



Roj: **SJM M 3659/2014 - ECLI:ES:JMM:2014:3659**

Id Cendoj: **28079470102014100071**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **22/05/2014**

Nº de Recurso: **253/2012**

Nº de Resolución: **76/2014**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **TEODORO LADRON RODA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 10

MADRID

SENTENCIA: 00076/2014

Procedimiento: Juicio ordinario número 253/2012

SENTENCIA Nº 76/14

En Madrid, a 22 de mayo de 2014.

Vistos y oídos por D. TEODORO LADRÓN RODA, Magistrado-Juez de refuerzo en comisión de servicios en el Juzgado Mercantil nº 10 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos bajo el número **253/2012**, a instancia de D. Everardo, ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. GABRIEL DE DIEGO QUEVEDO y su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./Dª. DAMIÁN GAUBEKA LÓPEZ, contra LAMBERTS ESPAÑOLA, SL, ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. ISABEL AFONSO RODRÍGUEZ y su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./Dª. JORDI CASSERRAS GASOL, con la intervención adhesiva prevista en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante), en la posición de la parte demandada, de Dª. Edurme, ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./Dª. MARÍA DEL PILAR CORTÉS GALÁN y su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./Dª. FRANCISCO JAVIER CARBONELL RODRÍGUEZ, sobre impugnación de acuerdos sociales y resultando los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

1.- Por e/l/a Procurador/a D./Dª. GABRIEL DE DIEGO QUEVEDO, en nombre y representación de la parte actora D. Everardo, se presentó escrito formulando demanda de juicio ordinario contra LAMBERTS ESPAÑOLA, SL. Demanda basada en los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar por suplicar al Juzgado dicte SENTENCIA, "que acuerde:

1) La nulidad radical de las Juntas y de los Acuerdos objeto de la presente Interpelación Judicial, celebradas el día 14 de Marzo de 2011 y el día 9 de Mayo de 2011, dejando sin efecto jurídico los acuerdos adoptados en las mismas, por ser contrarios al orden público y, subsidiariamente, por ser contrarios a la ley.

2) La condena en costas de la sociedad demandada".

2.- Se dictó decreto por el que fue admitida a trámite la demanda interpuesta y se confirió traslado de la misma emplazándose a la parte demandada. Por e/l/a Procurador/a D./Dª. JOSÉ MARÍA MARTÍN RODRÍGUEZ,

en nombre y representación de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL, se presentó escrito solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de que se dicte SENTENCIA "desestimando la demanda y con imposición de costas al demandante".



Por escrito de fecha 13/9/12, D^a. Edurne , actuando en nombre propio, en beneficio de la comunidad hereditaria de D. Melchor y en beneficio de D^a. Mónica , como partícipe de la sociedad postganancial formada entre D^a. Mónica y D. Melchor , se personó en el procedimiento, ostentando su representación e/l/a Procurador/a D./D^a. MARÍA DEL PILAR CORTÉS GALÁN y su defensa técnica e/l/a Letrado/a D./D^a. FRANCISCO JAVIER CARBONELL RODRÍGUEZ, como interviniente adhesiva del artículo 13 de la LEC , en la posición formal (que no material) de parte demandada, efectuando las alegaciones necesarias para su defensa conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 13.3 de la LEC , dándose traslado al resto de las partes por diez días.

El Procurador/a D./D^a. JOSÉ MARÍA MARTÍN RODRÍGUEZ, renunció a la representación de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL y en diligencia de ordenación de fecha 23/2/13, se tuvo por personada a la Procurador/a D./D^a. ISABEL AFONSO RODRÍGUEZ en nombre y representación de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL, con la defensa técnica e/l/a Letrado/a D./D^a. JORDI CASSERRAS GASOL.

3.- En diligencia de ordenación se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa, celebrada el día señalado con asistencia de las partes. Audiencia que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos y en la que, ratificándose las partes en sus planteamientos iniciales, concretaron sus pretensiones, acordándose por SS^a que no procedía la condena en cotas de la representación procesal de D^a. Edurne efectuada en el Decreto de 27/2/13; después, las partes se pronunciaron respecto a los documentos aportados de contrario, no impugnando ninguno. Recibido el juicio a prueba, por la parte actora se propusieron como medios de prueba: documental, que se tengan por reproducidos los documentos aportados con la demanda, más documental, consistente en hacer propio el acuse de recibo presentado como en el documento agrupado nº 7 de la contestación de la demanda por la representación procesal de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL y más documental, que se libre oficio a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA. Por la representación procesal de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL se propusieron como medios de prueba: documental, que se tenga por reproducida la aportada con la contestación de la demanda. Por la representación procesal de D^a. Edurne se propusieron como medios de prueba: interrogatorio de la actora, documental, consistente en hacer propia la aportada en la contestación de la demanda de la representación procesal de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL y más documental, consistente en librar oficio a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA. Todas las pruebas propuestas fueron declaradas pertinentes excepto la más documental, consistente en librar oficio a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, propuesta por la representación procesal de D^a. Edurne , que resultó inadmitida por las razones que constan en autos.

4.- El acto de juicio, con asistencia de las partes, se desarrolló el día señalado. Juicio que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos. Tras practicarse el resto de las pruebas declaradas pertinentes y efectuarse las conclusiones por los letrados, quedaron los autos pendientes de dictarse sentencia.

5.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1.- Los hechos y consideraciones relevantes para la decisión del presente pleito son los siguientes:

Con fecha **18/6/10** se celebró Junta de la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL (documento nº 3 de la contestación de la demanda de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL) a la que asistieron:

D. Carlos María , que ostentaba la titularidad, propia y por representación de la herencia yacente de su esposa, D^a. Clara , de un **17,64 %** .

D^a. Edurne , que ostentaba la titularidad, por representación, de un **41,18 %** de las participaciones en que se divide el capital social, pertenecientes a la herencia yacente de su padre, D. Melchor , y a la sociedad postganancial de la que era partícipe su madre, D^a. Mónica .

Es decir; estuvo presente un total del **58,82 %** de las participaciones en que se divide el capital social de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL. No estuvo presente el socio y Administrador Único, D. Everardo , que ostenta la titularidad del **41,18 %** restante de las participaciones en que se divide el capital social.

D^a. Edurne y D. Everardo son primos, y la primera había sido apoderada de la sociedad conforme a escritura pública otorgada el 18/5/10 e inscrita en el Registro Mercantil el 1/6/10 (documento nº 12 de la contestación de la demanda de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL).

En dicha Junta se acordó el cese del Administrador Único, D. Everardo , se aprobó el ejercicio de una acción social de responsabilidad contra el mismo y se nombró nueva Administradora Única de la sociedad a D^a.



