

Forma de la convocatoria y abuso de derecho

La Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia 230/2024, de 2 de julio), después de comprobar la regularidad de la convocatoria de la junta general de una sociedad limitada, advirtió que no basta para la validez de los acuerdos adoptados el mero cumplimiento de los requisitos formales de la convocatoria porque, si se comprobara que ésta fue realizada con vulneración de la buena fe o con abuso de derecho, los acuerdos adoptados habrían de considerarse nulos (siempre que quede rigurosamente acreditado que ése fue, efectivamente, el modo de proceder de la compañía).

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

Uno de los dos administradores solidarios de una sociedad limitada, y socio titular de la mitad del capital social, convocó una junta general extraordinaria para su celebración el 7 de mayo del 2021 mediante la remisión, el día 22 de abril anterior, de un burofax al otro administrador solidario y socio titular del restante 50 % del capital. Aunque ese mismo día el servicio de Correos dejó aviso al destinatario para su recogida, ésta no se produjo hasta el 4 de mayo.

La junta se celebró con la única asistencia del administrador/socio convocante y en ella se adoptó el acuerdo de cese del otro administrador.

El administrador no asistente impugnó el acuerdo alegando, por lo que ahora interesa, que no se había respetado el plazo mínimo legal de convocatoria, que en realidad se había llevado a cabo una modificación estatutaria al encomendarse la administración de la compañía a un administrador único y que la convocatoria había incurrido

en abuso de derecho por cuanto el preceptivo anuncio no se remitió, como venía siendo habitual, mediante el correo electrónico.

En primera instancia la demanda fue estimada íntegramente. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) estimó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada (desestimando en consecuencia la demanda) en su Sentencia 230/2024, de 2 de julio (ECLI:ES:APM:2024:10985).

2. Plazo previo de la convocatoria

La Audiencia constató que la convocatoria fue remitida dieciséis días antes de la fecha prevista para la celebración de la junta. Se dio así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 176.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), precepto que dispone que entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la junta deberán mediar, al menos, quince días (regla que, por lo demás, reproducían los estatutos sociales de la sociedad apelante). A estos efectos, hay que tener en cuenta que el cómputo del plazo se debe llevar a cabo tomando como día inicial el de la publicación de la convocatoria (o el de la remisión del anuncio al último de los socios, si fuera el caso —art. 176.2 LSC—), pero excluyéndose de dicho cómputo el propio día de la celebración de la junta.

En rigor, la dicción del segundo apartado del artículo 176 de la Ley de Sociedades de Capital (ya mencionado) debería ser suficiente en un caso como el presente, en el que la convocatoria se efectuó por un medio de comunicación individual, para —sin entrar en ulteriores consideraciones— dar por cerrada esta cuestión (y ello dejando

al margen las dificultades que la aplicación de la norma legal puede comportar eventualmente en relación con el ejercicio de sus derechos por los socios convocados). Sin embargo, la Audiencia formuló sobre este asunto un conjunto de observaciones que, en definitiva, parecen vertidas sin tener en cuenta el contenido de dicha norma legal.

En efecto, la sentencia reseñada indicó que el plazo mínimo de convocatoria del artículo 176.1 de la Ley de Sociedades de Capital «debe computarse desde que la sociedad hace llagar [sic] al socio la comunicación de la convocatoria de junta, ya que la finalidad de su previsión legal busca habilitar a favor del socio la disposición del tiempo indispensable para el ejercicio de distintos derechos y facultades que le son otorgados en referencia a la celebración de tal junta, como, v. gr., los de información, art. 197 y 197 TRLSC; el de petición de complemento de orden del día, art. 172 TRLSC; el de otorgamiento de representación para asistir, arts. 183 y ss. TRLSC; o el de solicitud de levantamiento de acta notarial, art. 203 TRLSC. Por tanto, es una carga de la sociedad convocante el asegurarse que el anuncio de la convocatoria esté a disposición del socio con aquel margen temporal legalmente exigido» (nótese, sin embargo, que en su Sentencia 108/2024, de 5 de abril [ECLI:ES:APM:2024:5436], la misma sección de la Audiencia no dudó en tomar como fecha inicial del cómputo del plazo previo de la convocatoria la de la remisión de ésta por burofax, dejando claro —eso sí— que en ningún caso resultaba procedente tener en cuenta a estos efectos el día en el que el destinatario de la convocatoria, tras recibir el aviso del servicio de Correos, recogió de la oficina de Correos la comunicación). A

ello añadió que la notificación de la convocatoria constituye «una comunicación de carácter recepticio, lo que implica que queda cumplida aquella carga por la sociedad cuando se hace llegar a la esfera de control del socio la comunicación, de tal manera [sic] que sólo depende de una decisión voluntaria de éste el tomar conocimiento efectivo de su contenido», para concluir afirmando que no era aceptable la tesis del impugnante basada en que recogió la comunicación a él dirigida el día 4 de mayo del 2021, porque en realidad estaba a su disposición desde el mismo día 22 de abril. Y es que «semejante argumento dejaría plenamente al arbitrio de cada socio decidir cuanto retira la comunicación de la convocatoria y toma conocimiento de su contenido, para constituir con ello una causa de impugnación de dicha convocatoria por falta de plazo».

