



Roj: **AAP SE 882/2004 - ECLI:ES:APSE:2004:882A**

Id Cendoj: **41091370022004200049**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **30/03/2004**

Nº de Recurso: **7108/2003**

Nº de Resolución: **69/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL DAMIAN ALVAREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL SEVILLA

Sección Segunda

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª Instancia nº 8 de Sevilla

ROLLO DE APELACIÓN Nº 7108/03 -F

JUICIO Nº 112/03

A U T O NÚM 69

PRESIDENTE ILTMO. SR.

DON MANUEL DAMIAN ALVAREZ GARCIA.

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS

DON RAFAEL MARQUEZ ROMERO

DON CARLOS MARIA PIÑOL RODRIGUEZ

En la Ciudad de Sevilla a treinta de Marzo de dos mil cuatro.

Visto, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de SEVILLA, el recurso de apelación interpuesto en los autos de Jurisdicción voluntaria (Apelación Auto), procedentes del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia D. Jose Ramón , D. Pedro Enrique , D. Fermín , que en el recurso son parte apelada, representado por el Procurador Sr. Don Mauricio Gordillo Cañas y defendido por letrado D. Eduardo de Carvajal Salido, contra CARMEN DELGADO BAREA S.A, Dª Paloma , siendo ésta en el recurso parte apelante, representada por la Procuradora Dª María Dolores Flores Crocci y defendido por el letrado D. Vicente Hornillos Blasco, y contra D. Vicente , que en el recurso es parte apelante, representado por la letrada Dª Montserrat Cansino Arcenegui.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó auto el día 10 de Abril de 2003, que expresa literalmente en su parte dispositiva:

"Convocar a los socios administradores de la Sociedad Carmen Delgado Barea S.A, con carácter de Ordinaria y Extraordinaria de la compañía mercantil CARMEN DELGADO BAREA S.A, y estableciendo, como Orden del Día de la Junta, el solicitado en el requerimiento notarial, esto es:

1º. Nombramiento de Presidente y Secretario de la Junta.



2º. Renovación del Consejo de Administración (cese de los actuales consejeros o, en su caso, declaración de su cese por caducidad) y nombramiento de nuevos consejeros, previa determinación de su número de acuerdo con lo establecido en el artículo 16º de los Estatutos de la Compañía.

3º. Determinación de las deudas que la Sociedad tiene contraídas con Doña Inmaculada (hoy con su herencia) y con Cornelio (hoy con su herencia), este es determinación de sus respectivos importes, de los intereses que devengan, del plazo para el pago de su principal e intereses, fijándolo, para todas ellas, como máximo al día 10 de Febrero de 2.016. Así como, en su caso, el otorgamiento de garantías para asegurar el pago de dichas deudas.

4º. Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria), así como el informe de gestión de ejercicios 1.999, 2.000 y 2001.

5º. Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación de los resultados de los años 1.999, 2000 y 2.001.

6º. Examen y aprobación, en su caso, de la gestión social (gestión del Consejo de Administración) desarrollada en los años 1.999, 2000 y 2001.

7º. Nombramiento de Auditor de la Sociedad por un plazo igual al establecido como máximo para aquellos casos en que su designación viene impuesta legalmente.

8º. Ruego y preguntas.

9º. Redacción y aprobación, en su caso, del acta de la reunión.

Será DIRECCION000 de dicha asamblea, D. Jose Antonio , con domicilio en Sevilla, CALLE000 nº NUM000 . NUM001 .

Será Secretario de dicha asamblea, D. Alfredo , con domicilio en Sevilla, CALLE001 nº NUM002 .

Se señala para la próxima Junta el día 28 de mayo a las 10.00 horas en primera convocatoria y a las 10.30 horas en segunda convocatoria, a celebrar en la Sede del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, debiendo comunicarse este evento al Ilustre Sr. Decano del Colegio de Abogados para que se encargue de realizar las diligencias necesarias para la efectividad de lo aquí dispuesto.

Requírase a la parte promovente a través del procurador Sr. Gordillo Cañas para que se encargue de la publicación de esta resolución conforme dispongan los estatutos sociales y con antelación suficiente así como también se publiquen en un periódico de tirada amplia en la provincia, debiendo aportar a este Juzgado la copia de esa publicación.

Requírase al que actúe como Secretario para que una vez realizada la Junta aporte copia del acta que se levante.

No se hace expresa imposición en cuanto a las costas. "

Con fecha 7 de mayo de 2003, se dictó auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Debo estimar parcialmente la petición de aclaración promovida por el Sr. Gordillo Cañas, en la representación acreditada en el sentido siguiente:

A) Donde dice socios administradores debe decirse también socios no administradores o simplemente accionistas.

B) Donde dice Junta ha de entenderse Junta General de accionistas.