Edurne , todo ello por acuerdos propuestos y adoptados en la misma Junta, es decir, que no figuraban en el orden del día de la convocatoria.

Con fecha 22/7/10, el Letrado de D. Everardo comunicó a la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL que tengan como nuevo domicilio de D. Everardo , a todos los efectos oportunos, incluyendo cualquier notificación o convocatoria, el siguiente:

D. Everardo , NUM000 DIRECCION000 , Miami Florida 33173 (documento nº 6 de la contestación de la demanda por la representación procesal de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL).

Los estatutos de la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL (documento nº 2 de la demanda), transcritos en su parte necesaria, disponen lo siguiente:

"Artículo. 13º.- El cargo de Administrador estará retribuido y **consistirá en una cantidad fija, que determinará anualmente la Junta general** ".

...Artículo 17º.- La Junta General se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Deberá ser convocada, anunciándose tal celebración, **con un mínimo de veinte días de anticipación** , salvo para los casos de fusión y escisión, en los que antelación deberá ser de un mes como mínimo, por medio de cartas certificadas con acuse de recibo dirigidas a cada uno de los socios, que deberán remitirse al domicilio que éstos hubieren designado a tal fin y, en su defecto, al que resulte del Libro Registro de Socios, firmando las mismas un Administrador. La comunicación expresará el nombre de la Sociedad, la fecha y hora de la reunión y el Orden del Día. Se harán constar en el anuncio las menciones obligatorias que, en cada caso, exija la Ley en relación a los temas a tratar..."

Con fecha **24/2/12** , se remitió convocatoria de Junta General Ordinaria y simultánea, y sucesivamente, Junta General Extraordinaria de la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL al socio D. Everardo , a celebrar el día 14/3/11 a las 10.00 horas (documento nº 4 y nº 5 de la demanda y documento nº 7, agrupado, de la contestación de la demanda de la representación procesal de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL).

El orden del día de la Junta de **14/3/11** era el siguiente:

1º Examen y aprobación de las cuentas del ejercicio 2010, aprobación de la gestión social / decisión sobre la aplicación de resultado.

2º Subsanación formal de los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria celebrada el 18 de junio de 2010.

3º Decisión sobre el establecimiento y modificación de la prestación de servicios por los administradores de la sociedad durante los ejercicios 2010 y 2011.

4º Fijación y aprobación, en su caso, de la retribución del órgano de administración durante los ejercicios 2010 y 2011.

5º. Modificación de los estatutos sociales en sus artículos 13 y 17 mediante nueva redacción.

6º Delegación de facultades para la formalización y ejecución de los acuerdos adoptados.

Se hace constar el derecho de los socios a solicitar y obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que han de ser sometidos a aprobación relativos al punto 1º del orden del día y en el supuesto de la modificación de los estatutos -punto 5º- el derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta" (documento nº 4 de la demanda).

La junta se celebró el **14/3/11** , asistiendo a ella las mismas personas y con las mismas titularidades, propias y por representación, que asistieron a la Junta de 18/6/10. Es decir, estuvo presente un total del 58,82 % de las participaciones en que se divide el capital social de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL. No estuvo presente el socio D. Everardo que, como se ha dicho, ostenta la titularidad del 41,18 % restante de las participaciones en que se divide el capital social.

En la junta de 14/3/11 se aprobaron por unanimidad todos los acuerdos del orden del día. Según se expresa en el acta, los acuerdos aprobados fueron:

1º. Edurne lee el Punto 1º y cede la palabra a Leonardo , para que explique todo lo referente a las cuentas del año 2010. El Sr. Leonardo explica las circunstancias especiales en las que se hizo cargo de la contabilidad y dice que las cuentas se han hecho llegar, con anterioridad a este acto, a todos los que las han solicitado, por lo que esta dispuesto a contestar a cualquier pregunta que le deseen hacer.

No hay preguntas.



La Administradora Única refiere que desde que se hizo cargo de la administración de la sociedad ha conseguido reducir costos, implantar un nuevo sistema retributivo de los trabajadores que sustituye al anterior mediante compensación y absorción de conceptos retributivos, que clarifica el sistema de costes laborales; han aumentado las ventas y también ha aumentado la presencia de LAMBERTS en mayor número de áreas, en toda España. En resumen, ha racionalizado y optimizado el funcionamiento de la empresa.

Carlos María y Everardo han comentado en más de una ocasión su deseo de que se realice el mayor reparto posible de dividendos, con lo que está de acuerdo Edurne, y respetando las reservas necesarias para compras, propone, según consta en su propuesta, que se realice un reparto del 90% de los dividendos en proporción al capital social y el 10% a reserva.

Leonardo pasa a informar de la cifra que le corresponde percibir a cada Socio.

Se aprueba este Punto por unanimidad de todos los socios presentes y representados.

2o. Edurne lee el Punto 2o y cede la palabra a Candido, quien explica los motivos por los que se incluyó este punto en el orden del día y como se va a proceder.

Ha existido una discordancia entre la redacción del acta de la Junta y la certificación de acuerdos debido al error en la consideración de la naturaleza de la Junta del ejercicio anterior, pero que no tiene eficacia material en los derechos de los partícipes, dado que sólo se trata de subsanar cuestiones formales, pero debe quedar constancia del carácter ordinario y no universal de la Junta del ejercicio 2009.

Se aprueba este Punto por unanimidad de todos los socios presentes y representados.

3o. El sistema propuesto de retribución es el tradicional de la sociedad -prestación de servicios- pero ajustándolo a las previsiones legales de aprobación por la Junta General -alta dirección-, por eso la propuesta es la firma, con efectos desde el nombramiento de la actual administradora de la sociedad de un contrato de alto cargo cuyo objeto sea la prestación de servicios de gerencia en todas las áreas de la sociedad, de carácter presencial y sujeción a horario, mediante una retribución de quince (15) mensualidades de ocho mil euros (8.000,00) cada una, más una cláusula de indemnización por extinción de contrato de dos anualidades de retribución bruta, ya en caso de desistimiento, como de despido o de resolución contractual.

Se aprueba este Punto por unanimidad de todos los socios presentes y representados.

4o. Tomando en consideración el éxito alcanzado por la actual Administradora Única, Edurne, desde su nombramiento en junio de 2010 hasta el final del ejercicio, según las cuentas aprobadas, se acuerda que perciba, por el desempeño de las funciones de Administradora Única, la cantidad de cincuenta mil euros, según la retribución establecida en los estatutos sociales.

