

La Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Vilagarcía de Arousa S.A. se opone al recurso y sostiene que el Consejo de administración ha efectuado una interpretación del art. 43 de los Estatutos dentro del ámbito de su competencia y que, ante el impago de cuotas a la entidad apelante ha procedido a adoptar el acuerdo, ratificado por la Junta Universal de darle de baja y proceder a la enajenación de las acciones. En cuanto a las otras dos sociedades lo que ha hecho es actuar según lo peticionado por ellas mismas.

SEGUNDO.- De la impugnación de la sentencia.- Sostiene la entidad Sestiva que se ha producido la caducidad de la acción por transcurso del plazo de 40 días para impugnación de los acuerdos anulables, y este lo era porque versa sobre la interpretación que se haga de los Estatutos. Lo que se pretende impugnar es un acto contrario a aquellos por parte de la demandada por lo que el plazo es de caducidad con arreglo al art. 116 de la LSA .

Sestiva S.A se opone al recurso argumentando que lo característico de la junta universal es el carácter universal con que nace siempre que estén presentes todos los socios que representen la totalidad del capital social. Es claro que en el caso, añade, no está presente todo el capital social y no mediando convocatoria, la junta es nula en los términos del art. 99 de la LSA .

El recurso no puede ser estimado toda vez que la acción ejercitada es la nulidad de los acuerdos tomados en la Junta Extraordinaria universal de 29 de junio de 2009, al no hallarse presentes todos los socios, *que no de impugnación del acuerdo por su contenido*, esto es, la licitud de "baja" de la recurrente y otros socios que es cosa indudablemente vinculada a quienes debían estar presentes en dicha junta, pero que no es la misma sino previa. El T.S. en Ss de 19 de abril de 2010 ha establecido que:

"Alega la recurrente que la acción de impugnación ejercitada en la demanda había caducado cuando ésta se interpuso, por haber vencido el tiempo establecido para los actos nulos en el artículo 116, apartado primero -a contar desde las fechas establecidas en el apartado tercero del mismo artículo- y por no ser los acuerdos contrarios al orden público, por su causa o contenido, en contra de lo declarado por el Tribunal de apelación.

El artículo 99 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas dio respuesta a la práctica, normalmente fundada en alguna previsión estatutaria, de considerar bien celebradas las juntas a las que, pese a haberse



omitido la convocatoria o ser la misma deficiente, asisten todos los titulares de las acciones representativas del capital social y aceptan por unanimidad su celebración.

Esas dos condiciones constituyen una excepción a la concepción de la junta como reunión previamente preparada y convocada. Lo que se considera imprescindible para permitir a cada socio intervenir en ella con un previo conocimiento de los asuntos a tratar.

Realmente, la convocatoria, efectuada con los requisitos que exigen los artículos 94, 97 y 98, o, en su defecto, los impuestos en el artículo 99 para la válida constitución de la junta universal, condicionan la aplicación del método colegiado a la válida formación de los acuerdos y, por ende, la extensión de sus efectos a todos los socios, incluidos los disidentes y los no participantes en la reunión -artículo 93, apartado 2, del Texto refundido-, de conformidad con la ley de la mayoría.

Por lo expuesto se ha considerado que el cumplimiento de los requisitos del artículo 99, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, en el sentido de conjunto de principios configuradores de la misma, a los que se refiere el artículo 10 del Texto refundido.

Ello sentado, los artículos 115 y 116 del mismo Texto califican como nulos los acuerdos contrarios a la Ley y, al regular la caducidad de la acción de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público.

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."

El motivo se desestima.

TERCERO.- Recurso de Gerardo Prego Carregal S.L.- La cuestión de fondo que plantea esta apelante se funda en que la junta general que ratificó los acuerdos del Consejo de Administración de dar de baja a tres mercantiles socias, dos de ellas a petición propia y otra, la apelante como sanción los que habían tomado ese mismo día no procedió a materializar la redistribución del capital social que no se hizo sino hasta el día siguiente, de tal manera que la junta de 29 de junio de 2009 no podía ser junta universal porque no estaba presente todo el capital social.

Las circunstancias que rodean la toma del acuerdo impugnado primero por el Consejo de administración y luego en junta extraordinaria universal son las que pasamos a analizar a continuación.

