



Roj: **SJM S 442/2013 - ECLI:ES:JMS:2013:442**

Id Cendoj: **39075470012013100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2013**

Nº de Recurso: **572/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil de Cantabria.

**JUICIO ORDINARIO 572/2012.**

**SENTENCIA**

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. **Carlos Martínez** de **Marigorta** Menéndez.

**Demandante:** D. Joaquín .

Letrado: D. Ignacio Arroyo **Martínez**.

Procurador: Dña. Isabel Alonso Villalobos.

**Demandado:** Real Racing Club de Santander S.A.D.

Letrado: D. **Carlos** Ais Conde.

Procurador: Dña. Gabriela Mirapeix Eckert.

**Objeto del Juicio:** Impugnación de acuerdos sociales por nulidad.

En Santander a 31 de octubre de 2013.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 10-12-12 por la indicada representación de la parte actora, se presentó escrito de demanda que por turno de reparto a este Juzgado, en la que con fundamento en los hechos y fundamentos legales que cita se concluía solicitando sentencia por la que se acordase la nulidad y anulabilidad de:

- a) los acuerdos adoptados en el consejo de administración (CA) celebrado el 9 de noviembre de 2012, y
- b) de la convocatoria de la Junta General Ordinaria (JG) a celebrar el 19 de diciembre de 2012 en primera convocatoria y el 20 de diciembre de 2012 en segunda convocatoria.

Con imposición de costas a la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado para que se personara en autos y la contestara, los que hizo en tiempo y forma en el sentido de solicitar sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda con imposición de costas.

**TERCERO.-** Celebrado el acto de audiencia previa, se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 8-10-13, con la concurrencia de todas las partes, practicándose en dicho acto la prueba en su día declarada pertinente, y tras la manifestación de las partes de sus conclusiones, se dio por concluido el acto, y se mandó pasar los autos a la mesa de SSª para su resolución.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO.-** La demanda solicita la nulidad de los acuerdos adoptados por el CA de 9 de noviembre de 2012 (doc nº 4 de la contestación). El segundo objeto de impugnación es la convocatoria de la junta (publicada en el BORME de 16-11-2012, doc nº 13 de la demanda), lo que nos sitúa nuevamente en el ámbito de los acuerdos del CA, al ser competencia de los administradores ( art 166 Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 -LSC-) la convocatoria de la junta general, como parte de las competencias de gestión y representación de la sociedad que les incumben en los términos previstos en la propia ley (art 209).

La impugnación de los acuerdos del CA se regula en el art. 251 LSC conforme al cual los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables en el plazo de 30 días desde su adopción. La tramitación de la impugnación se adecúa a la regulación de la impugnación de los acuerdos de la junta general, es decir los artículos 204 a 208 LSC, de los que resultan lo concepto de acuerdo nulo (contrario a la ley) o anulable (contrario a los estatutos o al interés social).

En esencia los motivos que sustentan la impugnación son:

a) La indefensión que al actor le produjo la decisión de no permitir el acceso a la reunión del CA de su letrado, teniendo en cuenta que uno de los puntos del orden del día era el "estudio y, en su caso aprobación del ejercicio de acción social de responsabilidad" frente al mismo por "el retraso de facturación por publicidad inherente a su oposición a la adopción de acuerdos por escrito de fecha 23/08/2012 e inasistencia al consejo presencial de 28/08/2012; así como por la filtración y divulgación de informaciones y datos en perjuicio de la sociedad".

b) La indebida constitución del mismo al poner en duda las delegaciones de los socios no presentes, y en consecuencia la adopción de los acuerdos. Se vulnerarían los estatutos en su artículo 23 (delegación) y 24 (constitución ).

c) Nulidad por contravenir la convocatoria de la junta el acuerdo del consejo, ya que el orden del día de éste, en su punto 2º era "convocar la Junta (...) en el Hotel Real de Santander (...)" y la convocatoria publicada fija otro lugar, el del domicilio social afirmando la demanda que (página 20) que la convocatoria de la junta "incumple el acuerdo del consejo" respecto del lugar de celebración de la JG, así como que "este [fijar el lugar de celebración en el Hotel Real de Santander] fue el acuerdo que, parece ser, adoptó el consejo" (página 24).