Para el año 2011, se le asigna una retribución del diez por ciento (10%), sobre beneficios, si su trayectoria al frente de la empresa sigue por el camino exitoso que ha iniciado.

Se aprueba este Punto por unanimidad de todos los socios presentes y representados.

5o. Edurne lee el Punto 5o y da la palabra a Candido, quien explica la modificación de los Estatutos Sociales, en sus artículos 13 y 17, que quedarían con la redacción ya facilitada a los Socios que los han solicitado.

Dicha redacción es la siguiente:

Artículo 17

La junta general será convocada por el órgano de administración mediante carta certificada o cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrito, que garantice su recepción por el socio, a cuyo efecto los socios residentes en el extranjero deberán designar un domicilio en territorio nacional a los efectos de las comunicaciones con la sociedad. En relación con otros aspectos relativos a la convocatoria, periodicidad, lugar de celebración y mayorías para adoptar acuerdos de la junta general se aplicarán las normas previstas en la Ley de Sociedades de Capital aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Artículo 13.

El cargo de administrador será retribuido y consistirá en una cantidad fija que se determinará anualmente en la junta general ordinaria para todo el ejercicio de la fecha de su aprobación.

Si la sociedad estuviera administrada por un administrador único que realizara prestaciones de gerencia social relativas al objeto social y distintas de la administración social se deberá celebrar un contrato de prestación de servicios o de alta dirección que deberá ser aprobado por la Junta de conformidad con el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Se aprueba este Punto por unanimidad de todos los socios presentes y representados.



6o. Se faculta a la Administradora Única, D^{ña}. Eburne para que pueda elevar a público y formalizar la inscripción de los acuerdos adoptados o realizar los trámites necesarios para la perfecta ejecución e inscripción de los acuerdos adoptados, incluso otorgando escrituras de subsanación.

Se aprueba este Punto por unanimidad de todos los socios presentes y representados".

D. Everardo recibió la convocatoria de dicha Junta el **22/3/11** (documento nº 6 de la demanda), es decir, ocho días después de celebrada la Junta.

Los acuerdos adoptados en la Junta de **14/3/11** no pudieron ser inscritos nunca en el Registro Mercantil dada la negativa del Registrador Mercantil a inscribirlos, por que entre la remisión de la convocatoria a D. Everardo (24/2/11) y la celebración de la junta (14/3/11) habían transcurrido 18 días, y no los 20 días que marcan los estatutos.

Por tal motivo, se decide celebrar una segunda junta con idéntico orden del día que la junta de **14/3/11** y, a tal fin, con fecha **14/4/11**, se remite la convocatoria de la junta a D. Everardo por carta certificada con aviso de recibo a la dirección que había expresado dicho socio a los fines de recibir notificaciones de convocatoria de juntas (documento nº 11 de la contestación de la demanda de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL y resguardo de remisión original aportado con el escrito de alegaciones de la interviniente adhesiva, D^a. Eburne). **La parte demandada no ha podido aportar el aviso de recibo de dicha carta.** Esta segunda Junta General se celebra el **9/5/11** y coincide con la Junta de **14/3/11** en el capital presente y representado, y en todo el contenido del acta que desarrolla los acuerdos adoptados en relación a idénticos puntos del orden del día (documento nº 10 de la contestación de la demanda de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL). Ambas juntas sólo difieren en las fechas y en que en la de 9/5/11 se indica el lugar de celebración y no se menciona la asistencia del Letrado D. Candido ; por tal motivo, las referencias que aparecen a D. Candido en los párrafos primeros de los puntos 2º y 5º del orden del día en el acta de la Junta de **14/3/11**, aparecen referidos al Sr. Leonardo, asesor fiscal de la sociedad, en los mismos párrafos y puntos del acta de la Junta de **9/5/11**.

Con fecha 23/9/11 el Sr. Leonardo remite el acta de la Junta de **9/5/11** a D. Everardo en un correo electrónico. Con fecha 29/9/11, D^a. Eburne remite un correo electrónico a D. Everardo en el que le dice que cree que el contenido del acta de la Junta de **14/3/11** es igual al del acta de la Junta de **9/5/11**, que ya obra en su poder (documento nº 8, agrupado, de la demanda).

Con fecha **28/11/11** D. Everardo compra a D. Carlos María y a los herederos de la esposa de éste, el 17,64 % de las participaciones en que se divide el capital social de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL (documento nº 1, agrupado, de la demanda), con lo que pasa a ser el socio mayoritario, ostentando la titularidad de un 58,82 % de las participaciones en que se divide el capital social. D. Everardo hizo uso de la nueva mayoría que ostenta, cesó a D^a. Eburne como Administradora Única y en Junta General Extraordinaria de **23/8/12** nombró a D. Fernando Administrador Único de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL (escritura de poderes adjunta al escrito de 3/12/12 de la representación procesal de D^a. Eburne).

En la demanda origen del presente procedimiento, la representación procesal de D. Everardo solicita la nulidad radical de las Juntas y de los Acuerdos objeto de la presente Interpelación Judicial, celebradas el día 14/3/11 y el día 9/5/11, dejando sin efecto jurídico los acuerdos adoptados en las mismas, por ser contrarios al orden público y, subsidiariamente, por ser contrarios a la ley.

2.- La petición de la actora en el *petitum* de su demanda de que se declare la nulidad radical de las Juntas de **14/3/11** y de **9/5/11** debe ser convenientemente matizada.

Es preciso aclarar que, cuando la parte demandante solicita en el *petitum* de su demanda la "**nulidad radical de las Juntas**" debiera referirse, en puridad jurídica, a la **nulidad de todos los acuerdos de las Juntas** puesto que lo que puede declararse nulo no es la junta, el consejo de administración o la convocatoria, sino lo que tiene trascendencia jurídica, es decir, **todos o parte de los acuerdos aprobados en ellas** [sentencias de la Audiencia Provincial (SS AP, en adelante), de Madrid, Sección 28ª, de 2/12/11, Repertorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ, en adelante): SAP M 18979/2011, de 1/12/08, ROJ: SAP M 17423/2008 y de 20/4/06, ROJ: SAP M 6515/2006].

Por ello, cuando la actora dice en su *petitum* que solicita la declaración de "nulidad radical de las Juntas y de los Acuerdos" hay que entender que solicita la declaración de nulidad radical de TODOS LOS ACUERDOS aprobados en ambas Juntas.

Pues bien; en primer lugar hemos de analizar la Junta de 14/3/11 y ver si concurre el supuesto típico de nulidad radical de todos los acuerdos aprobados, que es la infracción de las normas que regulan la convocatoria, concretamente, por que no se ha respetado el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta (artículo 176 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, TRLSC, en adelante).



