



Roj: **SAP A 2410/2009 - ECLI:ES:APA:2009:2410**

Id Cendoj: **03014370082009100326**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **01/07/2009**

Nº de Recurso: **212/2009**

Nº de Resolución: **274/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA-CHAMON CERVERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Alicante, núm. 2, 30-12-2008,
SAP A 2410/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

ROLLO DE SALA Nº 212-M35/09

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 576/07

JUZGADO DE LO MERCANTIL ALICANTE-2

SENTENCIA NÚM. 274/09

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a uno de julio de dos mil nueve.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en materia mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 576/07, sobre impugnación de **acuerdos sociales**, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, "Navajomar Urbana, S.L.", representada por la Procuradora Doña María Teresa Ripoll Moncho, con la dirección del Letrado Don Antonio Brotons Maciá y; como apelada, la parte actora, Don Leandro , Don Rubén , Don Luis Alberto , Doña Isabel y "Navarro Pastor Gestión, S.L.", representada por la Procuradora Doña Cristina Penadés Pinilla, con la dirección del Letrado Don Vicente Pla Payá.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 576/07 del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Alicante, se dictó Sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ESTIMO la demanda formulada por la Procuradora Srª Penadés Pinilla, de modo que:

Declaro la nulidad de la junta general de la mercantil NAVAJOMAR URBANA S.L. celebrada en fecha 27 de marzo de 2007 y, por consiguiente, de los **acuerdos** en ella adoptados.



Una vez firme esta sentencia procedábase a inscribirse en el Registro Mercantil y para el caso de que ya estuvieran inscritos los **acuerdos** declarados nulos, procedábase a la cancelación de su inscripción, así como de los asientos posteriores que resultaren contradictorios con ella.

Ello con condena en costas a la mercantil NAVAJOMAR URBANA S.L."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte demandada y, tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a la adversa que, frente al mismo, presentó el escrito de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 212-M35/09, en el que al advertir la falta de acreditación del pago de la tasa por la mercantil apelante, se acordó devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para su subsanación. Una vez verificado, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día treinta de junio, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique García Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que inicia este procedimiento tiene por objeto la impugnación de los **acuerdos** adoptados en la Junta General celebrada el día 27 de junio de 2007 relativos a la aprobación de las cuentas anuales, propuesta de aplicación de resultado y censura de la gestión referidos al ejercicio de 2006, por la concurrencia de las siguientes causas de nulidad: a) no haber concurrido el Notario a la Junta cuando había sido solicitado con más de cinco días de antelación por socios que representaban más del 5 % del capital **social**; b) vulneración del derecho de información de los socios al no haberse aportado a la Junta General la documentación previamente solicitada por los socios; c) estar pendiente de nombramiento el auditor correspondiente al ejercicio 2006; d) la defectuosa convocatoria del socio "Navarro Pastor Gestión, S.L."

La Sentencia de instancia estimó la demanda al acoger la primera causa de nulidad alegada por la parte actora y frente a la misma se alza la demandada quien denuncia una errónea valoración de la prueba y una indebida aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues el requerimiento para la presencia del Notario se recibió el mismo día señalado para la Junta, por lo que no concurre una de las exigencias previstas en el artículo 55 LSRL .

En primer lugar, debemos destacar el criterio jurisprudencial interpretativo del artículo 55 LSRL sobre las consecuencias de la falta de presencia del Notario en la Junta sobre los **acuerdos** adoptados en la misma cuando ha sido requerida por los socios. La STS 5 de enero de 2007 declara: "Para las sociedades de responsabilidad limitada las cosas no son totalmente iguales, ya que el artículo 55 de la Ley 2/1995 dispone en su apartado segundo (al igual que hace el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), que el acta notarial "tendrá la consideración de acta de la junta" y, en su apartado primero, que "en este último caso" (esto es, cuando la soliciten socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital **social**) "los **acuerdos** solo serán eficaces si constan en el acta notarial." Con ello convierte a ésta o, si se quiere, a la forma notarial del acta, en condición de eficacia de los **acuerdos**."