Considera el actor que ello vulnera el art 166 de la Ley de Sociedades de Capital , que dispone que la competencia para convocar la JG es del órgano de administración, en este caso el CA, órgano éste que según el criterio del actor "debió acordar convocar la Junta General a celebrar en el Hotel Real de Santander, no en la sede social de la demandada", para lo cual debiera haberse reunido de nuevo proponiendo esa sede en el orden del día.

d) Convocatoria indicando que para la asistencia de los accionistas a la JG deberían acreditar ser titulares al menos de 50 acciones, cuando el mínimo exigible debió ser de 5 acciones, conforme al art 16 de los estatutos vigentes según su redacción desde la JG de 16-12-1998 que la demanda aporta como doc. nº 5 y cuya vigencia certificó el 23-7-2010 el secretario del CA, Sr. Tomás , además de haber sido los reflejados en la JG de 18-12-2011 (doc. 4).

Se estarían vulnerando los artículos 16 de los estatutos y 179.2 de la LSC. Esgrime la demanda la STS de 22-5-2006 respecto del carácter obligatorio pero no constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil de los estatutos.

#### **SEGUNDO.- Indefensión por no permitir al consejero acudir asistido de letrado a la reunión del CA.**

Respecto de la "asistencia de personas no miembros del Consejo a la reunión", Sánchez Calero (Los Administradores de las Sociedades de Capital, Ed Thompson Civitas, 2007) recuerda que tal opción ha de estar limitada atendiendo a la especial naturaleza del órgano colegiado, el especial carácter que tienen sus titulares y el sigilo que se impone a sus miembros ( art 127 LSA ). Deben así asistir el secretario o vicesecretario que no fueran consejeros. Tiene la facultad de asistir con voz y sin voto el Comisario de una emisión de obligaciones no garantizada. Asistirá el letrado asesor (ley 33/1975 de 31 de octubre sobre designación de letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, que prevé esta figura para asesorar al CA, no a cada uno de sus miembros desde la perspectiva de sus intereses individuales), y si lo establecen los estatutos o el propio CA asistirá el director general. A reuniones determinadas y para informar al CA pueden asistir técnicos o empleados de la entidad. Su presencia se limitará al tiempo que se considere necesario.

Entiendo por tanto que no asiste ningún derecho al consejero de asistir acompañado de letrado fuera de los casos excepcionales que se indican. Se trataría de la asistencia de una persona ajena al CA, lo que como se ha indicado debe limitarse atendiendo a la naturaleza del órgano y sus funciones, máxime cuando no se trata de una asistencia en interés del CA, de la sociedad, sino en el propio, individual y exclusivo de uno de sus miembros, cual era el relativo a la decisión acerca del ejercicio de acción social en su contra. Cuestión



que en todo caso no es competencia del CA sino de la junta, sin necesidad de previa constancia en el orden del día de ésta de acuerdo con el artículo 238 LSC ("la acción de responsabilidad contra los administradores entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día"), de modo que lo que no sería necesario ni relevante lo que el Consejo pudiera discutir al respecto.

A mayor abundamiento, el CA no incluyó en su orden del día la deliberación o decisión respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad contra el actor, sino la convocatoria de una junta en cuyo orden del día sí se incorporaba esa cuestión (lo que como hemos visto no es necesario). Ha de tenerse en cuenta que ni siquiera es necesario que el CA establezca un orden del día:

-La regulación legal actual en el artículo 246 LSC limita la exigencia de orden del día al supuesto de convocatoria del CA por un tercio de los consejeros, no por el Presidente como ocurrió en el supuesto examinado.

-Los estatutos en el art. 23 solo exigen para la convocatoria un aviso del secretario que expresará sucintamente el objeto de la reunión.

Este carácter contingente del orden del día del consejo se explica en la doctrina atendiendo a que "el cargo de administrador, por su propia esencia, implica una dedicación permanente y, consecuentemente, un conocimiento puntual y detallado de las vicisitudes de la actividad propia de la sociedad y de su situación en cada momento" (Sánchez Calero, Los Administradores en las Sociedades de Capital, Ed Civitas Thompson Reuters, que concluye además que "en todo caso, la fijación de un orden del día no puede limitar la competencia del consejo para conocer de cualquier asunto de su competencia una vez constituido").