En relación a la Junta de **14/3/11** ha de decirse que **no concurre esa nulidad radical** por infracción de las normas que rigen la convocatoria por no haberse respetado el mencionado plazo. La Resolución de la Dirección General del Registros y del Notariado (RDGRN, en adelante) de 10/1/02 (BOE 4/3/02) es totalmente clarificadora al respecto cuando dice:

1º).- Que la línea seguida por el Tribunal Supremo (sentencias de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994) sostiene que el cómputo del plazo entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la junta (es decir, el actual 176.1 del TRLSC) 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.

2º).- Que en los casos de convocatoria individual para cada socio (por ejemplo, cuando se hace por correo certificado) el artículo 46.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo , que regula las Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL, en adelante), equivalente al actual 176.1 y 176.3 del TRLSC, establece que el plazo **se computa desde la remisión del anuncio al último de los socios y no desde la fecha de recepción del anuncio por los socios** , por que "cuando el legislador quiere tener en cuenta la recepción de un anuncio o de una comunicación así lo establece expresamente (cfr. el mismo artículo 43, en su apartado 2, así como los artículos 31.3, inciso inicial, 75.2 -éste a sensu contrario-, 81.1, 97.1, párrafo segundo, y 101 y 103.2 de la LSRL).

3º).- Que, consecuentemente con lo que acaba de exponerse, en los casos de convocatoria individual para cada socio **no puede excluirse el día de remisión por correo del anuncio por el hecho de que el socio no podrá conocer su existencia hasta la recepción del anuncio** .

La trascendencia de dicho criterio para el caso que nos ocupa es que entre el día de remisión de la convocatoria por correo certificado (24/2/11) y el día de la celebración de la Junta (14/3/11) han transcurrido **18 días** . Ello quiere decir que no nos encontramos ante acuerdos nulos, es decir, adoptados con vulneración del artículo 176.1 del TRLSC, que establece un plazo de 15 días, **sino ante acuerdos anulables** , por que el artículo 17 de los estatutos de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL establece que la junta ha de ser convocada con un mínimo de **20 días** de anticipación.

Luego los acuerdos adoptados en la Junta de **14/3/11** no son radicalmente nulos por haberse infringido el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta y son acuerdos anulables, por que sí se han infringido las disposiciones estatutarias que rigen la convocatoria de las juntas.

El *dies a quo* para impugnar como anulables los acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil empieza a contarse desde la fecha de la publicación de los acuerdos en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (artículo 205.3 del TRLSC, STS de 17/2/05, ROJ: STS 969/2005 , Auto AP de Madrid, Sección 28ª, de 13/1/12, ROJ: AAP M 2780/2012 y SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 25/9/08, ROJ: SAP GC 3964/2008); con mayor motivo cuando el socio no ha asistido a la Junta ni ha tenido conocimiento del acta de la misma. El acuerdo en relación al punto 5º del orden del día de la Junta de **14/3/11** , "Modificación de los estatutos sociales en sus artículos 13 y 17 mediante nueva redacción", es inscribible en el Registro Mercantil (artículos 94.1.2 º y 158 del Reglamento del Registro Mercantil, RRM , en adelante). Dicho acuerdo no ha sido inscrito nunca en el Registro Mercantil por que, como reconoce la parte demandada, el Registrador Mercantil se negó a inscribirlo al no haber transcurrido el plazo de 20 días entre la remisión de la convocatoria a D. Everardo y la celebración de la Junta, motivo por el que la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL se vió obligada a celebrar una segunda Junta, la de 9/5/11, que subsanara tal defecto. La falta de inscripción del acuerdo adoptado en relación al punto 5º del orden del día de la Junta de 14/3/11 determina que no ha transcurrido para D. Everardo el plazo de 40 días para impugnar dicho acuerdo como anulable (por no haber transcurrido el plazo de 20 días entre la remisión de la convocatoria y la celebración de la junta) por que ni siquiera se ha iniciado el primer día del cómputo de dicho plazo de caducidad.

Los efectos materiales de la anulabilidad son los mismos que los de la nulidad, **falta de validez del acuerdo "extunc"** . La SAP de Madrid, Sección 28ª, de 31/5/13 (ROJ: SAP M 9835/2013) trata de la distinción y semejanzas entre los acuerdos nulos y anulables en los términos que siguen:

"En el marco regulador de la impugnación de acuerdos sociales, el término " anulable " opera únicamente a efectos identificativos de una categoría de acuerdos susceptibles de ser declarados inválidos que se establece en función de las causas concretas de las que se hace derivar la invalidez. A la invocación de tales causas como fundamento de la invalidez del acuerdo se anuda un concreto régimen de caducidad y de legitimación para el ejercicio de la correspondiente acción, constituyendo este particular régimen la única especificidad frente al tratamiento que la norma otorga a los acuerdos reputados "nulos". Así pues, la causa generante de invalidez, el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación y las personas legitimadas para ejercitarla constituyen la única razón de diferencia entre los acuerdos "nulos" y los "anulables". Ninguna distinción cabe establecer entre estas dos categorías por razón de los efectos que produce la constatación judicial de la concurrencia de la causa que califica el acuerdo como nulo o como anulable : **en uno y otro caso el acuerdo se considerará**



inválido con efectos ex tunc ...Resulta claro, pues, que una vez que se ha constatado que un determinado acuerdo resulta contrario a los estatutos o lesivo para los intereses de la sociedad en beneficio de socios o de terceros, lo procedente es declararlo nulo, no anulable".

Todo ello nos lleva a concluir que no se cambia la causa de pedir por que se declare la nulidad del acuerdo adoptado en relación al punto 5º del orden del día por anulabilidad, ya que no cambia ni el hecho (incumplimiento del plazo estatutario de 20 días entre convocatoria y junta) ni la petición (nulidad del acuerdo) efectuados en la demanda, ejercitando el Juzgador el *iura novit curia* en la aplicación de la anulabilidad, que es lo que permite, con el hecho alegado en la demanda, obtener la pretensión pedida en la misma.

En consecuencia, el acuerdo adoptado en la Junta de 14/3/11 en relación al punto 5º del orden del día es anulable, por no haberse respetado el plazo estatutario entre la remisión de la convocatoria y la celebración de la Junta y ha de ser declarado nulo en esta resolución. Y dicha declaración de nulidad se extiende parcialmente al acuerdo adoptado en relación al punto 6º, en la parte en que este desarrolle o ejecute aquel.

Procede, seguidamente, **analizar la excepción de caducidad** opuesta por la parte demandada y ver cómo afecta al resto de los acuerdos adoptados en la Junta de 14/3/11 que son, precisamente, los acuerdos no inscribibles.

