



Roj: **SAP PO 1646/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:1646**

Id Cendoj: **36038370012016100400**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **28/07/2016**

Nº de Recurso: **406/2016**

Nº de Resolución: **403/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00403/2016**

**APELACIÓN CIVIL**

**Rollo: 406/16**

**Asunto: Juicio Ordinario**

**Número: 157/15**

**Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo)**

Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

D. Jacinto José Pérez Benitez

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS EXPRESADOS CON ANTERIORIDAD,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.403**

En Pontevedra, a veintiocho de julio de dos mil dieciséis.

Visto el rollo de apelación núm. 406/16, seguido en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia pronunciada en los autos de juicio ordinario seguidos con el núm. 157/15 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo), siendo apelante el demandante **D. Eugenio**, representado por la procurador Sra. Estevez Cernadas y asistida por el letrado Sr. Romero Costas, y apelada la entidad **MOMEYMANA, S.L.**, representada por el procurador Sr. Curbera Fernández y asistida por el letrado Sr. Fernández Vázquez. Es ponente el magistrado D. **Manuel Almenar Belenguer**.

Formula voto particular el Magistrado D. Jacinto José Pérez Benitez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y, además



**PRIMERO** .- Con fecha 15 de marzo de 2016, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de lo Mercantil de Pontevedra (sede en Vigo) pronunció en los autos originales de juicio ordinario de los que a su vez dimana el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

*" Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Estévez Cernadas en la representación acreditada frente a MOMEYMANA, S.L., con expresa imposición de costas procesales a la parte demandante "*

**SEGUNDO** .- Notificada la referida resolución a las partes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 22 de abril de 2016 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que se tenga por interpuesto, en tiempo y forma, recurso de apelación, y, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoque la dictada en primera instancia y se estime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas.

**TERCERO** .- Admitido a trámite, se dio traslado del recurso a la parte demandada, que se opuso al mismo en virtud de escrito de 5 de mayo de 2015 y por el que interesó que se dicte resolución mediante la que se confirme en su integridad la sentencia objeto de recurso, con imposición de costas a la parte apelante, tras lo cual con fecha 13 de mayo de 2016 se elevaron los autos a esta Audiencia para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo y se designó Ponente al magistrado Sr. Manuel Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

**CUARTO** .- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales que lo regulan.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- La cuestión debatida en el procedimiento.**

Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del recurso de apelación los siguientes:

1º D. Eugenio y Dña. Elsa contrajeron matrimonio en fecha 26 de agosto de 1986, bajo el régimen de sociedad de gananciales (cfr. la copia de la certificación de matrimonio -folio 63- y la copia de la sentencia que dio lugar al divorcio de ambos -folios 79 y ss.-), fijando su residencia en la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 , de la ciudad de Vigo, si bien alrededor del año 2000 el esposo pasó a vivir de manera estable en La Habana (Cuba), regresando a España sólo en periodos vacacionales y fiestas de Navidad (hecho admitido por las partes y declarado probado en la sentencia de divorcio).

2º En virtud de escritura pública de fecha 6 de marzo de 2009, D. Eugenio y Dña. Elsa constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Momeyman, S.L.", dedicada fundamentalmente a la promoción inmobiliaria y con un capital social de 1.500.000 €, dividido en seis mil participaciones que fueron suscritas al 50% por ambos socios, fijando el domicilio social en la que fuera residencia familiar, sita en la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 , de Vigo (cfr. la copia de la escritura de constitución de la sociedad -folios 15 y ss.-).

3º En el acto de constitución de la sociedad se optó, como fórmula de administración, por la de dos administradores solidarios, cargo para el que se designó a D. Eugenio y Dña. Elsa (cfr. la cláusula tercera de la escritura de constitución -folio 22 vto.-), aprobándose los Estatutos sociales que se incorporan en la propia escritura de constitución (arts., 25 y ss.).

4º El art. 9 de los Estatutos de la sociedad, con el título "Junta de socios", decía en su apartado a):

*" a) Convocatoria; Las juntas de socios se convocarán en los plazos y términos previstos en la Ley, mediante carta certificada con acuse de recibo, remitido al domicilio del socio que figure en el Libro Registro de éstos o por Buofax remitido a la misma dirección.*

*También podrá darse publicidad a la convocatoria anterior mediante anuncio inserto en el Diario "Faro de Vigo" y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil "*

5º Mediante escritura pública de capitulaciones matrimoniales de fecha 20 de enero de 2012, los esposos sustituyeron el régimen de gananciales por el de separación absoluta de bienes, si bien únicamente liquidaron y adjudicaron algunos bienes en concreto, manteniendo la titularidad conjunta del resto (cfr. la copia de la escritura -folios 64 y ss.-).