La S.A. estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Vilagarcía de Arousa tiene por objeto social "las labores de carga y descarga, estiba desestiba y transbordo de mercancías de buques; asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias, a través de la adecuada formación profesional de carácter práctico; contratar en el ámbito de la relación laboral especial de estibadores portuarios a los trabajadores necesarios para el desarrollo de las tareas de estiba y desestiba; proporcionar a las empresas estibadoras en el marco de los contratos suscritos al efecto con éstas y con carácter temporal, los trabajadores pertenecientes a su plantilla que sean necesarios para el desarrollo de las tareas que no puedan ser cubiertas por el personal propio de las citadas empresas, (..) y en general todas las actividades afines conexas, complementarias o subordinadas a la expresadas."

A su vez el art. 8 de los Estatutos prevé como derechos mínimos del accionistas el de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones; votar en las Juntas Generales cuando se posea una acción. "El derecho de



votar no puede ser ejercitado por el socio que se hallare en mora en el pago de los dividendos pasivos, y se pierde cuando las acciones hayan sido reembolsadas por la sociedad"

En el Título VII de los mismos Estatutos se rubrica *CUOTAS* y a continuación se expresa lo siguiente:

ART. 40 El importe total de las cuotas a abonar por los socios deberán ser suficientes para mantener el equilibrio financiero de la Sociedad.

ART. 41 El volumen total de los gastos y costes, de carácter salarial y no salarial, de los trabajadores portuarios de la plantilla de la Sociedad será cubierto exclusivamente con los ingresos obtenidos procedentes de las cuotas abonadas por las Empresas Estibadoras por la utilización de los servicios de dicho personal.

Las cuotas devengadas se remitirán mensualmente a las Empresas en función del volumen de utilización de tales servicios, atendiendo a las tarifas fijadas por la prestación de los servicios.

Semestralmente, como máximo, se realizará una liquidación del volumen de gastos y costes generados por los trabajadores portuarios que será distribuida entre las Empresas Estibadoras que hayan utilizado los servicios de los trabajadores de la Sociedad Estatal, y en función de dicha utilización. (...)

ART.42.- Los gastos y costes de la Sociedad distintos de los contemplados en el artículo anterior, serán cubiertos en la forma que fije el Consejo de Administración, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en cada momento y con las instrucciones que reciba la Junta General de la Compañía.

ART. 43 En el caso de que alguno de los socios no hiciera frente al pago de las cuotas en el plazo señalado al efecto por acuerdo del Consejo de Administración, la Sociedad podrá, a su elección:

- 1) Reclamar por vía ordinaria, el cumplimiento de esta obligación, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad.
- 2) Enajenar las acciones del socio moroso que deberán ser adquiridas por los demás socios, con la excepción del Estado, en proporción a su participación en el capital de la Sociedad.

Pues bien, estos antecedentes es preciso tenerlos en cuenta para centrar el objeto de debate, porque el Consejo de administración ante el impago de las cuotas a que hacen referencia los últimos preceptos indicados, acuerda el 29 de junio de 2009 lo siguiente:

1. Aceptar las bajas solicitadas por Albóniga S.L. y Consignaciones Luis Martínez S.L. para lo cual las empresas solicitantes deben proceder al abono de las cantidades adeudadas a la Sociedad en esta fecha, reasignando el capital social correspondiente a estas dos empresas entre los demás socios privados, tal y como establecen los Estatutos de la Sociedad

2. Proceder a la BAJA en la Sociedad, de la empresa GERARDO PREGO CARREGAL S.L; en aplicación del art. 43 de los Estatutos sociales, al haber transcurrido sobradamente el plazo otorgado para el pago de las deudas contraídas con la Sociedad en la forma propuesta y requerida y no haberse producido abono alguno de cantidad. Enajenando las acciones del socio y reclamando sus saldos deudores más los gastos e intereses de demora que corresponden.

Por tanto, en función de lo que establecen los Estatutos de la Sociedad el Capital social de la Sociedad queda establecido de la siguiente manera: (...)" Esto es se procede la redistribución del capital social entre los socios restantes.

La Junta General constituida como Universal procede a ratificar dicho acuerdo en la misma fecha.