Es evidente que entre el día **14/3/11**, fecha en que se celebra la Junta cuyos acuerdos se impugnan, y el día **4/5/12**, fecha en que se interpone la demanda del presente procedimiento, para los acuerdos no inscribibles han transcurrido tanto el plazo de 40 días que establece el artículo 205.2 del TRLSC para impugnar los acuerdos anulables como el plazo de caducidad de un año que establece el artículo 205.1 del TRLSC para impugnar los acuerdos nulos contrarios a la ley.

Consciente de ello, la parte actora sostiene que los acuerdos aprobados en la Junta de 14/3/11 son contrarios al orden público y, por lo tanto, para impugnarlos no hay plazo alguno ni les resulta aplicable el plazo de caducidad de un año. Por tal motivo plantea como petición principal del *petitum* de su demanda que se declare la nulidad radical de dichos acuerdos por ser contrarios al orden público. Entiende la demandante que los acuerdos son contrarios al orden público por que, al recibirse la convocatoria ocho días después de celebrada la Junta, se ha privado a D. Everardo de la posibilidad de asistir a la Junta de 14/3/11 y de ejercer el derecho de voto en la misma. Dichas afirmaciones son totalmente ciertas y habrían resultado infringidos tanto el artículo 93 c) del TRLSC, que establece el derecho genérico del socio a asistir y votar en las juntas como, más específicamente, el 179.1 del TRLSC, que establece que en la sociedad de responsabilidad limitada todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general y el artículo 188.1 del TRLSC, que establece que el titular de cada participación social tiene derecho a emitir su voto. Cabría añadir que, al privarle de poder asistir a la Junta se la ha privado de la posibilidad de deliberar en ella e influir con su opinión sobre el resto de los socios así como la posibilidad de ejercer el derecho de información en la propia Junta. Además, la parte actora afirma que se le ha privado por completo de la posibilidad de impugnar los acuerdos como anulables, concretamente los acuerdos adoptados en relación a los puntos 3º y 4º del orden del día; según la demandante, dichos acuerdos son lesivos, es decir, lesionan el interés social en beneficio de uno o varios socios y, como tales acuerdos lesivos, anulables (artículo 204.1 y 2 del TRLSC). Esta última afirmación de la demandante resulta discutible, como luego tendremos ocasión de exponer.

Todo ello nos lleva a analizar el concepto de orden público y a determinar si los acuerdos no inscribibles aprobados en la Junta de 14/3/11 son contrarios al orden público.

Las SSTs de 19/4/10 (ROJ: STS 2690/2010) y de 21/2/06 (ROJ: STS 761/2006) tratan de definir el concepto de orden público. La antedicha STS de 21/2/06 expresa 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 2.002). En ocasiones esos principios, por estar ya contenidos en normas positivas, constituyen un elemento diferenciador entre dos categorías de las mismas".

La consideración de un acuerdo como contrario al orden público permite su impugnación cuando se ha superado el plazo de caducidad de un año que fija el artículo 205.1 del TRLSC (116.1 del TRLSA) para impugnar los acuerdos nulos por ser contrarios a la Ley. Este plazo de un año se ha establecido para dotar de seguridad en el tráfico a las sociedades mercantiles y, en consecuencia, **el concepto de orden público debe ser interpretado de forma restrictiva**; por que si cualquier vulneración de las normas imperativas que rigen el derecho societario consideramos que es contraria al orden público y, por tanto, impugnabile en cualquier momento, no se acierta a ver qué campo de aplicación queda a la previsión legislativa que establece que la impugnación de los acuerdos nulos, contrarios a la Ley, caducará en el plazo de un año (artículos 116.3 del TRLSA y 205.1 del TRLSC), ya que según dicha interpretación extensiva todos los acuerdos contrarios a las normas imperativas podríamos considerarlos contrarios al orden público [STS de 21/2/06, ya citada y sentencias de la Audiencia Provincial (SAP, en adelante) de Madrid, Sección 28ª, de 4/5/09 (ROJ: SAP M 10704/2009) y de 3/2/11 (ROJ: SAP M



591/2011)]. Dentro del concepto indeterminado de orden público se incluyen los **derechos fundamentales** reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, los acuerdos que vulneren de algún modo **normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario y también vulneren los "principios configuradores de la sociedad"** a que se refiere el art. 10 del TRLSA (SS TS de 4/3/02 , 28/11/05 y 26/9/06). Pero como dice la precitada SAP de Madrid, de 3/2/11 , " *ni la posible afectación de derechos esenciales del socio, ni el carácter imperativo de la norma, ni el tipo de norma determinan sin más que nos encontremos ante acuerdos contrarios al orden público* " y "la apreciación de la afectación al orden público de los acuerdos impugnados debe ir ligada *al examen del caso concreto* , sin que de manera genérica cualquier vulneración de los derechos del socio reconocidos en el artículo 48 del TRLSA suponga que nos encontramos ante acuerdos contrarios al orden público, por esenciales y relevantes que sean tales derechos, *como ocurre con el derecho de información* , sin perjuicio de que en ningún caso se trata de derechos ilimitados (STS de 10 de noviembre de 2004 , entre otras)". La referida STS de 21/2/06 expresa que "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** " .

Conforme a lo expuesto pasamos a **analizar en el caso concreto si los acuerdos no inscribibles aprobados en la Junta de 14/3/11 son, en cuanto a su contenido y causa, contrarios al orden público:**

a).- En cuanto a su contenido ("1o Examen y aprobación de las cuentas del ejercicio 2010, aprobación de la gestión social / decisión sobre la aplicación de resultado. 2o Subsanación formal de los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria celebrada el 18 de junio de 2010. 3o Decisión sobre el establecimiento y modificación de la prestación de servicios por los administradores de la sociedad durante los ejercicios 2010 y 2011. 4o Fijación y aprobación, en su caso, de la retribución del órgano de administración durante los ejercicios 2010 y 2011), no se aprecia que los acuerdos adoptados en relación a los tres primeros puntos del orden del día sean contrarios a ley imperativa. Concretamente, en relación al acuerdo que aprueba el punto 3º del orden del día, la posibilidad de que se pacte un contrato de alta dirección aparece prevista en el artículo 220 del TRLSC, que establece que "En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general". Se trata de una competencia de la Junta General y el acuerdo ha sido aprobado por la Junta General, por lo que no se aprecia infracción de ley. Cosa distinta es que la parte actora considere desproporcionada la indemnización por extinción de contrato de dos anualidades de retribución bruta, es decir, 240.000 €, debiendo proceder al respecto como ha manifestado: el asunto está sub iúdice ante la jurisdicción laboral, al haberse opuesto al pago de dicha indemnización. El hecho de que la actora considere desproporcionada dicha indemnización no supone que el acuerdo sea contrario al orden público, sino que nos encontramos ante, en su caso, un posible acuerdo lesivo, que lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (artículo 204.1 del TRLSC). Obviamente, la pretendida desproporción entre los sueldos cobrados por Dª. Edurne y D. Everardo cuando fueron administradores, fue negada por la representación procesal de la interviniente adhesiva, que formuló preguntas al respecto a D. Everardo en su interrogatorio y éste admitió que los tres miembros del Consejo de Administración de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL, él, como Presidente, su esposa, como Vicepresidenta y D. Fernando , como Vocal, cobraban ahora 7.500 € cada uno al mes, es decir, 22.500 € al mes, en conjunto, cantidad superior a los, aproximadamente, 14.000 € al mes que venía a cobrar Dª. Edurne (14.166,67 € al mes = [(8.000 € x 15 meses) + 50.000 € de retribución fija en 2010).