C) Donde se designa DIRECCION000 a D. Jose Antonio ha de entenderse D. Jose María esto juzgador no tiene ningún inconveniente pero ello excede de ámbito de la simple aclaración, no obstante se hará el cambio y se propondrá a D. Jose María con domicilio en DIRECCION001 NUM003 bloque NUM000 piso NUM000 - NUM004 de Sevilla, a quien se hará saber su nombramiento por el medio más rápido posible.

D) Señalar nueva fecha de primera convocatoria próximo día OCHO DE SEPTIEMBRE A LAS 10.00 HORAS DE SU MAÑANA, EN PRIMER Y EL DIEZ DE SEPTIEMBRE A LAS 10.00 HORAS DE SU MAÑANA EN SEGUNDA.

Publíquese este auto así como el que aclara en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el Diario de Sevilla, a cargo de la parte promovente.

E) No es necesario hacer aclaración sobre las restantes peticiones.

No se hace pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.



Esta resolución forma parte del Auto de fecha 10/04/03, del que sigue su mismo destino jurídico, contándose el plazo para recurrir la misma desde la notificación de este auto (artículo 448.2 L.E.C.).

Lo acuerda.."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo, se turnó de ponencia y se celebró vista oral con la asistencia de los letrados de las partes, quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

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

Visto, siendo ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DAMIAN ALVAREZ GARCIA , quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Tres son los pedimentos que, de forma escalonada y subsidiaria, formulan los apelantes en sendos escritos de formalización de recursos prácticamente coincidentes: a) la declaración de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho de defensa causante de indefensión, y del Art. 1813 de la L. E. Civil de 1881, porque a los administradores no se les notificó la admisión de la demanda, ni se les puso de manifiesto los autos en Secretaría, ni se les otorgó plazo para formular alegaciones; b) la declaración de nulidad de las resoluciones recurridas (autos de 10 de Abril y 7 de Mayo de 2003) por infracción del Art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; c) la modificación del auto apelado, en el sentido de que la junta sólo puede tener el carácter de ordinaria y a la misma no pueden asistir los albaceas Sres. Pedro Enrique y Jose Ramón .

SEGUNDO: El trámite de audiencia a los administradores sociales, que previene el Art. 101.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Decreto legislativo de 22 de Diciembre de 1999, no puede reputarse irregular o incorrectamente practicado, por cuanto la normativa societaria no exige que dicha audiencia, acerca de las razones de la no convocatoria de la junta general de accionistas, se lleve a cabo de una forma determinada; la citación de D^a Paloma y D. Vicente , en su condición de Administradores de la entidad mercantil "Carmen Delgado Barea S.A", con previa indicación del objeto de su convocatoria, y la comparecencia de los mismos ante la presencia judicial el 9 de Abril de 2003 contestando a las cuestiones que le fueron directamente planteadas, cumple las exigencias de indicado precepto legal, no siendo necesario notificar la admisión de una "demanda" -que no existe pues no se trata de un proceso contencioso-, ni dar traslado de la documentación presentada por los solicitantes del procedimiento de jurisdicción voluntaria, pues la finalidad perseguida no era sino oír a los administradores sobre los motivos de no convocar junta general de socios. Además, tratándose de acto de jurisdicción voluntaria "en negocios de comercio", no resulta aplicable el Art. 1813 de la L. E. Civil de 1881 sino los Arts 2109 y siguientes de dicha ley procesal.

TERCERO: El auto de 7 de Mayo no introduce variaciones sustanciales en el contenido del auto de 10 de Abril, sino que lo clarifica y complementa, supliendo omisiones puntuales, con la finalidad de hacer posible la celebración de la junta general de socios, y sin desbordar el ámbito de la aclaración que previene el Art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO: La cuestión nuclear a resolver en los recurso de apelación, interpuestos contra las resoluciones definitivas recaídas en expediente de jurisdicción voluntaria, se centra en la impugnación de la convocatoria judicial de la Junta General de Accionistas de la Sociedad "Carmen Delgado Barea S.A", acogiendo la petición tanto de uno de los accionistas, titular del 2% del capital social, como de los dos albaceas mancomunados de las herencias, indivisas y en partes yacentes, de D^a Inmaculada y su hijo D. Cornelio - quienes, hasta su fallecimiento acaecidos en febrero y enero de 2000, respectivamente, fueron miembros del Consejo de Administración de la citada sociedad mercantil, junto con D^a Paloma , DIRECCION000 y consejera delegada, y D. Vicente , secretario de dicho órgano de gestión-; los solicitantes del procedimiento judicial previamente habían infructuosamente requerido por vía notarial a los administradores sociales - presidenta y secretario - para que en los treinta días siguientes efectuaran la convocatoria pretendida.