6º Los ingresos del grupo familiar provenían, entre otras fuentes, de la explotación de la empresa "Reymo Import-Export, S.L.", cuyo administrador único era D. Eugenio y en la que Dña. Elsa actuaba como apoderada



en España, con la categoría de jefe de personal y realizando labores administrativas (extremo igualmente admitido; véase las nóminas aportadas -folios 104 y ss.-, en relación con la relación de actos inscritos -folios 112 y ss.-).

7º La relación conyugal se enfrió progresivamente hasta circunscribirse a aspectos meramente profesionales de la empresa y a través de teléfono y email (dato asimismo aceptado), hasta que, a principios de 2014, D. Eugenio presentó demanda de divorcio, señalando como domicilio a efectos de notificaciones el despacho profesional de su abogada en el pleito (cfr. la copia de la demanda, donde se dice que desde varios atrás, el actor solo retornaba a España en vacaciones para ver a sus hijas -folios 83 y ss.-); dicha demanda dio lugar a la incoación por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo del procedimiento de divorcio contencioso núm. 119/14, en el que Dña. Elsa compareció y mediante escrito de 3 de abril de 2014, tras indicar que el actor residía de manera continuada en Cuba desde hacía más de quince años y durante ese tiempo había constituido una familia y tenido una hija en dicho país, se opuso al régimen de medidas solicitadas por el demandante y formuló demanda reconventional, recayendo con fecha 4 de febrero de 2015 sentencia por la que, estimando en parte la demanda, se declaró el divorcio, atribuyendo a la esposa la guarda de la hija menor y estableciendo una pensión alimenticia de 1300 €/mes, a cargo del padre y a favor de las dos hijas del matrimonio, y una pensión compensatoria a favor de la esposa de 900 €.

8º Con fecha 10 de octubre de 2014 y en su condición de administradora solidaria de la entidad Momeymana, S.L., convocó Junta General Extraordinaria para celebrar el 27 de octubre siguiente, con un único punto en el orden del día, a saber (cfr. el escrito de convocatoria testimoniado notarialmente -folio 216-),

*" Modificación del órgano de administración, reducción de dos administradores solidarios a un administrador único y subsiguiente cese de un administrador "*

9º La convocatoria se mediante remisión de dos cartas por correo certificado con acuse de recibo al otro socio, D. Eugenio , el mismo día 10 de octubre de 2014 y dirigidas a las direcciones de " CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 , de Vigo" y " CALLE001 núm. NUM002 , NUM003 , de Vigo" (cfr. los certificados de las comunicaciones testimoniados en el acta notarial -folio 217-); el primero fue recibido por la empleada de hogar de Dña. Elsa , mientras que el segundo fue devuelto, al haberse dejado aviso sin que nadie pasara a recogerlo (cfr. las certificaciones del Servicio de Correos -folios 300 y ss.-).

10º En la fecha señalada para la Junta, únicamente compareció Dña. Elsa , titular del 50% y que, después de declarar válidamente constituida la Junta, sometió a votación el único punto del orden del día, que fue aprobado con su voto, modificando el sistema de administración, con cese del administrador solidario D. Eugenio y quedando como administradora única Dña. Elsa (cfr. el acta notarial de presencia levantada por el notario Sr. Díaz Losada -folios 209 y ss.-); dicho acuerdo se elevó a público por escritura de 31 de octubre de 2014 (cfr. la copia de la escritura -folios 219 y ss.-), se notificó por el fedatario a D. Eugenio en el domicilio indicado por la requirente Dña. Elsa , sito en la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 , de Vigo, donde se recogió por la emleada de hogar de aquella (según se indica por el propio notario en el acta unida a la escritura (folios 219 y ss.) y se publicó en el BORME de 15 de diciembre de 2014 (cfr. la fotocopia de la publicación -folio 208-).

11º Por conversación telefónica mantenida el 16 de diciembre de 2014, el letrado que asistía a Dña. Elsa en el proceso matrimonial informó a la abogada de D. Eugenio de su cese como administrador de "Momeymana, S.L.", y, ese mismo día, mediante correo electrónico, al abogado que le asesoraba en la liquidación de los gananciales (hecho admitido por los profesionales y ratificado por el correo cuya copia se aporta -folio 206-).