Asimismo, la mayor parte de los acuerdos adoptados en relación al punto 4º del orden del día, tampoco son contrarios a ley imperativa. Únicamente se aprecia infracción de ley imperativa en relación al párrafo segundo del acuerdo que aprueba el punto 4º del orden del día, en el que se dice lo siguiente:

"Para el año 2011, se le asigna una retribución del diez por ciento (10%), sobre beneficios, si su trayectoria al frente de la empresa sigue por el camino exitoso que ha iniciado".

Este Juzgador considera que **el acuerdo que aprueba dicho párrafo podría ser declarado nulo por ser contrario a ley, concretamente, a los artículos 217.1 del TRLSC** ("El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución") **y 218.1 del TRLSC** ("En la sociedad de responsabilidad limitada cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios"). El sistema de retribución de los administradores está sujeto a la reserva estatutaria, lo que quiere decir que **sólo pueden determinarlo los estatutos y no puede hacerlo la Junta** .

Pues bien; la retribución del 10 % de los beneficios expresada en el párrafo segundo del acuerdo que aprueba el punto 4º del orden del día, la aprueba la Junta sin que los estatutos recojan como sistema de retribución de los administradores el de la participación de un 10 % en los beneficios. Efectivamente; si repasamos la



redacción del artículo 13 de los estatutos, tanto la antigua, como la dada en la Junta de **9/5/11**, transcritas en el **FUNDAMENTO DE DERECHO 1** de esta resolución, en los estatutos sólo se recoge como sistema de retribución de los administradores el consistente "en una cantidad fija que se determinará anualmente en la junta general ordinaria para todo el ejercicio de la fecha de su aprobación". No se hace la más mínima referencia a que la retribución consistirá, también, en una participación de un 10 % de los beneficios. Luego, el acuerdo adoptado en relación al referido párrafo segundo del punto 4º del orden del día podría ser nulo por ser contrario a los artículos 217.1 y 218.1 del TRLSC, al haber adoptado la Junta un acuerdo que determina el sistema de retribución de los administradores (participación en beneficios), determinación que está reservada a los estatutos, que nada dicen al respecto. Pero dicho acuerdo, con ser nulo, no es contrario al orden público, por que está admitida la retribución cumulativa, por varios conceptos, de los administradores (damos por reproducida al respecto, en su integridad, la SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 21/1/03, ROJ: SAP CC 31/2003) y este Juzgador considera que, en principio, no habría impedimento para que los estatutos previeran un sistema de retribución de los administradores cumulativo, en el que se contemplaran indemnizaciones tanto por retribución fija, determinada por la Junta para cada ejercicio, como por participación en el porcentaje de beneficios que se fijase.

b).- En cuanto a su causa, es decir, en cuanto a los motivos, requisitos, forma de adopción y propósitos prácticos perseguidos con los acuerdos, este Juzgador entiende que **no son contrarios al orden público**. Dª. Edurne se sube el sueldo, pero asume más funciones y lo hace con el voto favorable del otro socio. Aunque las relaciones entre ambos primos, D. Everardo y Dª. Edurne, están irremediabilmente rotas desde que en la Junta de 18/6/10 ésta, con los votos añadidos del Sr. Carlos María, cesó a D. Everardo como administrador, se propuso el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores contra D. Everardo y ocupó ella el cargo, puede apreciarse en autos que las conversaciones entre ambos primos son formalmente correctas. Dª. Edurne contaba entonces con los votos del Sr. Carlos María, y tenía una mayoría que le permitía sacar sus decisiones adelante en cualquier junta sin venir obligada a acudir a treta o subterfugio o ilegalidad alguna para privar de su asistencia y voto a D. Everardo. Es más; cuando, de cara al ejercicio del derecho de asistencia y voto en la juntas, parece que debería ser D. Everardo el interesado en cambiar los estatutos (se mantienen con el mismo plazo entre la convocatoria y la junta cuando éste vivía en España que cuando pasa a vivir a 7.000 kilómetros de Madrid) es Dª. Edurne, consciente de los problemas que provoca la residencia de D. Everardo en Miami (Florida), quien toma la iniciativa y propone una modificación de los estatutos (artículo 17) para obligarle a designar domicilio en territorio nacional a efectos de las comunicaciones con la sociedad la propia. D. Everardo hace una lectura correcta de la situación comprendiendo que, como minoritario, no puede oponerse a su prima y revierte la situación a su favor convirtiéndose en socio dominante a partir de la compra de las participaciones del Sr. Carlos María, decidiendo el cese de su prima y pasando a desempeñar en la actualidad el cargo de Presidente del Consejo de Administración. Como se ha avanzado, este Juzgador considera discutible e incierta la afirmación de la actora de que se le privó del derecho de impugnar en plazo los acuerdos anulables adoptados en la Junta de 14/3/11, por que consta acreditado en autos que D. Everardo recibió la convocatoria de dicha Junta el 22/3/11 con lo que, a la vista de los antecedentes existentes (su cese como administrador único, sin inclusión en el orden del día, en la Junta de 18/6/10) pudo impugnar como anulables los acuerdos adoptados en la junta de 14/3/11, aún desconociendo el contenido del acta, desde el 22/3/11. Puede impugnar los acuerdos de la Junta como anulables, eso sí, desconociendo su contenido.

Concluimos, por tanto, que los acuerdos no inscribibles aprobados en la Junta de 14/3/11 no son contrarios al orden público.