En resumen, ni (1) existe ese derecho del consejero a asistir asesorado por un letrado al consejo, de modo que no se infringió la ley (nulidad) ni los estatutos (anulabilidad), ni (2) ello sería compatible con la naturaleza del cargo de consejero y sus obligaciones, ni (3) es necesario ni vinculante para el CA la fijación de un orden del día, ni (4) tenía ni pretendió el consejo ninguna competencia ni capacidad deliberante respecto del ejercicio de acción social contra el actor, que únicamente incumbe a la junta en cualquier momento sin necesidad de inclusión en el orden del día, por lo que, en consecuencia, mal puede alegarse indefensión por no permitirse al administrador acudir asistido de letrado al CA.

### **TERCERO.-El lugar de celebración de la Junta general.**

No acaba de comprenderse el argumentario de la demanda, que parece confundir el orden del día con el acuerdo que el órgano adopte tras la deliberación. No parece razonable pretender una especie de vinculación del consejo en su capacidad de decisión a las propuestas del orden del día (en este caso del Presidente) de las que no podría apartarse salvo convocando nueva reunión con un nuevo orden del día que se ajustara a la decisión que el consejo hubiera querido adoptar.

En todo caso, efectivamente el art 166 LSC indica que la junta general será convocada por los administradores. Y así ha sido. El consejo (doc nº 4 de la contestación en su página 3) acuerda en su punto 2º convocar la junta en el Hotel Real de Santander, o si no estuviera disponible en el domicilio social, como finalmente se hizo mediante la convocatoria que se publicó en el BORME.

Se entremezclan por lo tanto los conceptos de "orden del día" y "acuerdo", como resulta de la afirmación de la demanda de desconocer el acuerdo que el club no le había querido comunicar, de modo que necesariamente, para la infracción alegada, parte de la comparación del orden del día (no del acuerdo, cuyo contenido dice no conocer) con la convocatoria publicada. Si el orden del día (que no es necesario) propone un lugar, no cabe entender que ello excluya la posibilidad de que el órgano finalmente acuerde otro diferente.

Debe recordarse además que la convocatoria cumplió con los requisitos de contenido legalmente exigidos en el artículo 174 LSC ("En todo caso, la convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria") y con los relativos al lugar de celebración de la junta del artículo 175, que en caso de omisión de la convocatoria se entendería convocada en el domicilio social ("Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social").

### **CUARTO.-Estatutos vigentes y su infracción en la convocatoria.**

Como se acaba de indicar, el contenido obligatorio de la convocatoria según el artículo 174 LSC no incluye el número de acciones necesarias para asistir, si bien la convocatoria publicada incluyó una expresa referencia



a la necesidad de ser titular de 50 acciones, de forma coherente con la redacción de los estatutos del club que el Registro Mercantil publica, pero no con los que el actor considera vigentes desde 1998 (5 acciones).

La contestación a la demanda se opone manifestando que:

a) Constituiría un defecto formal no determinante de nulidad o anulabilidad, invocando la STS de 1-12-2006 . Ofrece ejemplos de convocatorias, incluso judiciales, que omiten la referida información, sin que se haya planteado nulidad alguna.

b) Según la certificación del Registro Mercantil el artículo 16 de los estatutos exige 50 acciones para asistir a las juntas, y que en ningún caso ni en el CA ni en las comunicaciones posteriores el actor fundó su oposición en la existencia de un límite de asistencia de 5 y no de 50 acciones. La reforma de los estatutos de 1998 no se hizo constar en escritura pública ni se inscribió en el RM con previa publicación en el BORME.

c) En todo caso el devenir del tiempo y las sucesivas ampliaciones de capital habrían desvirtuado el mismo contenido de aquel acuerdo, ya que las 5 acciones de entonces suponían el equivalente a 15 €, pero tras las ampliaciones de capital sufridas, no alcanzan, a 0,0013 € por acción, el céntimo de euro. De permitir la concurrencia a los órganos de decisión en esas circunstancias, se contradiría el propio concepto de la sociedad como sociedad de capital.

Se comprueba que los estatutos no exigen tampoco la mención aquí discutida para la convocatoria de la junta (art 15), y en el art 16 condiciona la asistencia personal a la titularidad de 5 ó 50 acciones (dependiendo de la redacción que se considere vigente), debiendo hacerlo por agrupación los titulares que no alcancen esa cifra para hacer efectivos su derechos de asistencia y voto conforme al art 8.