12º D. Eugenio estuvo en Cuba desde el 3 de octubre al 15 de diciembre de 2014 (según se colige del examen de los sellos del pasaporte -folios 71 y ss.-), sin que conste que tuviera en España algún domicilio o apartado para notificaciones fuera del designado para el proceso matrimonial (obsérvese que el situado en la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 , de Vigo, era el que ocupaba la esposa e hija menor, mientras que el que se dice ubicado en la CALLE001 núm. NUM002 , NUM003 , de Vigo, parece que pertenecía a un amigo y solía estar vacío, sin que obren más datos).

13º Con fecha 4 de mayo de 2015, D. Eugenio presentó demanda frente a la entidad "Momeymana, S.L.", en la que solicitaba la nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de octubre de 2014 y los acuerdos en ella adoptados, por vulnerar la convocatoria los arts. 173 LSC y 9 de los Estatutos, y dar lugar a la adopción de un acuerdo ilegal, argumentando que la actuación de Dña. Elsa obedeció a un plan preconcebido para apartar a D. Eugenio del cargo de administrador que ostentaba y hacerse con la administración de la mercantil como administradora única, aprovechando la residencia del demandante en Cuba, para lo cual, sabedora de que había regresado allí, hizo la convocatoria mediante correo certificado dirigido a dos domicilios, uno propio y otro ni ocupado ni propiedad de D. Eugenio , a sabiendas de que así no llegaría a su conocimiento.



14º La demandada Dña. Elsa se opone a la demanda invocando con carácter previo la caducidad de la acción, al haber transcurrido más de 40 días entre la adopción del acuerdo y la impugnación del mismo. En cuanto al fondo, se niega cualquier actuación de ocultación, argumentando que, además de cumplir lo dispuesto en el art. 9 de los Estatutos, mediante la remisión de la convocatoria al domicilio designado, a mayor abundamiento hizo gestiones para averiguar algún domicilio del interesado en España y le remitió la comunicación al que le constaba que D. Eugenio ocupaba cuando estaba en España.

15º Centrado así el debate, la sentencia aprecia la caducidad de la acción ejercitada, por entender que nos hallamos ante un acuerdo anulable, en tanto que vulnera un precepto estatutario, por lo que resulta de aplicación el plazo de 40 días y no el de un año, reservado para los acuerdos nulos, esto es, los acuerdos contrarios a la ley.

Disconforme con esta resolución, el demandante interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía los argumentos expuestos en su escrito de demanda en orden a que nos hallamos ante un supuesto de nulidad, dado que la actuación de la demandada, al haber privado al actor de la posibilidad de asistir por sí o designar un representante en la Junta General donde se acordó el cambio de sistema de administración y su cese, es contraria al art. 173 LSC y al orden público, y vicia de nulidad la convocatoria de la Junta y los acuerdos allí adoptados.

**SEGUNDO.- La acción de impugnación de acuerdos sociales. El concepto de orden público y la caducidad de la acción.**

El art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción vigente en la fecha de celebración de la Junta (recuérdese que fue modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre), establecía:

" 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. (...)"

Y el art. 205 del mismo texto legal, también en su redacción vigente en la fecha de los hechos, regulaba la caducidad de la acción de impugnación en los siguientes términos:

" 1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.

3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» ."

Como se ha expuesto anteriormente, el debate entre las partes -y la respuesta judicial en primera instancia-, se ha centrado en la cuestión de la caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria, y, por ello -dado lo dispuesto en los arts. 204 y 205 LSC y como presupuesto para el tempestivo ejercicio de la acción-, en la determinación de tales acuerdos merecen o no ser calificados como contrarios al orden público, por ser la respuesta afirmativa a ese interrogante la única llave que abriría la posibilidad de que la acción de impugnación estuviese viva.

Nótese que el demandante, hoy recurrente, no relaciona el orden público con el contenido o con la causa de los acuerdos tomados en la Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de octubre de 2014, sino con la celebración de la misma y con los vicios observados en su convocatoria, antecedente jurídico de la valoración de aquellos acuerdos.

La jurisprudencia refiere o conecta el concepto de orden público, 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 ( SSTS 120/2006, de 21 de febrero , 841/2007, de 19 de julio , 222/2010, de 19 de abril , y 120/2015, de 26 de marzo , y las que en ellas se citan).

