



Roj: **SAP M 2924/2013 - ECLI: ES:APM:2013:2924**

Id Cendoj: **28079370282013100048**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **08/02/2013**

Nº de Recurso: **704/2011**

Nº de Resolución: **37/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

MADRID

**SENTENCIA: 00037/2013**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 704/2011

Materia: Sociedades.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 495/2010

SENTENCIA Nº 37/2013

En Madrid, a 8 de febrero de 2013

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 704/2011, los autos del procedimiento de juicio ordinario nº 495/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, el cual fue promovido por la representación de D. Antonio contra PROLISER SL, siendo objeto del mismo el ejercicio de acción de impugnación de acuerdos sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, como apelante, la Procuradora Dª Gema Pinto Campos y el Letrado D. Carlos Ortega Errejón por D. Antonio y, como apelada, la Procuradora Dª María Cruz Ortiz Gutiérrez y los Letrados D. Antonio Camps Guerrero y Don Alejandro Álvarez Serrano por PROLISER SL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 30 de julio de 2010 por la representación de D. Antonio contra PROLISER SL en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"1.- Se declare la nulidad de la Junta General de "PROLISER, S.L." celebrada el 30 de junio de 2010, la de los acuerdos adoptados en la misma, por ser la convocatoria de dicha junta contraria a la ley y a los estatutos sociales, al ser convocada sin respetar el plazo desde el anuncio hasta la convocatoria infringiendo lo dispuesto legal y estatutariamente, por vulneración de los derechos de información del socio minoritario, y por la adopción del acuerdo de separación del socio con abuso de derecho atentando a los derechos del minoritario y al propio orden económico de la compañía, y subsidiariamente se acuerde la anulabilidad de los acuerdos.



2.- Se ordena la cancelación de la inscripción de todos los acuerdos declarados nulos así como de los asientos posteriores que resulten contradictorios, debiéndose inscribir en el Registro Mercantil que corresponda la presente Sentencia si deviniese firme, y publicar un extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, todo ello en los términos del artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas (L.S.A.).

3.- Con expresa imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 27 de abril de 2011, en cuyo fallo se disponía lo siguiente:

"Que desestimando la demanda formulada por DON Antonio, debo absolver y absuelvo a PROLISER, S.L., de los pedimentos de la demanda. Todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas originadas en el proceso".

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

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 7 de febrero de 2013.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante, en su condición de socio de la entidad PROLISER SL, impugnó los acuerdos adoptados en la junta general de dicha sociedad, celebrada el 30 de junio de 2010, aduciendo los siguientes motivos: 1º) por no haberse respetado el plazo de quince días fijado estatutariamente entre la convocatoria y la celebración de la reunión; 2º) por infracción del derecho de información del socio al no facilitarle la que solicitó; y 3º) por haberle separado sin justa causa del desempeño del cargo de administrador social.

Tras ser desestimada su demanda, al rechazar el juzgado los tres señalados motivos de impugnación, el recurrente sólo insiste en esta segunda instancia en el primero de ellos, haciendo abandono de los otros dos.

Considera el apelante que el juez de lo mercantil incurrió en error al interpretar la previsión estatutaria y la legal (art. 46.3 de la LSRL), pues no mediaron quince días entre la imposición de la carta certificada convocando al demandante y la celebración de la junta, ya que se habría incumplido el plazo por un margen de tres horas, como se constataría si se computasen los días completos, con "sus horas y segundos".

Efectúa asimismo en su recurso un repaso por las resoluciones más significadas dictadas por el Tribunal Supremo a propósito del modo de computar el plazo que ha de mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta, haciendo hincapié en que se refieren a sociedades anónimas, y no a limitadas como es el caso que aquí nos ocupa, y que además aluden a supuestos de publicaciones en BORME o en periódicos, por lo que no resultarían aplicables a comunicaciones por carta certificada a los socios, de lo que deduce que la solución para el presente litigio debería ser la contraria a la alcanzada en ellas.