De la documentación aportada se deriva que siendo inicialmente la exigencia de 50 acciones, en el año 1998 se somete a la junta la reducción a 5, como es de ver en las noticias de prensa aportadas con la demanda y no se discute de adverso, resultando que tal cambio se aprobó y que ello era conocido y asumido por la entidad, ya que:

a) El documento 4 aportado con el escrito rector demuestra que al requerir el 13-12-2011 la presencia notarial para la junta que se celebró el 18-12-2011 expresamente se transcribió el contenido del art 16 de los estatutos, que exigían 5 acciones, manifestando el presidente Sr. Julio que no existían posteriores modificaciones estatutarias.

b) El secretario del consejo certificó el día 23-7-2010 el contenido de los estatutos vigentes, nuevamente con una exigencia de 5 acciones en el art 16.

La indicada modificación no tuvo acceso al RM, como resulta de la certificación del RM de 14-1-2013 aportada como doc. nº 1 de la contestación, que incluye en su art 16 la exigencia de titularidad de 50 acciones.

La demandada no puede alegar desconocimiento de esta circunstancia, dado que la inicial convocatoria (para la celebración por escrito) que finalmente no se llevó a efecto del CA de fecha 5 de noviembre de 2012, aportada por el actor como doc nº 8, preveía con un orden del día para la junta general a convocar que incluía precisamente la modificación del art 16 de los estatutos, que pasarían a exigir para asistir a la junta general la posesión de un número mínimo de acciones del uno por mil del capital social (el máximo que la ley prevé para esta limitación en el artículo 179.2), resultando muy revelador el hecho de que esa propuesta de modificación estatutaria, y no otras como las de los artículos 15 ó 23, desapareciera de la propuesta de orden del día de la JG que se incluyó en la convocatoria del CA del día siguiente, 6 de noviembre. Máxime teniendo en cuenta las respuestas que a esta cuestión dan el Sr. Cornelio , presidente ("no sabe") y el Sr. Eusebio , secretario, quien tampoco sabe el por qué y manifiesta que "el presidente decide".

El acta del Consejo aprueba la convocatoria de la junta sin hacer referencia alguna al número mínimo de acciones necesarias para poder asistir. Como la propia demandada indica, tal mención es accesoria, no obligatoria legalmente, como lo demuestra el contenido del art 174 LSC y el hecho de que no se incluyera ni siquiera en la convocatoria judicial que se aporta a los autos. Sin embargo, el anuncio publicado en el BORME el 16-11-12 sí incluyó una específica mención condicionando la asistencia personal a la junta a la acreditación con 5 días de antelación de la titularidad de 50 acciones inscritas a nombre el accionista.

De lo expuesto en este fundamente no cabe sino concluir que el club hubo de conocer el contenido del artículo 16 de los estatutos modificados en el año 1998, ya que son los que certificó, esgrimió ante notario y en el Juzgado, en incluso propuso su modificación en la propuesta de orden del día de la junta que habría de convocar primera el CA que se intentó convocar el 5 de noviembre, de manera que necesariamente debió conocer que el anuncio de la convocatoria en el BORME limitaba el derecho de asistencia de los socios minoritarios más allá de los que los estatutos no inscritos permitían.



No se acredita ninguna mención, salvedad, alusión o reserva (previa a la demanda interpuesta el 10-12-12 en el decanato de los Juzgados) respecto de esta mención en la convocatoria de la junta por el consejero o por socio alguno. Tampoco existe en los autos prueba de que se hubiera impedido la asistencia de ningún socio a la junta general que lo hubiera pretendido.

**QUINTO.-** Respecto de la valoración jurídica de los hechos apreciados en el anterior fundamento, la demanda considera que "ese acuerdo [la convocatoria de la junta aprobada por el consejo], al contravenir los estatutos vigentes, es nulo, como todos aquellos actos que del mismo derive" (página 19) y entiende (en las páginas 25 y 26, ya en la fundamentación jurídica) que el club se aparta así de sus propios actos, al haber esgrimido en ocasiones anteriores los estatutos con la redacción resultante de la junta del año 98 (certificación, requerimiento notarial, e incluso en los propios autos de concurso de la entidad), y que ello lo hace con la intención de evitar la asistencia de los socios minoritarios.

Según el artículo 290.1 LSC "En todo caso, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil".