La STS 596/2007, de 30 de mayo , en relación con un supuesto de nulidad por inexistencia de las juntas supuestamente celebradas, abordado por esta misma Sección 1ª, repasó la jurisprudencia sentada en esta materia:

" Cierto que no es sencillo precisar los contornos del concepto, pero resulta indudable que no cabe limitar su alcance en los términos que se hace en el recurso. Así resulta de una exégesis de la doctrina pronunciada por esta Sala. La sentencia de 18 de mayo de 2000 dice que "en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios



o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE ". La doctrina es recogida en las Sentencias de 4 de marzo de 2002 , que añade que "el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata", y de 26 de septiembre de 2006, que, después de la cita de la doctrina de la Sentencias anteriores y de indicar "que la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado de forma restrictiva el concepto abierto orden público, en orden a admitir la excepción de la falta de caducidad", resalta que "de aquí que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales". La Sentencia de 11 de abril de 2003 recoge la doctrina de las Sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979 diciendo que el orden público nacional "está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada". La Sentencia de 28 de noviembre de 2005, después de poner de relieve las dificultades de fijación del concepto, y que, presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación, debe ser aprehendido en sentido restrictivo a fin de evitar la destrucción de la regla de la caducidad, sin duda establecida en seguridad del tráfico, centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los "principios configuradores de la sociedad" a que se refiere el art. 10 del TRLSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril , en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio. Y, finalmente, la Sentencia de 21 de febrero de 2006 indica que "el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento ( Sentencia de 5 de febrero de 2002 )", y añade que "en ocasiones esos principios, por estar ya contenidos en normas positivas, constituyen un elemento diferenciador entre dos categorías de las mismas, y, en todo caso, el acuerdo puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo". "

Y la misma sentencia concluía que " crear la apariencia de un Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal ( arts. 99 LSA y 48 LSRL ) afectando al orden público societario " .

Poco después, la STS 841/2007, de 19 de julio , insistía en la misma línea doctrinal, reiterando la expuesta en la STS 596/2007, de 30 de mayo , en el sentido de que " cualquiera que sea la concepción que se tenga del orden público a estos efectos, no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable, a lo que añadía que "crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal ( artículos 99 y 48 LSA ), afectando al orden público societario " .

La STS 222/2010, de 19 de abril , tras recordar 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, y aclaraba, con referencia al art. 116 LSA , precedente del que nos ocupa, que entre " las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario " .

En suma, como destaca la STS 120/2015, de 16 de marzo , aunque también en referencia a los arts. 116.1 y 115.2 LSA , dichos preceptos aluden al orden público dando por supuesto que está amparado por la norma infringida, con lo que, al fin, viene a establecer 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 indeterminado, " 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 " .

Este concepto jurisprudencial de orden público "circunstancial" ha tenido su reflejo en la reforma del art. 205.1, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre , que, al establecer el plazo general de caducidad de un año, exceptúa el caso de que la impugnación " tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá "; se añade así a los supuestos de que el acuerdo fuera contrario al orden público por su causa o contenido, el que lo sea en atención a las concretas circunstancias concurrentes.

Llegado este punto podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar, cuando la norma menciona los actos contrarios al "orden público", como subcategoría de los actos contrarios "a la ley", se refiere a aquellos actos que materialmente atentan contra el conjunto de principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico



societario; y, en segundo lugar, que precisamente por tal motivo, ha de ser interpretado de forma restrictiva, lo que supone que no cualquier defecto de convocatoria o infracción legal determina la afectación del "orden público", sino únicamente aquellas que, por su naturaleza, entidad y consecuencias, entrañan una vulneración manifiesta grave de las reglas básicas en las que se fundamenta el orden societario.

Lógicamente, el cumplimiento de las normas sobre correcta convocatoria y constitución de las juntas, en cuanto que presupuestos para válida formación de la voluntad societaria a través de los acuerdos alcanzados, puede afectar a la esencia del régimen jurídico de la sociedad mercantil, y en concreto de la sociedad de responsabilidad limitada, de tal suerte que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir las exigencias elementales, podría llegar en última instancia a vulnerar el orden público en función de las circunstancias en que se produjera la convocatoria, máxime si dicha infracción está teleológicamente dirigida a simular una realidad inexistente o una voluntad social irreal en cuestiones cardinales para la sociedad.