QUINTO.- De los Art. 94, 95, 100 y 101 de la Ley de Sociedades Anónimas se infiere: a) que incumbe a los administradores sociales, como integrantes del órgano de gestión y representación, el cometido de convocar la junta general, ordinaria o extraordinaria, de accionistas (Art. 94); b) que la junta general ordinaria es aquella que necesariamente y por disposición legal ha de reunirse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio. (Art. 95), y si los administradores incumplen la obligación legal de convocarla para su celebración en el plazo marcado, puede hacerlo el Juez con audiencia de los administradores y a petición de los socios, sin que sea necesario que éstos sean varios ni que representen una cifra porcentual del capital social (Art. 101.1); c) que la convocatoria de junta general extraordinaria es facultad de los administradores cuando lo estimen conveniente



para los intereses sociales (Art. 100.1), constituye una obligación de los mismos cuando lo soliciten socios que representen al menos el 5% del capital social (Art. 100.2), y puede ser judicialmente convocada cuando lo pidan socios titulares del al menos la vigésima parte del capital (Art. 101.2).

La diferencia entre junta ordinaria y junta extraordinaria no radica en la naturaleza de los asuntos a tratar, sino que será ordinaria aquella que necesariamente debe celebrarse dentro del primer semestre de cada ejercicio económico, siendo extraordinarias las restantes que, además de la impuesta por ley, puedan celebrarse; nada impide que en la única junta ordinaria, puedan abordarse otras cuestiones sociales, además de las enumeradas en el Art. 95 con el carácter de contenido preceptivo y mínimo, siempre que aparezcan comprendidas en el orden del día.

SEXTO.- Ciertamente a los albaceas, como ejecutores de la voluntad del causante plasmada en el testamento, no les incumbe la administración de la herencia, salvo que expresamente le hubiera sido conferida dicha función por el testador, ampliando por la vía del Art. 901 del Código Civil las facultades legales del Art. 902. Sin embargo, están facultados para realizar los actos necesarios para cumplir su cometido, sin excluir de entre ellos la solicitud de convocatoria y la asistencia a junta general de accionistas de una sociedad anónima, parte de cuyas acciones forman parte integrante de la herencia, ante la pasividad de los administradores, pues se trataría de actuaciones encaminadas a la conservación de los bienes hereditarios.

Los miembros del Consejo de Administración de Cadelbasa se negaron a atender el requerimiento notarial encaminado a obtener la convocatoria de junta general de socios o accionistas, practicado cuando ya había transcurrido el primer semestre del año 2002, sin que las razones aducidas sean admisibles. Aunque a efectos puramente dialécticos pudiera estimarse que los albaceas carecen de legitimación para solicitar la convocatoria del órgano social deliberante y decisor, resulta incuestionable que el Sr. Fermín reúne la condición de accionista, y para exigir la convocatoria de junta general -que necesariamente y por imperativo legal debió celebrarse en los primeros seis meses de dos mil dos- no es exigible la titularidad de una cifra o porcentaje del capital social; un único socio, aunque no represente el 5% del capital, puede instar de los administradores la convocatoria en plazo legal de junta ordinaria, si bien para solicitar además la celebración de otras juntas no impuestas por la Ley, y que tendrían el carácter de extraordinarias, sería preciso que reuniera al menos la vigésima parte del capital.

SEPTIMO: Por las anteriores consideraciones, los recursos de apelación articulados por la presidenta y el secretario del Consejo de Administración de Cadelbasa -cuyos cargos han caducado por transcurso del plazo estatutario de cinco años desde su designación - no pueden ser acogidos, sin que tenga relevancia otorgar a la postulada junta general de accionistas sólo el carácter de ordinaria, pues, de una parte, las cuestiones a tratar en este tipo de juntas no se circunscriben en exclusiva a las que como necesarias relaciona el Art. 95 de la ley de Sociedades Anónimas, y de otra parte, el orden del día, judicialmente fijado a instancia de los solicitantes, comprende la censura de la gestión social, la aprobación de cuentas, la aplicación del resultado (contenido mínimo e imperativo según el mentado Art. 95), y, además, la renovación de los cargos de DIRECCION000 y Secretario que habían caducado (contenido necesario para el adecuado funcionamiento de la sociedad).

OCTAVO: La desestimación de los recursos de apelación, y la consiguiente confirmación de la resolución combatida, conduce a la imposición a los recurrentes de las costas procesales de alzada.

Vistos los preceptos legalmente aplicables.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora Doña María Dolores Flores Crocci en nombre y representación de DOÑA Paloma , y por, DON Vicente , contra el auto de fecha 10 de Abril de 2003, aclarado por auto de 7 de Mayo del mismo año, y confirmar la resolución apelada, imponiendo las costas procesales de segundo grado a los recurrentes.

Así por este nuestro auto, debidamente juzgando la pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.