La cuestión acerca de la eficacia constitutiva de la inscripción de la modificación estatutaria en el RM ha de responderse negativamente. La inscripción afecta a la oponibilidad a terceros, no a la validez y eficacia del acuerdo internamente, entre los socios.

En este sentido, Vicent Chuliá (Introducción al Derecho Mercantil, Ed Tirant Lo Blanch, 23ª edición, 2012) indica que "la inscripción de las modificaciones estatutarias en el Registro Mercantil, en general, no es constitutiva, es decir, no es requisito para la eficacia de la modificación de estatutos, que produce efectos desde la adopción el acuerdo social", (citando la STS de 17-6-94), y que "la publicación en el BORME produce efectos de oponibilidad a terceros". En la misma línea, Rojo Beltrán (comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Ed. Civitas Thompson Reuters, Tomo II, artículo 290) citado en la SJMercantil de La Coruña de 13-9-2013 -respecto de la exclusión de un crédito en el concurso de un club deportivo- cuando dice que "La no inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil no obsta a su validez. Como ha señalado la doctrina, "la ausencia de éstos [de los requisitos formales exigidos por el art. 290 LSC], sea porque el acuerdo de la junta no se eleva a escritura pública, sea porque ésta no se inscribe, sea porque la inscripción no se publica en el BORME, no afecta a la validez del acuerdo regularmente adoptado. Siguiendo en este punto el criterio doctrinal y jurisprudencial más extendido, hay que afirmar que esos requisitos formales, y particularmente la inscripción registral, no tienen carácter constitutivo para la existencia o la validez del acuerdo de modificación. Son presupuesto de eficacia y oponibilidad frente a terceros, pero no en el ámbito interno donde se establece la relación entre la sociedad y los socios. Frente a éstos, cuyo conocimiento, o posibilidad de conocimiento, se supone, dado que participaron, o pudieron participar, en su adopción, el acuerdo es eficaz y oponible, con independencia de que asistieran a la junta o no, y que votaran a favor, en blanco o en contra, habida cuenta del principio de vinculación o sometimiento de todos los socios, incluso los disidentes o ausentes, a los acuerdos de la junta, que recoge el art. 159.2."

Asimismo la SAP Asturias 7ª de 27-5-2003 (cambio de domicilio), o la SAP Valencia, secc 9ª de 14-4-08, citando la STS de 7-7-06 y la SAP Madrid, 28ª, de 15-3-07, dice "En cualquier caso, no se ha acreditado en las presentes actuaciones que los acuerdos de la Junta de ... hayan sido impugnados y declarados nulos, lo que hace de plena aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 93 de la LSA, conforme al cual "todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedarán sometidos a los acuerdos de la junta general"; de este modo, y aún a falta de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil, la hoy demandante apelante está vinculada por tal acuerdo que, a falta de impugnación, ha de presumirse plenamente válido y eficaz".

Ciertamente en el supuesto, habían transcurrido 14 años desde la modificación sin que se inscribiera en el RM, y los estatutos tal como habían quedado redactados legitimaban el acceso a las Juntas con la titularidad de un exiguo porcentaje del capital, totalmente irrelevante para la adopción de acuerdos y formación de la voluntad del órgano, pero fundamental desde el prisma del derecho de información del socio minoritario. Como se ha indicado además, la propia entidad venía certificando y aplicando aquella redacción de los estatutos incluso frente a los socios, en la Notaría y en el Juzgado. Sin embargo, ello no afecta al carácter no constitutivo de la inscripción de la modificación en el RM y a la vigencia de los estatutos.

**SEXTO.-** Por lo tanto, la convocatoria publicada en el BORME contradijo los estatutos limitando el acceso de los socios minoritarios. Debe valorarse si ello ha de implicar la nulidad de la convocatoria publicada (y en consecuencia de la junta celebrada, si bien esto último no se solicita expresamente en la demanda).

Para ello deben tenerse en cuenta los diferentes intereses que parecen estar en juego:





-El club demandado manifiesta interés en resarcirse de un supuesto daño que la acción del consejero Sr. Joaquín le habría producido. Sin valorar la viabilidad de esta acción, lo cierto es que para su ejercicio únicamente necesita acuerdo de la junta general, sin constancia previa en el orden del día, siendo un hecho indiscutido y conocido que la mayoría en el capital social es aplastante, de modo que en cualquier junta podría acordar nuevamente tal ejercicio.