Si esta afirmación puede sostenerse como regla de principio, con mayor motivo en el caso de una sociedad de tipo familiar, en la que el capital social está distribuido al 50% entre ambos cónyuges, que asimismo son administradores solidarios, y el incumplimiento intencionado de los requisitos esenciales se orienta a conseguir la ausencia del otro socio para así adoptar deliberadamente un acuerdo de indudable trascendencia para la sociedad como es el cambio de régimen de administración y la exclusión del socio ausente de cualquier intervención en la gestión social. La convocatoria incorrecta, no ya porque incumpla los requisitos legal o estatutariamente previstos desde el punto de vista formal o incurra en algún defecto, sino porque no llega a conocimiento de los socios por una causa, preordenada por el convocante a tales efectos, vicia de nulidad la convocatoria y, por ende, los acuerdos que hubieran podido adoptarse.

En el caso que nos ocupa, es verdad que la convocatoria se realizó de modo aparentemente respetuoso con el art. 9 de los Estatutos, ya que se envió por correo certificado al domicilio que figuraba en el Libro Registro de socios.

Sin embargo, no se trata del mero cumplimiento de requisitos formales, cuya infracción en modo alguno afecta a la ley, y menos aún al orden público. La razón de ser del nivel de exigencia en la corrección de la convocatoria radica en la trascendencia que tiene a los efectos de la válida constitución de la Junta en la que se forma la voluntad social.

De ahí que el art. 173 LSC, después de establecer en el apartado 1 que, como regla, la junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis, y, si la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social, prevé en el apartado 2, que "[E]n sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita", pero añade la exigencia de ese procedimiento "asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad".

La demandada Dña. Elsa remitió la convocatoria, por correo certificado a un domicilio en el que tenía perfecto conocimiento que no residía desde hacía al menos quince años el demandante, de quien estaba en trámites de divorcio; domicilio que constituía la residencia habitual de la demandada y en el que sabía que quien iba a recoger la comunicación iba a ser la persona que trabajaba en el mismo para ella y sus hijas como empleada de hogar.

Es verdad que la comunicación también se envió, a mayores, por correo certificado a otro domicilio, en el que dice que se alojaba el actor cuando iba a España en los periodos de vacaciones y fiestas navideñas. Pero al margen de la falta de prueba de este extremo, lo cierto es que ese domicilio estaba vacío y las fechas de la convocatoria y de la celebración de la junta no coinciden con ninguno de esos periodos, por lo que esa comunicación estaba destinada a no ser conocida, al menos con tiempo suficiente para que el demandante pudiese asistir a la Junta.

Podría argumentarse que D. Eugenio debía haber participado a la sociedad un domicilio para notificaciones en España y, si no lo hizo, debe asumir las consecuencias.

No obstante, la prueba practicada revela que, por una parte, el demandante sí que había designado un domicilio para notificaciones en el procedimiento de divorcio, que era el de su abogada; y, por otra parte, ambos cónyuges se "carteaban" electrónicamente de forma casi diaria sobre cuestiones profesionales relacionadas con la empresa en la que trabajaban ambos (así se deduce de las copias de los correos electrónicos habidos entre ellos en las fechas que nos ocupan). La conclusión es que, si la demandada hubiera tenido el más mínimo



interés en la válida convocatoria de la Junta, como mecanismo para asegurar la asistencia del actor, o al menos darle la oportunidad de acudir, y garantizar así la correcta formación de la voluntad societaria, hubiera podido informar de la convocatoria a través del correo electrónico o mediante correo ordinario dirigido al domicilio de la abogada que le asistía en el procedimiento matrimonial, o incluso acudiendo a otra forma de publicidad (como la publicación en el Faro de Vigo o en el BORME, según preveía el art. 9 de los Estatutos), porque lo realmente importante a estos efectos era, dada la residencia del actor en el extranjero y el conflicto judicial existente entre ambos, hacer lo posible para que D. Eugenio, titular del 50% del capital social, pudiese conocer la existencia de la convocatoria.

No se adoptó ninguna medida en tal sentido, sino que la demandada se limitó a cumplir formalmente el precepto estatutario, a sabiendas de que la comunicación que hacía estaba destinada al fracaso porque era imposible que llegara a conocimiento del interesado, lo que aseguraba su ausencia en la Junta General Extraordinaria donde se iba a abordar una cuestión tan grave como era su apartamiento de la gestión social, como así sucedió.

Dicho de otra manera, en principio, el defecto en la convocatoria o el mero incumplimiento de las normas legales o estatutarias sobre la convocatoria y la constitución de la Junta de socios no es motivo para estimar infringido el orden público societario. Como tampoco el hecho de que, como consecuencia del cumplimiento rutinario o acrítico de la normativa societaria, un socio no llegue a tener conocimiento de la convocatoria y, por tanto, no asista a la Junta General.