La parte actora plantea en el *petitum* de su demanda, subsidiariamente, la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de 14/3/11 por ser contrarios a la ley. La imposibilidad de poder asistir a la junta y, consecuentemente, de poder votar es considerada por la jurisprudencia como un defecto en la constitución de la junta que afectaría a todos los acuerdos adoptados en la misma. Así se expresa tanto en la sentencia 48/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 15/2/13 (ROJ: SAP M 2928/2013), como en la sentencia 44/2013. de la misma Audiencia, Sección y fecha (ROJ: SAP M 2916/2013), expresando esta última resolución al respecto que "Al privarle del derecho de asistencia a la junta (artículo 48.2.c del TRLSA) no sólo se le impidió la posibilidad de votar, sino que también se le hurtó la de participar en la fase de debate y deliberación, y con ello de expresar su opinión con la lógica aspiración de influir en el parecer de otros; como también se le cercenó la facultad de ejercitar en la junta el derecho de información (artículos 48.2.d y 112.2 del TRLSA), mediante el planteamiento de preguntas al órgano de administración; todo esto no se satisfaría mediante el expediente propuesto por la parte recurrente, sino que exigiría la celebración de una nueva junta. Al estimarse vulnerado el derecho de asistencia del socio a la junta general (artículo 48.2.c del TR de la LSA), **lo que afecta a la constitución de la misma, ha sido una solución correcta el declarar la nulidad de la totalidad de lo acordado en el seno de la junta en la que se cometió la infracción legal** (artículo 115, nº 1 y 2, del TR de la LSA). La comisión de una infracción legal de las normas que regulan la constitución de la junta vicia de



raíz la propia celebración de dicho acto, por lo que ello afecta de forma general a la totalidad de los acuerdos por las circunstancias en que han sido adoptados (defectos extrínsecos)".

Sin embargo, se ha opuesto la excepción de caducidad. Y consta acreditado en autos, precisamente, por la parte actora, que D^a. Eburne dice a D. Everardo en un correo electrónico de fecha 29/9/11, que el contenido del acta de la Junta de 14/3/11 cree que es igual que el de la Junta de 9/5/11 (documento nº 8, agrupado, de la demanda). Consta, asimismo, en el referido documento nº 8 de la demanda, otro correo electrónico de fecha 23/9/11, en el que Leonardo remite el acta de la Junta de 9/5/11, que D. Everardo admite como recibida en otro correo electrónico de 29/9/11. Luego si D. Everardo sabía desde el 29/9/11 que el acta de la Junta 14/3/11 tenía el mismo contenido que el acta de la Junta de 9/5/11, que tenía en su poder, **no hay razón o motivo para deje pasar todo el tiempo que va del 29/9/11 al 14/3/12** (fecha en que fina el plazo de caducidad de los acuerdos no inscribibles) **sin impugnar los acuerdos adoptados en la Junta de 14/3/11 por ser nulos, al resultar contrarios a la ley.**

De tal manera, que la excepción de caducidad ha de ser estimada en relación a todos los acuerdos no inscribibles adoptados en la Junta de 14/3/11, es decir, los adoptados en relación a los puntos 1º a 4º y 6º del orden del día. El acuerdo adoptado en relación al punto 5º del orden del día ha de ser declarado nulo, nulidad que se extiende al acuerdo 6º en la parte que le afecte.

3.- En relación a la Junta de 9/5/11 hay que empezar por decir que es cuestión pacífica entre las partes que el motivo por el que se celebra dicha Junta es para subsanar el defecto cometido en la convocatoria de la Junta de 14/3/11, por que no habían transcurrido 20 días entre la remisión de la convocatoria a D. Everardo y la celebración de la Junta ya que el Registrador Mercantil se niega a inscribir el acuerdo que afecta a la modificación de los estatutos por que no se ha respetado dicho plazo. Con lo cual, uno de los argumentos defensivos de la demandada, consistente en la subsanación de los acuerdos de la Junta de 14/3/11 por los adoptados en la Junta de 9/5/11, sólo puede sostenerse si los acuerdos adoptados en esta última Junta son válidos, cuestión que seguidamente pasamos a analizar.

La parte actora impugna la Junta de 9/5/11 por nulidad radical de los acuerdos, por ser contrarios al orden público, al haberse infringido las normas que rigen la convocatoria hasta el punto de sostener que D. Everardo no fue convocado en forma alguna a dicha Junta. Subsidiariamente, sostiene que los acuerdos adoptados en dicha Junta son nulos por ser contrarios a la ley.

Ha quedado probado en el presente procedimiento que la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL remitió el 14/4/11 la convocatoria de la Junta de 9/5/11 al domicilio designado al efecto por D. Everardo en la forma prevista en los estatutos, es decir, por **carta certificada con aviso de recibo** (documento original del resguardo de Correos del remitente, aportado con el escrito de alegaciones de la interviniente adhesiva y documento nº 11, agrupado, de la contestación de la demanda de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL, donde se aprecia que en el coste total de 4,47 € del envío se desglosa en 3,10 € por carta certificada y 1,37 €, por aviso de recibo). Damos por reproducidos los criterios expuestos al respecto por la RDGRN de 10/1/02 (BOE 4/3/02) y las sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan para poner de manifiesto que LAMBERTS ESPAÑOLA, SL cumplió con las exigencias legales al **remítir** dicha convocatoria en el plazo estatutario, sin que sea preciso para ello que acredite la **recepción** de dicha convocatoria. Es decir, que para considerar que la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL ha cumplido el requisito de mediar un plazo de 20 días entre la remisión de la convocatoria y la celebración de la Junta de 9/5/11, sólo precisamos saber que la convocatoria se remitió el 14/4/11 sin que sea necesario tener constancia de la fecha de la recepción por el destinatario. Evidentemente, el legislador está pensando que nunca podría convocarse una junta que respete válidamente el plazo de la convocatoria si el socio que ha de ser convocado se niega a recibir y a recoger la carta certificada que contiene la convocatoria con lo que exige, en relación al plazo previo para la convocatoria, exige para la validez de la misma que se acredite la remisión de la convocatoria y no la recepción. **Luego no se aprecia infracción alguna del plazo previo de la convocatoria para la celebración de la Junta de 9/5/11.**