-El consejero demandante tiene un interés en defenderse o evitar el ejercicio de la acción de responsabilidad en su contra. Esta es según mi criterio la intención o finalidad última de la impugnación ejercitada.

-Los socios minoritarios tendrían un interés en hacer efectivo su derecho de información y asistir a las juntas generales, más allá e independientemente de que puedan o no tener incidencia en los acuerdos que la mayoría tome. Sin entrar a valorar las alusiones a que en la práctica se permitió entrar a todos los socios en la Junta, como más arriba se ha indicado, no consta objeción alguna del actor a este respecto antes de la demanda, ni tampoco de ningún socio que se hubiera considerado perjudicado o se hubiera visto impedido para acceder a la junta.

La legitimación del administrador para impugnar un acuerdo del consejo no exige más que su condición de administrador en el momento de interponer la demanda, siendo por lo tanto irrelevante la falta de oposición previa (Sánchez Calero, Los Administradores en las Sociedades de Capital, Ed Thompson Civitas, página 719; Rojo Beltrán, Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital, Art 251 ). Por lo tanto el consejero tiene en abstracto legitimación para impugnar ( art 251 LCS ) los acuerdos nulos y anulables del consejo.

En el supuesto enjuiciado no consta expresa indicación en el acta del consejo de publicar la ya mencionada limitación de asistencia en el BORME, que en todo caso ha de provenir de aquel, y que como hemos visto infringe los estatutos vigentes y conocidos por los socios.

Ahora bien, como indica la STS 1-12-2006 "El acuerdo de convocar la junta de accionistas puede, desde luego, adolecer de defectos determinantes de su nulidad o anulabilidad (...), pero no cabe calificarlo como contrario a la ley cuando las supuestas infracciones que se le atribuyan sólo puedan ser cometidas con las futuras decisiones del órgano convocado, ya que éste es el único competente para tomarlas", y en el supuesto enjuiciado no existe indicio alguno de que finalmente, con base en la convocatoria publicada, se hubiera impedido la asistencia a ningún socio.

Lo anterior debe ponerse en relación con lo dicho respecto a los estatutos vigentes. Son los resultantes de la modificación estatutaria de 1998 independientemente de que se hubieran publicado o no, precisamente porque se presume que son conocidos por los socios, por su eficacia consensual o interna. Entiendo que ello es coherente con el hecho de que el artículo 174 LSC no exija en el contenido de la convocatoria ninguna indicación al respecto, exigencia que tampoco resulta del art 179.2 LSC que al regular la limitación de la asistencia sólo se remite a los estatutos, que el caso de la entidad demandada no exigen esa publicidad.

Aún así, ningún socio ha reaccionado (no consta) frente a una eventual lesión en su derecho de asistencia tal y como se regula en esos estatutos porque hubiera intentado asistir a la junta y se le hubiera impedido, ni tampoco simplemente a la vista de la convocatoria publicada. La supuesta infracción para poder esgrimirse con posterioridad debería haber sido alegada en la propia Junta, puesto que una defecto relevante en la convocatoria, de existir, a lo que afecta es a la válida constitución de la reunión

Sería desproporcionado anular una convocatoria junta general con base en una decisión que ningún socio ha cuestionado y que cualquier junta podría adoptar sin anuncio en su orden del día, estimando una acción que solo desde un punto de vista formal se asienta en la infracción de los estatutos (ni siquiera afirma perjuicio para ningún socio), y que únicamente serviría a los intereses individuales (por supuesto legítimos) de uno de sus consejeros, que en suma, entiendo que carece de legitimación en el supuesto concreto.

No existe por lo tanto lesión al interés social o de los socios, sino únicamente un defecto formal abstracto. El TS en sentencia de 29-11-2002 rechazó el planteamiento de las pretensiones impugnatorias desde un interés exclusivamente particular o individual, recordando que "para que un acuerdo sea impugnabile es preciso que sea lesivo para el interés social; la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio (...) sin que puedan servir de fundamento los eventuales perjuicios que puedan derivarse para los accionistas minoritarios, cuando además tuvieron la posibilidad de evitarlos...". En el supuesto aquí examinado, sólo existen indicios de una infracción formal de la convocatoria en un aspecto que ni siquiera debe incluir, sin prueba de que hubiera producido lesión a ningún socio o alguna objeción en la constitución de la Junta, resultando que, en lo relativo al ejercicio de la acción de responsabilidad, se pretenden beneficios para la sociedad (un indemnización económica), y que por lo acreditado en el procedimiento, la estimación de la demanda solo resultaría beneficiosa para el consejero actor desde un punto de vista personal.