Pero si el incumplimiento o aparente cumplimiento de la norma sobre convocatoria tiene como único fin el impedir al socio titular del restante 50% del capital de la oportunidad de conocer y asistir a la Junta, como mecanismo para privarle del derecho a participar en la adopción de acuerdos clave para el devenir de la sociedad, la actuación trasciende y atenta contra los principios básicos de la normativa societaria, en tanto que impide la correcta constitución del órgano en el que reside la soberanía social y, consecuentemente, determina la inválida formación de la voluntad societaria, vulnerando el art. 173 LSC desde el punto de vista material e incidiendo directamente en el orden público, entendido en el sentido anteriormente expresado, por lo que no cabe hablar de caducidad, sino de la existencia de motivos que justifican la declaración de nulidad de la Junta General y de los acuerdos allí aprobados, con los efectos registrales inherentes (art. 208 LSC).

A la misma conclusión se llega por la vía de los arts. 6 y 7 del Código Civil, que vienen a plasmar los principios cardinales del ejercicio de los derechos y, por tanto, del propio ordenamiento jurídico.

En efecto, la actuación enjuiciada constituye un supuesto paradigmático de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, sancionado en el art. 7.2 CC (al tratarse de una acción -convocatoria- y una omisión -ausencia de comunicación a través del medio idóneo del que se disponía- que, por la intención de su autor, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho), o, más propiamente, de fraude ley previsto en el art. 6.4 CC (el cumplimiento aparente, realizado al amparo del texto de una norma, pero que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él).

En ambos casos, la sanción es la misma, esto es, la nulidad de pleno derecho de la actuación viciada por infracción de una norma imperativa/prohibitiva. Infracción que, aunque a efectos dialécticos se entendiese que no atenta contra el orden público, constituiría en todo caso una flagrante infracción de la ley, para cuya impugnación el art. 205 LSC concede el plazo de un año.

La acción de impugnación no está afectada, pues, por el plazo de caducidad, y, a la vista de las consideraciones expuestas, sea porque se estima atentatoria contra el orden público, sea porque en todo caso viola materialmente la ley, debe ser estimada, con la consiguiente declaración de nulidad de la junta General Extraordinaria y de los acuerdos allí aprobados.

### **TERCERO.- Costas procesales.**

La estimación del recurso comporta que no se haga pronunciamiento de condena sobre las costas de esta alzada ( art. 398 LEC ). En cuanto a las costas de primera instancia, la Sala considera que, no obstante estimarse la demanda, el propio demandante pudo contribuir, al demorar cinco meses la presentación de la demanda desde que tuvo conocimiento de la celebración de la Junta, a generar dudas sobre la naturaleza de la vulneración y, por ende, sobre la procedencia de la caducidad de la acción, apreciada por el Juzgador "a quo", por lo que se estima que concurren elementos que justifican excepcionar la aplicación del principio objetivo del vencimiento ( art. 394.1 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás de General y pertinente aplicación,

**LA SALA**



## FALLA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Eugenio , representado por el procurador Sr. Estévez Cernadas, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo) en fecha 15 de marzo de 2016 , y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución, en el sentido de que, estimando la demanda presentada por D. Eugenio , contra la entidad "Momeymana, S.L.", representada por el procurador Sr. Curbera Fernández, debemos:

1º Declarar la nulidad de la Junta General Extraordinaria de la entidad "Momeymana, S.L.", celebrada el 27 de octubre de 2014, y los acuerdos adoptados en la misma.

2º Declarar la nulidad de la escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales de "Momeymana, S.L.", de fecha 31 de octubre de 2014, autorizada por el notario de Vigo Sr. Díaz Losada, con el número 2190 de su protocolo, con los efectos que se derivan.

3º Condenar a la entidad "Momeymana, S.L." a estar y pasar por estas declaraciones y a ejecutar todo aquello que sea necesario para que tales declaraciones produzcan pleno efecto, incluidos los actos necesarios para anular las inscripciones o anotaciones que se hayan realizado en el Registro Mercantil con motivo de los acuerdos declarados nulos o que de ellos traigan causa.

4º Ordenar la cancelación, en la HOLA PO-47638, correspondiente a "Momeymana, S.L.", de la inscripción relativa a la modificación del órgano de administración acordada en Junta General Extraordinaria de fecha 27 de octubre de 2014, así como de todos los asientos registrales posteriores a dicha inscripción que traigan causa de la misma.