Una vez hemos descartado que no se ha producido una infracción de las normas que regulan la convocatoria por no respetarse el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la Junta de 9/5/11, **hemos de analizar la alegación de la actora atinente a que nunca tuvo conocimiento del contenido de la convocatoria de la Junta de 9/5/11**. Lo primero que ha de indicarse al respecto es que los requisitos sobre convocatorias de las Juntas tanto ordinarias como extraordinarias contenidos en la Ley...deben interpretarse siempre con criterio estricto [STS de 23/10/87, RJ 1987\7466, 30/11/63 (RJ 1963\5110), 28/9/70 (RJ 1970\3774), 31/5/83 (RJ 1983\2954) y 14/3/85 (RJ 1985\1164)]. El artículo 173.2 del TRLSC dispone que "En 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, **que 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**. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán



individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones". En el momento de la convocatoria de la Junta de 9/5/11, no se había aprobado la modificación del artículo 17 de los estatutos que prevé que los socios residentes en el extranjero deberán designar domicilio en territorio nacional a los efectos de las comunicaciones con la sociedad ya que, precisamente, dicha modificación iba a aprobarse en dicha Junta. Desde el 22/7/10, D. Everardo había comunicado a la sociedad LAMBERTS ESPAÑOLA, SL que su nuevo domicilio, a todos los efectos oportunos, incluyendo cualquier notificación o convocatoria, era: NUM000 DIRECCION000 , Miami Florida 33173 (documento nº 6 de la contestación de la demanda por la representación procesal de LAMBERTS ESPAÑOLA, SL). El artículo 173.2 del TRLSC es claro cuando dice que el procedimiento de comunicación individual y escrita de la convocatoria previsto en los estatutos **ha de asegurar la recepción del anuncio de la convocatoria por todos los socios en el domicilio designado al efecto** . Y la consideración determinante para resolver el presente pleito es que la demandada no puede asegurar la recepción del anuncio de la convocatoria por D. Everardo **por que le ha resultado imposible aportar a autos el aviso de recibo y no ha conseguido acreditar por otros medios que el demandante recibió la convocatoria** . Tanto la actora como la interviniente adhesiva propusieron prueba consistente en librar oficio a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, con la finalidad, entre otras, de comprobar la fecha de depósito de la carta y la de recepción por el destinatario; la prueba propuesta por la interviniente adhesiva fue inadmitida en la audiencia previa pero sí resultó admitida la propuesta por la actora que, prácticamente, era coincidente con la propuesta por la interviniente adhesiva. Pues bien; la respuesta que se solicitaba de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA no ha resultado conducente en cuanto a acreditar el hecho fundamental de la fecha en que fue recibida por el destinatario la carta conteniendo la convocatoria.

Desde la perspectiva de la demandada podría alegarse que D. Everardo se negó a recibir la carta, o que la recibió y el aviso de recibo se extravió. Desde la perspectiva de la actora se niega haber recibido la convocatoria. Pues bien; **la carga de probar que dicha convocatoria se recibió por el destinatario pesa sobre la demandada** (artículo 217.3 de la LEC) **y dicha parte no ha conseguido probarlo**. Con lo que la demandada debe sufrir los efectos adversos de no haber cumplido con las reglas de la carga de la prueba viendo desestimadas sus pretensiones al respecto. **Se ha producido una infracción de las normas que rigen la convocatoria, en concreto, del artículo 173.2 del TRLSC, que exige que se asegure la recepción del anuncio de la convocatoria por los socios en el domicilio designado**. La parte demandada no puede asegurar la recepción del anuncio de la convocatoria por que no presenta el aviso de recibo. Al no haber recibido la convocatoria el socio demandante, queda privado de todos sus derechos para poder asistir a la Junta o para poder impugnar sus acuerdos en los plazos legales, siendo las consecuencias de todo ello:

1ª).- La nulidad radical de todos los acuerdos aprobados en la Junta de 9/5/11.

2ª).- La imposibilidad de que los acuerdos adoptados en la Junta de **9/5/11** subsanen los acuerdos adoptados en la Junta de **14/3/11** , es decir, los dejen sin efecto o los sustituyan válidamente.

3ª).- La estimación parcial de la demanda.

La aparente contradicción de que los acuerdos en la Junta de **9/5/11** resulte nulos, y que algunos de los acuerdos adoptados en la Junta de **14/3/11** , con el mismo contenido que los de la Junta de **9/5/11** , resulten válidos, es sólo eso, aparente; por que el motivo por el que se declaran nulos no afecta a su contenido (que es cuando se produciría la contradicción, al ser iguales), sino que es extrínseco, por infracción de las normas que rigen la convocatoria; al igual que los acuerdos de la Junta de **14/3/11** alcanzan la validez por que ha caducado la posibilidad de impugnarlos y no son contrarios al orden público, sin que se haya hecho mayor análisis de su contenido.

Estimada la nulidad radical de los acuerdos adoptados en la Junta de 9/5/11 por infracción de las normas que rigen la convocatoria, no ha lugar a analizar la petición subsidiaria expresada en el *petitum* de la demanda, solicitando que se declare la nulidad de los acuerdos de la Junta por ser contrarios a la Ley.

4.- Procedencia de la imposición de costas . En los procesos declarativos, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad (artículo 394.2 LEC). En el presente caso ninguna de las partes litiga con temeridad y no se hace expresa condena en costas.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Everardo contra LAMBERTS ESPAÑOLA, SL,

DECLARAR LA NULIDAD:



- Del acuerdo adoptado en relación al punto 5º del orden del día de la Junta celebrada el **14/3/11** y la del acuerdo adoptado en relación al punto 6º del orden del día, en la parte que se vea afectado por la declaración de nulidad del acuerdo en relación al punto 5º, transcritos en el **FUNDAMENTO DE DERECHO 1** de esta resolución

- De todos los acuerdos adoptados en la Junta celebrada el día **9/5/11** , transcritos en el **FUNDAMENTO DE DERECHO 1** de esta resolución, dejándolos sin efectos jurídicos,

ACORDAR la inscripción de la sentencia firme en el Registro Mercantil y, en extracto, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y la cancelación de las inscripciones a que hayan dado lugar los acuerdos declarados nulos en el citado Registro Mercantil que se hayan inscrito, así como la de todos los asientos de la sociedad demandada posteriores a las indicadas inscripciones y que resulten contradictorios con la sentencia y expedir mandamiento al efecto al Sr. Registrador Mercantil, entregándolo a la parte actora para su diligenciamiento,

CONDENAR a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y acuerdos y

ABSOLVER a la parte demandada del resto de los pedimentos de la demanda, debiendo cada parte pagar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. Al notificarse la resolución a las partes, se indicará **LA NECESIDAD DE CONSTITUCIÓN DE DEPÓSITO PARA RECURRIR, ASÍ COMO LA FORMA DE EFECTUARLO** .

Así por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones originales y se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION .-La precedente sentencia ha sido leída en audiencia pública, por el Magistrado-Juez que la dicta, el mismo día de su fecha, de lo que yo, e/l/a Secretari/o/a Judicial, doy fe.