**SÉPTIMO.-Asistencia por representación al consejo de administración .**



Sobre la posibilidad de representación de un consejero, el artículo 247 LSC, para la válida constitución del consejo de administración, atiende al número de consejeros presentes o *representados*, representación que como resulta del artículo 97.1.4º del RRM (RD1748/96 de 19 de julio), solo puede recaer en otro miembro del consejo.

En este sentido Salelles (en los comentarios de Rojo Beltrán, art 247) indica que la posibilidad de representación a favor de otro consejero existe, si bien puede ser excluida por los estatutos y por acuerdo del propio consejo si se trata de una SA. Se admite la utilización del correo electrónico para otorgar al representante siempre que perita cerciorarse de la voluntad auténtica del otorgante, y destaca que el deber de diligencia de los administradores en el cargo del art 225 LSC se cumple con la asistencia a las sesiones, por ello la delegación ha de tener carácter especial, e incluso, debiera justificarse la ausencia y otorgar instrucciones como indica la recomendación nº 20 del Código Unificado de Buen Gobierno de la CNMV para las sociedades cotizadas (que limita la inasistencia a casos indispensables y si la representación fuera imprescindible habrá de conferirse con instrucciones). Chuliá, en la obra citada (pág. 805) sostiene que la representación no puede darse con carácter general, sino solo para una concreta sesión, indicando la fecha y el orden del día, recordando que el consejero "tiene la obligación de asistir personalmente a las sesiones del consejo por lo que solo puede hacerse representar para un caso concreto, y con la debida justificación, y en aras del interés social, no del suyo propio". Sánchez Calero considera asimismo exigible la concurrencia de alguna causa que motive la inasistencia, debiendo ser la representación para una determinada reunión no pudiendo acumular un consejero más de una representación.

Pese a las anteriores sugerencias doctrinales, propias de una actuación de un consejero absolutamente diligente, pero que como hemos visto no son exigencias legales (la ley no regula la posibilidad que sí admite de representación del consejero) los estatutos de la entidad no exigen ni instrucción sobre el voto ni justificación de la causa de inasistencia, ya que sus artículos 23 y 24 se limitan a indicar que el consejero que no asista a una reunión (cuya convocatoria se limita a un aviso por escrito del secretario en el que se expresará sucintamente el objeto de la reunión) podrá hacerse representar en ella por otro consejero que concurra, mediante delegación conferida por escrito, debiendo ser ésta especial para cada reunión, no pudiendo ostentar cada consejero más de una delegación. El consejo queda válidamente constituido con la concurrencia, presentes o representados, de la mayoría de sus miembros.

Se discute la válida constitución del consejo de administración celebrado el día 9 de noviembre de 2012. Conforme al acta (doc nº 4 de la contestación), comparecieron personalmente Don. Cornelio, Juan Enrique y Amadeo, y otorgaron su representación los Sres. Camilo a favor del primero, Eulogio a favor del segundo, y Heraclio a favor del tercero.

Como ya se ha indicado, el consejo se convocó por el presidente, Don. Cornelio, a las 14:00 horas del día 6 de noviembre de 2012, tras un fallido intento de convocatoria con votación por escrito del día anterior, 5 de noviembre, también a las 14:00 horas (documentos 8 y 9 de la demanda). Entre ambas convocatorias solo había alguna diferencia en el punto 2º, respecto del orden del día de la junta general a convocar (en la segunda convocatoria desaparece la propuesta de modificación del art. 16 de los estatutos pero se incluye la ratificación del nombramiento del consejero Don. Amadeo, en un apartado 7). La convocatoria se remite por correo electrónico el día 7 (documento nº 10 de la demanda).

El otorgamiento de la representación Don. Heraclio, no ofrece dudas (documento nº 5 de la contestación, de fecha 7 de noviembre) convenientemente apostillado con intervención personal del representado que comparece y es identificado, complementado con el correo electrónico del día 8, adjuntado al acta del consejo, y en la que el consejero representado instruye sobre el sentido del voto en cada uno de los puntos propuestos en la convocatoria.