5º Condenar a la demandada "Momeymana, S.L." a la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil, así como a su publicación en extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en ambas instancias.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en la instancia, lo pronuncia, manda y firma la Sala constituida por los Magistrados expuestos al margen.

## VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. DON Jacinto José Pérez Benitez.

En el ejercicio de la facultad establecida en el art. 260 de la LOPJ , discrepo de la argumentación que expone la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala, aunque no del contenido del fallo, por las siguientes razones:

1.- Parto en mi explicación de la detallada exposición de hechos de la ponencia aprobada por mayoría. La clave de la cuestión, a mi juicio, está los ordinales octavo y noveno: convocatoria de la junta el 10.10.14 por la administradora solidaria, a celebrar el 27.10.14, con el único punto del orden del día del cambio en el sistema de administración de la sociedad Momeymana, S.L.

2.- La forma en que se llevó a cabo la convocatoria y su resultado constituye el núcleo del litigio. Se remitió, conforme preveían los estatutos, una carta por correo certificado con acuse de recibo al otro socio en el domicilio designado ( CALLE000 , NUM000 , NUM001 , en Vigo), y otra por el mismo cauce a la CALLE001 , nº NUM002 , NUM003 , Vigo. El primero constituía, antes de su atribución al hijo común y a la esposa, el domicilio familiar. La designación del segundo no se justifica claramente, si bien se conoce que era el domicilio de un amigo de D. Eugenio y que no era ocupado por éste por aquellas fechas. Se parte también del hecho de que D. Eugenio se encontraba en Cuba en la fecha en que se produjo la convocatoria, sin que hubiera designado domicilio para la práctica de notificaciones con respecto a la sociedad, aunque sí había designado el de su letrada en el pleito matrimonial que seguía frente a su esposa, aquí demandante. En la demanda se reconocía que D. Eugenio tenía fijado su domicilio habitual en La Habana desde antes de la constitución de la sociedad.

3.- El objeto del proceso viene constituido por la acción de impugnación de la convocatoria y de la propia junta general celebrada el día 27.10.14. La fundamentación jurídica de la demanda se apoyaba en la cita de un conjunto heterogéneo de preceptos legales, en la transcripción de tres artículos de los estatutos, y en la transcripción del art. 204 LSC.

3.- La sentencia de primera instancia consideró que " *el acuerdo adoptado cuya nulidad se pretende sería contrario a los estatutos* ", por lo que considera que la acción se encontraba caducada al presentarse la demanda, en aplicación del plazo de caducidad de 40 días, previsto en el art. 204 LSC en su redacción aplicable al supuesto.





4.- La interpretación del concepto de orden público, como fundamento de la acción de impugnación, ha dado lugar a un conocido debate doctrinal y jurisprudencial. El estado de la cuestión en la jurisprudencia lo resumimos en nuestra sentencia de 22.5.12 pasado, en línea con lo que propone la propuesta de la mayoría. En los casos resueltos en las sentencias citadas, la apreciación del orden público se refería a la celebración como junta universal de una reunión de socios que no podía considerarse como tal. En aquella resolución nos pronunciábamos en los siguientes términos:

*"El concepto de orden público se ha ido perfilando por la doctrina legal del Tribunal Supremo, partiendo de una formulación muy general, según la cual " está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada" ( SSTS 5.4.1966, 31.12.1979, 11.4.2003 ), aproximándose luego a la Constitución (v., por ejemplo, STS 3.4.2003 : los acuerdos sociales exceptuados del plazo anual de caducidad son aquellos que "atacan los principios establecidos en el ordenamiento constitucional de España, derivados de las normas que tutelan los derechos y libertades fundamentales ") , y, en otra formulación: "el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento " ( SSTS 5.2.2002 y 21.2.2006 ).*