Aduce asimismo el recurrente que no tenía conocimiento de lo acordado en el consejo de administración de 14 de junio, al que no habría acudido como socio, sino como administrador, y que además ello no influiría en que la convocatoria de junta debiera hacerse a todos y cada uno de los socios.

Concluye interesando que se revoque la condena en costas que ha sufrido en la primera instancia al considerar que se desprenderían dudas sobre la procedencia de su reclamación, al no haberse cumplido el plazo completo de 15 días, haberse incurrido en falta de información y haberle separado indebidamente del cargo de administrador.

Significamos que pese a que ya se hayan integrado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las citas legales que podamos efectuar todavía vendrán referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) y al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que son los textos legales que, con las reformas correspondientes, resultarían aplicables para enjuiciar el litigio conforme al momento temporal en el que ocurrieron los hechos que han dado lugar al mismo.

SEGUNDO.- No puede ignorarse que a partir de las sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994 la postura de la Sala 1ª del Tribunal Supremo cambió para, en lugar de ceñirse de modo estricto a la regla



del artículo 5 del C. Civil , entender que el cómputo del plazo que ha de mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta general se ha de llevar a cabo teniendo en cuenta como día inicial el correspondiente al de publicación de la convocatoria social, excluyéndose el de la celebración de la junta. Se trata de un criterio reiterado, lo que supone que existe jurisprudencia al respecto, cuyo valor es la de complementar el ordenamiento jurídico ( artículo 1.6 del C. Civil ) y por lo tanto debe ser tenida en cuenta por esta Audiencia Provincial.

Esta doctrina jurisprudencial, referida, es cierto, al ámbito de las sociedades anónimas, ha sido posteriormente adoptada por la DGRN en Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995 y es además la interpretación que según dicho organismo debería mantenerse también, por responder a la misma finalidad en ambos tipos de sociedades, en la aplicación del artículo 46.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , según se estimó en las Resoluciones de 15 de julio de 1998, 9 de febrero de 1999, 1 de junio de 2000 y 10 de enero de 2002, contemplándose precisamente en este último caso un supuesto de remisión por correo del anuncio a los socios en el que se aplicaría el mismo criterio de computar el día de la convocatoria individual remitida en último lugar. No se trata, a diferencia de la jurisprudencia, de doctrina vinculante para los tribunales, pero merece el reconocimiento intelectual del que goza un organismo especializado en este tipo de conflictos.

Por nuestra parte hemos de posicionarnos en el sentido de considerar que lo más coherente es no hacer distinciones a este respecto entre ambos tipos de sociedades en cuanto al modo de computar el plazo que ha de mediar entre publicación de la convocatoria (ya sea general o particular) y la celebración de la junta, siendo lo más lógico guiarse por un único criterio interpretativo en lugar de propugnar tratamientos diferenciados sin que en esencia haya razón alguna para justificarlo. Por otro lado, la regla aquí aplicable, consistente en que "se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos (los socios)", que es la que contempla la ley ( artículo 46.3 de la LSRL - ahora, artículo 176.2 de la LSC) y la previsión de los estatutos de PROLISER SL, es suficientemente expresiva, por sí misma, sin que suscite duda interpretativa, de que el día de remisión ya cuenta como el primero del plazo, incluso de forma bastante más clara que lo que hemos explicado para el caso de una publicación general.

TERCERO.- El criterio que propone la parte apelante es que tomemos en cuenta no sólo el día de la remisión de la convocatoria individual sino también la hora concreta en la que se hizo, para efectuar así un cómputo de modo tal que si la imposición de la carta certificada se hizo sobre las 21,05 horas del 15 de junio, el plazo de quince días no culminaría hasta las 21,05 horas del día 30 de junio, por lo que la constitución de la junta a las 18,00 horas de esta última fecha no habría respetado el preceptivo lapso temporal.