Las otras dos delegaciones sin embargo son de fecha 5 de noviembre, es decir, de un día antes de la convocatoria, firmadas en Bahrein, y no se instruye en modo alguno sobre el sentido del voto al representante (adjuntas a la acta del consejo y aportadas como documentos 6 y 7 de la contestación). Como documentos 6 bis y 7 bis se aporta legalización de las firmas de la indicadas delegaciones por el funcionario del MAE de Bahrein que protocoliza el documento de delegación de 5 de noviembre, sellado el mismo por la embajada española en Kuwait y fechado el 20 de diciembre de 2012.

En el acto del juicio Don. Cornelio a pesar de afirmar que consensuó con los consejeros excepto con el Sr. Joaquín (con los extranjeros dice haberse reunido en Barheim) la convocatoria del consejo escrito, no recuerda si lo hizo respecto de la segunda convocatoria, y en cuanto al hecho de que la delegación de dos de los consejeros sea anterior a la convocatoria del consejo, supone que "será un errata". En referencia a los documentos 6 bis y 7 bis, manifiesta que vistos los problemas, "una persona" (cuya identidad tampoco sabe)



se trasladó al Golfo, luego al Minsiterio y luego a Kuwait a la embajada. En la reunión del consejo tenían las delegaciones, pero los sellos de las embajadas llegaron después.

La testifical del secretario del consejo sostiene que el Sr. Heraclio es abogado y redactó su propia delegación, pero a los otros dos consejeros se la redactó él mismo, y recibió los originales el mismo día 9 (el demandante no comprobó las delegaciones porque se ausentó de la reunión del consejo). El día 8, en previsión de los problemas que se podrían avecinar, iniciaron las gestiones para la protocolización de las delegaciones en la embajada. La indicación de la fecha de 5 de noviembre se debería a que el secretario habría "machado" el documento que ya tenía preparado para otro consejo.

Ni siquiera en informe insiste el actor sobre la percial que concluye algo que la parte demandada no niega: que las firmas 6 y 6 bis, 7 y 7bis, no son las mismas, y se realizaron en momentos diferentes: el documento original es el incorporado al acta (el 6 y el7) y los bis las delegaciones de los consejeros protocolizadas ante notario en Barheim.

En resumen, consta delegación para la reunión del día 9 de noviembre, recibidas el mismo día y unidas a su acta, ratificada posteriormente de los tres consejeros no presentes, cumpliendo los requisitos legales y estatutarios al respecto. Por más dudas que puedan subsistir respecto al real seguimiento y conocimiento de los asuntos propios de la entidad por los delegantes, ni la instrucción en el sentido del voto ni la justificación de la falta de asistencia se exigen por los estatutos. No se acredita la falta de representación por falsedad o ausencia de voluntad de los consejeros delegantes, aportándose prueba de su delegación para la reunión del CA de 9 de noviembre y protocolización o ratificación pública posterior de sus firmas.

#### **OCTAVO.- Costas.**

Pese a la íntegra desestimación de la demanda, no se impone condena en costas procesales, teniendo en cuenta que concurren dudas, tanto jurídicas como de hecho que según mi criterio justifican la interposición de la demanda conforme al artículo 394 LEC sin aplicación del criterio del vencimiento objetivo en materia de costas. Es un hecho que la convocatoria de la junta vulneró el artículo 16 de los estatutos, aunque su carácter meramente formal y la ausencia de lesión efectiva y de legitimación del actor en los términos expuestos en el fundamento de derecho VI lleven a la desestimación de la pretensión. Por otro lado las delegaciones de dos de los consejeros unidas al acta del consejo eran de fecha anterior a la convocatoria, lo que pudo llevar a pensar que no se referían a la concreta reunión del órgano de administración.

#### **FALLO**

**DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por Joaquín contra Real Racing Club de Santander S.A.D., sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Cantabria ( artículo 455 LEC ).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna ( artículo 457.2 LEC ).

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número \_\_\_\_\_, consignación que deberá ser acreditada al **preparar** el recurso ( DA 15ª LOPJ ), especificando en el campo "CONCEPTO" que se trata de un recurso, seguido del CÓDIGO 02 CIVIL- APELACIÓN.

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita

Así, por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.