Más en concreto, el Tribunal Supremo, reconociendo expresamente su opción por un concepto restringido de orden público, ha considerado contrarios al orden público los acuerdos sociales que atacan a los accionistas ausentes, a los minoritarios e incluso a los terceros privándolos del derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTS de 18.5.2000 y 4.3.2002 ). Abundando en esa línea, ha dicho que " el concepto de orden público, como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de la caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico " ( STS 28.11.2005 ), que todavía concreta más: " a lo que parece, con la más autorizada doctrina, podría pensarse que en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrar el orden público en los "principios configuradores de la sociedad" a que se refiere el artículo 10 de la Ley, o cuando, como en el caso de la STC de 15 de abril de 1986 , en que el acuerdo lesiona "los derechos y libertades del socio ". La sentencia del tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006 sostuvo que deberá "considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales. El acuerdo nulo por ser contrario al orden público es una categoría excepcional y por ello debe aplicarse la regla del artículo 4.2 del Código Civil " (no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellos). Y añade que una cosa es que el acuerdo sea contrario a los intereses del acreedor y otra contrario al orden público. Resumen la doctrina legal del Tribunal Supremo en esta materia las sentencias de 30 de mayo y de 19 de julio de 2007 , que consideran contrario al orden público el acuerdo adoptado en junta universal a la que no asistió el accionista impugnante. Esta última establece en su fundamento jurídico segundo que: "..... supuestos como el que nos ocupa, tratando de centrar la aplicación del concepto, ciertamente indeterminado, de orden público en conexión con los principios configuradores de la sociedad y con la protección de accionistas ausentes o minoritarios. Es capital a este efecto la Sentencia de 30 de mayo de 2007 , en la que se recoge la doctrina fundamental al respecto. La Sentencia de 28 de noviembre de 2005 ya había indicado que no es fácil la fijación del concepto de orden público que, presentado como excepción a la regla de caducidad que, en efecto, cabe aplicar a los acuerdos nulos (como señala el recurso, en base a las decisiones que cita, sin que ello sea contradictorio en modo alguno con cuanto venimos diciendo), debe ser aprehendido en sentido restrictivo, a fin de evitar que la excepción destruya la regla de caducidad, sin duda establecida para la seguridad del tráfico. Por lo que centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los "principios configuradores de la sociedad" a que se refiere el artículo 10 LSA , y en la lesión de los derechos y libertades del socio ( STC 43/1986, de 15 de abril ). Esta misma idea, de protección de los derechos de los accionistas, está presente en la STS de 18 de mayo de 2000 , cuya doctrina recogen las SSTS de 4 de marzo de 2002 y de 26 de septiembre de 2006 , en la que también se apunta a "normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario", sin perjuicio de otras consideraciones de orden más general que destacan otras decisiones ( SSTS 11 de abril de 2003 , 21 de febrero de 2006 , etc.). La Sentencia de 5 de febrero de 2002 apuntaba que un acuerdo social puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo y, en casos como el presente, declarar que la nulidad que se postula, con oposición al orden público, no radica en el contenido del acuerdo, sino en que fue tomado con grave lesión de los derechos del accionista, especialmente señalados en el artículo 48 LSA , derechos cuya efectiva protección constituye uno de los principios configuradores de la sociedad( artículo 10 LSA ), pues, como decía la repetida Sentencia de 30 de mayo de 2007 , cualquiera que sea la concepción que se tenga del orden público a estos efectos, no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable, a



*lo que añadía que "crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal ( artículos 99 y 48 LSA ), afectando al orden público societario".*

4.- La propuesta de la mayoría, siguiendo el razonamiento que proponía el apelante, considera que la infracción de las normas de convocatoria en el presenta caso afecta a la esencia de la normativa societaria y, por ende, entra en juego la excepción de orden público. Esta es la razón de mi discrepancia. En mi opinión en el caso no resulta afectado el orden público societario, sino las normas legales sobre convocatoria de la junta y, en particular, la regla general de la prohibición del abuso del derecho y de la interdicción del fraude de ley, pues aunque en apariencia se había cumplido el precepto estatutario sobre convocatoria, las circunstancias del caso demostraban que la finalidad perseguida era conseguir el cambio del modelo de administración sin que el otro socio pudiera tener conocimiento de la celebración de la junta. El concepto de orden público es de interpretación estricta y, en mi opinión, se limita a los casos en los que la infracción suponga una vulneración de principios constitucionales, o una contradicción con los principios esenciales de la normativa societaria, en línea con la interpretación general del orden público como límite frente a conductas que contravienen los límites de la autonomía privada. Precisamente por ello, por la gravedad que tales infracciones suponen, la acción no caduca y la legitimación activa se amplía.

5.- En suma, compartiendo la decisión de estimar el recurso y anular, por consiguiente, la celebración de la junta y los acuerdos adoptados, discrepo de que en el caso esté en juego la excepción del orden público para dejar el acuerdo fuera de la regla general de la caducidad. La acción estaba sujeta a un plazo de caducidad de un año, que no se había cumplido cuando se interpuso la demanda.

Dado en Pontevedra, a veintiocho de julio de dos mil dieciséis.

Fdo. Jacinto José Pérez Benitez