Sin embargo, ese sistema implica alterar el cómputo por días en favor de otro por horas o incluso por minutos, no siendo éste ni el que contempla la ley ni tampoco el de la redacción estatutaria, que en este aspecto coincide con el tenor legal ( artículo 46.3 de la LSRL ). Éstas contemplan el cómputo a partir de una determinada fecha, la de remisión del anuncio, de modo que, de forma además coherente con el criterio jurisprudencial, éste habría ya de computarse como el primero de los días del plazo. No podemos deducir de lugar alguno la procedencia de tomar en cuenta los días por fracciones horarias, como nos propone el apelante.

Es cierto que el avance experimentado en la organización de los servicios de correos y el de las tecnologías de la comunicación permite disponer de medios para constatar la hora concreta a la que se libró una determinada misiva, pero eso no autoriza a introducir distingos horarios en la aplicación de reglas sobre plazos que no contemplen la necesidad de incurrir en ello. En nuestra opinión, al margen de posibles situaciones excepcionales que pudieren revelar algún tipo de actuación abusiva por parte de la sociedad convocante, carece de sentido el tratar de suscitar polémica a propósito del cumplimiento de un plazo que debe computarse por días, aduciendo para ello una extemporaneidad que lo sería de tres horas, tal como pretende la parte recurrente. Cuando los cómputos se realizan por días se entiende, eso es obvio, que se cuentan por entero tanto el primero como el último del plazo. En este caso el primero lo fue el 15 y el último el 29, por lo que el 30 ya podía celebrarse la junta a cualquier hora razonable.

CUARTO.- Aunque los precedentes razonamientos resultarían suficientes para desestimar el recurso no nos resistimos a efectuar una consideración final.

La naturaleza imperativa de las normas que regulan la convocatoria de la junta general y la correlación entre su incumplimiento, la inválida constitución de la junta y la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados ha sido destacada por reiterada jurisprudencia; así ocurre en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1987 , 18 de diciembre de 1987 , 26 de enero de 1993 , 15 de noviembre de 1994 y 14 de marzo de 2005 y 13 de febrero de 2006 . Ahora bien, como se indica en esta última sentencia y se reitera la de 9 de abril de 2007 , "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 )., 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 )".

Lo cual significa que, aunque en el caso de que se hubiese apreciado una defectuosa convocatoria del socio a la junta impugnada ello podría haber implicado, en principio, su inválida constitución y la nulidad de los acuerdos en ella adoptados, eso no debería declararse así por el tribunal si se llegase a la convicción de que el mismo hubiese tenido conocimiento de su convocatoria con la necesaria antelación, en cuyo supuesto la impugnación supondría un ejercicio abusivo de su derecho y contrario a las reglas de la buena fe ( artículo 7 del C. Civil ).

Si hacemos esta consideración es porque el apelante-demandante estuvo presente en el consejo de administración celebrado el 14 de junio de 2010 (consta en acta su firma como consejero asistente) donde se adoptó precisamente el acuerdo de convocar junta general para el 30 de junio de 2010, a las 18,00 horas, por lo que resulta paradójico que haya suscitado este litigio a propósito del respeto de un plazo intermedio del que ha de gozar el socio hasta la celebración de la junta, cuando él debía ser consciente (porque no cabe establecer una artificial distinción entre lo que conoció como administrador y por lo tanto lo que sabía también como socio) de la convocatoria incluso con anterioridad a que se diera publicidad a la misma (y ello con independencia de que, luego, durante el desarrollo de la junta pudieran llegar a tratarse asuntos que no eran objeto de la convocatoria inicial, pero que la ley permite que se susciten durante la misma). Esto demuestra que ha invocado de modo forzado un óbice formal para tratar de conseguir la nulidad de lo acordado en junta, simplemente porque no cuadra a sus intereses, pero no porque aquél hubiese podido suponer, de haber existido, algún tipo de traba para sus derechos sociales.

QUINTO.- Solicita, por último, el recurrente que se revoque la condena en costas que ha sufrido en la primera instancia al considerar que se desprenderían dudas sobre la procedencia de su reclamación, al no haberse cumplido el plazo completo de quince días, haberse incurrido en falta de información y haberle separado indebidamente del cargo de administrador.