CUARTO.- Frente a la resolución de la juzgadora a quo que desestimó la demanda de nulidad de los Acuerdos tomados en junta Universal de 29 de junio de 2009 por falta de quórum del total del capital social, este Tribunal considera que concurren elementos de juicio suficientes para dictar una resolución a favor del demandante.

En efecto, ha quedado probado que por lo que respecta a la sociedad demandante se ha procedido a "dar de baja" por el Consejo de administración de la mercantil demandada y ratificándose a continuación en Junta Universal por los socios debido al impago de cuotas a que se refiere el art. 41 de los Estatutos en ejercicio de las facultades con que estaba embestido en virtud del art. 43 de los mismos, y según se hace constar en la contestación a la demanda porque les incumbía la interpretación de aquéllos. Ahora bien, este tribunal considera que, aún cuando no nos compete en este momento y por la obligación de congruencia de la presente resolución pronunciarnos más que sobre la nulidad de la junta universal en cuanto al quórum, sin embargo como quiera que ello va indisolublemente unido a la valoración de la necesidad o no de la presencia de la mercantil actora y de las demás que solicitaron la baja, entendemos que la respuesta a dicho interrogante debe ser afirmativa por los siguientes motivos y con independencia de lo que en su caso pudiera resolverse sobre



la impugnación del contenido del acuerdo que no es objeto de este pleito más que de manera colateral. Así los motivos que nos llevan a formular esta conclusión son los siguientes:

El art. 43 de los Estatutos en que se funda la parte apelada para sostener que la actora no era ya socia porque había sido dada "de baja" no se compadecen con su contenido ya que dicha norma sólo avala dos posibilidades, o reclamación judicial al moroso, o bien enajenación de las acciones y redistribución de capital social, pero la exclusión como socia no figura expresamente en su contenido, es más, parece que estaría interesada cuando menos en la determinación del precio de la enajenación de las acciones y en la culminación del proceso

Cuando el art. 8 de los Estatutos regula los derechos mínimos del socio sólo le priva del derecho de voto en caso de impago de los dividendos pasivos que no por impago de "cuotas", de tal manera que la extensión de la privación de la presencia de la socia apelante en esta junta implica una ampliación de la restricción de sus derechos que no cuenta a con amparo legal (art. 48.2 c de la LSA) ni estatutario

Cuando la LSA (actual Ley de Sociedades de capital) en el art. 48 regula los derechos de socio contempla el de asistir y votar en las juntas, además del derecho de información, sin que en el caso concreto se hubiera puesto más que en marcha un mecanismo "pseudo sancionador" para el accionista incumplidor pero que per se en los términos previstos en el art. 43 de los Estatutos no permite deducir (al margen de la licitud o ilicitud del acuerdo, insistimos) que no hubiera debido estar presente en la junta de 29 de junio de 2009.

La dicción del precepto de los Estatutos en que se funda la parte apelada, cuando indica "En el caso de que alguno de los socios no hiciera frente al pago de las cuotas en el plazo señalado al efecto por acuerdo del Consejo de Administración, **la Sociedad podrá...** " ubica o sitúa la facultad a que se contrae el precepto en la Sociedad, de tal manera que para que pudiera celebrarse la impugnada Junta universal a que se contrae este pleito necesariamente exigía la presencia de la entidad ahora apelante a la que todavía no habían enajenado las acciones.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En cuanto a las costas de primera instancia, al estimarse la demanda habrán de imponerse a la parte actora.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que estimando el Recurso de Apelación formulado por Gerardo Prego Carregal, S.L. representada por el Procurador D. Pedro Antonio López López y desestimando la impugnación de la sentencia formulada por la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Vilagarcía de Arousa S.A. contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 157-10 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra la debemos revocar y revocamos estimando la demanda formulada por la ahora apelante contra la impugnante y en consecuencia debemos declarar y declaramos la nulidad de la Junta Universal de 29 de Junio de 2009 celebrada por la mercantil demandada con imposición de las costas de primera instancia sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las de esta alzada salvo por lo que respecta a las de la parte impugnante cuya pretensión se desestima.

Procedase a la devolución del depósito constituido al apelar respecto de la parte apelante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO, Presidente; D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente y D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.