En nuestro caso, la controversia radica en la concurrencia de uno de los presupuestos para exigir la presencia del Notario en la Junta convocada para el día 27 de junio de 2007 y es si la recepción del requerimiento por el Administrador único, Don Eulalio , para la presencia del Notario en la Junta se produjo con cinco días de antelación al previsto para su celebración.

En el documento número 3 de la demanda consta que socios que representaban más del 5% del capital **social** requirieron mediante burofax impuesto el día 21 de marzo de 2007 a la mercantil demandada la presencia del Notario para levantar acta de la junta general, "advirtiendo de que en caso de no constar su presencia los **acuerdos** de la junta no serán eficaces." En consecuencia, el requerimiento a la mercantil demandada fue emitido con la antelación exigida en el artículo 55 TRLSA pero el plazo de los cinco días debe aplicarse al momento de la recepción del requerimiento por el representante de la mercantil demandada.

A pesar de que la parte actora no ha aportado a los autos la justificación documental de la recepción del burofax por su destinatario, la Sala, a la vista de la prueba practicada en los autos, especialmente la documental y el interrogatorio del Sr. Eulalio , confirma que se cumplió con la exigencia legal prevista en el artículo 55 LSRL sobre los cinco días de antelación a la celebración de la Junta si tenemos en cuenta los siguientes hechos:

En primer lugar, el burofax se remitió al domicilio de la mercantil demandada en Onil, Polígono Industrial "Los Vasalos", parcela número 2.



En segundo lugar, se añadió con el fin de facilitar la localización de la referida mercantil la indicación "Edificio Mariquita Pérez" pues la mercantil demandada es una sociedad de carácter patrimonial que carece de trabajadores y utiliza la sede y los medios de la sociedad "Nueva Mariquita Pérez, S.L."

En tercer lugar, el Administrador único de la demandada, Sr. Eulalio , afirmó en el acto del juicio que el mismo día 27 de junio se desplazó a la localidad de Onil para la celebración de la Junta pues reside habitualmente en Madrid y, comprobó que tenía un aviso de correos y fue ese día cuando recibió el burofax.

En cuarto lugar, no consta que el burofax se hubiera depositado por confusión en el apartado de correos de "Nueva Mariquita Pérez, S.L."

De los hechos descritos anteriormente se puede concluir que el burofax estuvo a disposición de la demandada con antelación suficiente a la fecha de celebración de la Junta y si no llegó a tener conocimiento real y efectivo de su contenido sólo fue por causa imputable al Administrador lo que no puede perjudicar a los actores porque:

1.-) la aplicación analógica del criterio establecido para la perfección del contrato cuando el oferente y el aceptante están en lugares distintos (párrafo segundo del artículo 1.262 del Código civil) permite equiparar el conocimiento de la aceptación a la remisión de la aceptación sin que pueda ignorarla el destinatario sin faltar a la buena fe. Si aplicamos este criterio a nuestro caso, hemos de concluir que el requerimiento para la presencia notarial estuvo a disposición de la demandada con la antelación suficiente, lo que equivale a su conocimiento completo y cabal.

2.-) el artículo 61.1 LSRL establece que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, lo que obliga a Don Eulalio a no excusar el cumplimiento de sus obligaciones so pretexto de residir en una localidad distinta de la que tiene su domicilio la sociedad que administra de tal manera que su deber de diligencia le obligaba a disponer de aquellos medios necesarios para recibir inmediatamente las peticiones de los demás socios de la mercantil.

En conclusión, si la solicitud de la presencia del Notario por parte de los socios cumplía todas las exigencias legales y consta que en la Junta no estaba ningún Notario, la consecuencia no puede ser otra que la de la nulidad de los **acuerdos** allí adoptados pues, ya hemos dicho, que el criterio jurisprudencia es elevar la forma notarial del acta a la condición de eficacia de los **acuerdos**.

SEGUNDO.- La desestimación del recurso de apelación lleva consigo la imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada de conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 , al que se remite el artículo 398.1, ambos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con desestimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante de fecha treinta de diciembre de dos mil ocho , en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la mencionada resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-