Para la aplicación de una decisión excepcional al principio del vencimiento objetivo que consagra el nº 1 del artículo 394 de la LEC resultaría imprescindible que pudiéramos apreciar motivos que justificasen, de modo suficiente y ajustado a la previsión legal, el que nos apartáramos de la regla general en una materia trascendente como lo son las costas procesales, las cuales suponen una consecuencia económica del proceso relevante para las partes implicadas en él. Hasta el punto de que el éxito obtenido en el litigio puede verse menoscabado si no hay posibilidad de repetir en el contrario el esfuerzo económico que supone el seguimiento del proceso (fundamentalmente los honorarios de los profesionales que de modo preceptivo deben intervenir en la defensa y representación en juicio, peritajes, coste de publicaciones oficiales, etc). Si alguien ha sido obligado sin razón a acudir a la vía judicial es justo que deba posibilitársele que repercuta el coste que entraña en el causante de ello.

Si se pretende aplicar la excepción habrá que constatar, apreciándolo y razonándolo de modo expreso, pues así lo exige el nº 1 del artículo 394 de la LEC , la concurrencia en el supuesto enjuiciado de serias dudas de hecho o de derecho. Por lo que no bastaría con la mera alusión a la constatación de complejidad en el asunto, ni el empleo de fórmulas genéricas similares, para eludir la regla del vencimiento que conlleva la necesaria condena en costas para la parte vencida en el pleito.

No cabe, por otro lado, defender una discrecionalidad del juzgador para resolver sobre las costas que pueda ser equiparada a una facultad concedida a aquél para decidir lo que estime oportuno sin motivarlo conforme a ley, pues ello entrañaría el riesgo de que se incurriese en arbitrariedad. Lo que permite considerar que la estricta aplicación del principio del vencimiento será la decisión procedente en materia de las costas derivadas del proceso, a tenor de lo previsto en el nº 1 del artículo 394 de la LEC , si el juzgador se enfrenta a la ausencia de soporte para fundar de modo sólido la excepción a la regla general.

Por serias dudas, que es la fórmula empleada por el legislador, debe entenderse aquéllas que resulten trascendentes y relevantes; que lo sean de hecho significaría que el sustrato fáctico sometido a litigio no hubiera quedado suficientemente aclarado o que podría ser interpretado en sentido dispar; y que lo sean de derecho, supondría que las normas aplicables al supuesto de hecho no fuesen claras o resultasen susceptibles de diversas interpretaciones, que no existiesen pronunciamientos consolidados sobre la materia o que hubiesen mediado divergentes decisiones en casos similares por parte de distintos tribunales.

Pues bien, no detectamos, fuera de las incertidumbres que a cualquiera pueda suscitar el someterse a un litigio, que planeen serias dudas sobre lo sometido a litigio. Por un lado, el demandante ha defendido un planteamiento en cuanto al cómputo del plazo que ha de mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta que ni se compadecía con los precedentes doctrinales ni jurisprudenciales, ni tampoco con la explícita redacción del precepto (tanto legal como estatutario, que coinciden al respecto) que regula la forma de la



convocatoria. Además, ya hemos señalado que debía tener previo conocimiento de la convocatoria, por lo que resulta un exceso en el ejercicio de su derecho el tratar de impugnarla por razones de plazo en su anuncio.

Por último, aducir ahora la falta de información y la separación del cargo de administrador, cuando ni siquiera ha tenido argumentos para defender en segunda instancia la procedencia de estas causas de impugnación, fundadamente rechazadas en la resolución de la primera instancia, entraña una paradoja difícil de salvar para el apelante.

SEXTO.- Las costas derivadas de la segunda instancia deben serle impuestas a la parte recurrente, puesto que resultan desestimadas sus pretensiones, tal como se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC .

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

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Antonio contra la sentencia dictada el 27 de abril de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el juicio ordinario nº 495/2010 del que este rollo dimana e imponemos a la parte apelante las costas derivadas de esta segunda instancia.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.