No siempre una convocatoria formalmente correcta será lícita

En realidad, la conclusión de la Audiencia puede compartirse sin dificultad (la convocatoria, efectivamente, se realizó en plazo). Pero, en mi opinión, para llegar a tal resultado no era necesario —a la vista del contenido del ya conocido artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital— entrar en las consideraciones indicadas que, al menos en parte, parecen encontrar mayor sentido cuando lo que se discute es si la convocatoria fue o no recibida por los socios y las consecuencias de que, efectivamente remitida, no fuera conocida por causas imputables (o no) a los destinatarios.

3. El cese del administrador solidario

En el orden del día de la junta celebrada el 7 de mayo del 2021 no figuraba punto alguno relativo al ejercicio del cargo por los administradores sociales. Sin embargo, se acordó el cese del administrador solidario ausente (precisamente con los votos del socio/administrador solidario convocante). En relación con ello, la Audiencia de Madrid aclaró, en primer lugar, que este modo de proceder no supone la existencia de defecto alguno en la convocatoria puesto que el artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital permite expresamente que la junta pueda separar a los administradores (a todos o a algunos de ellos) en cualquier momento, esto es, aunque este asunto no conste en el orden del día de la reunión.

Y, seguidamente, la sentencia descartó que el acuerdo de cese de uno de los administradores solidarios implicara por sí mismo un cambio en el sistema de administración social (de dos administradores solidarios a un administrador único). En este sentido indicó que la validez del acuerdo de cese de un administrador no está condicionada al correlativo nombramiento de otro nuevo para el cargo. Por ello, en el supuesto planteado, lo que sucedió es simplemente que el órgano de administración incurrió «en un defecto o irregularidad de conformación, lo que podrá dar lugar, en su caso, a las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivar».

4. El abuso de derecho en la forma de la convocatoria

A la vista de lo expuesto hasta ahora, resultaba claro para la Audiencia Provincial que

la convocatoria de la junta no presentaba ningún defecto formal. Debe advertirse, de cualquier forma, que la Audiencia no entró a considerar la trascendencia que pudiera tener la circunstancia de que, en lugar de remitirse la convocatoria por correo certificado —según exigían los estatutos sociales—, se enviara por burofax (en todo caso, y a la vista del criterio seguido en otro asunto reciente por esta misma Sección de la Audiencia —Sentencia 108/2024, de 5 de abril [ECLI:ES:APM:2024:5436]— es probable que, de haberse abordado la cuestión, tal circunstancia habría sido estimada irrelevante).

En relación con lo anterior, debe recordarse que no siempre una convocatoria formalmente correcta será considerada lícita. Así sucederá cuando pueda estimarse que existe un componente de abuso y que se ha buscado precisamente impedir o dificultar la asistencia a la junta de determinados socios, propósito del que existirán indicios, por ejemplo, cuando la convocatoria —aun irreprochable en el plano formal— se aparte de la que, hasta entonces, había sido la pauta general y constante seguida para convocar las juntas —notificación personal, anuncio en un diario concreto...—¹. En estos casos —como en otros que pueden estimarse análogos desde la perspectiva del abuso de derecho—, los acuerdos sociales adoptados pueden llegar a considerarse inválidos por no haberse efectuado una convocatoria *materialmente* ajustada a derecho.

En esta línea, la Audiencia observó que, «cuando la sociedad se prevale de esa forma regular de convocatoria precisamente para eludir el conocimiento del socio sobre ella», puede entrar en juego la doctrina del abuso de derecho. Y afirmó que «dicha doctrina suele operar en sociedades de pequeña base social, donde la sociedad ha prescindido sistemáticamente de la convocatoria formal de juntas, para mantener en el tiempo una práctica informal de convocatoria o celebración» de las reuniones, hasta el punto de que el socio puede esperar razonablemente que dicha conducta se prolongue en las futuras convocatorias. Por ello, «cuando inopinadamente la sociedad abandona esas prácticas y procede a la convocatoria formal con el fin de sorprender la confiada desatención del socio, puede observarse aquel abuso de derecho».

Ahora bien, la Audiencia Provincial de Madrid puntualizó que «la aplicación de dicha doctrina es excepcional, al actuar contra el principio de validez de una actuación formalmente ajustada a derecho, por lo que deben acreditarse cumplida y rigurosamente los requisitos exigidos para su apreciación».

Esta precisión resultó a la postre clave para la solución del conflicto, puesto que la sentencia reseñada estimó que el demandante no había acreditado que en la sociedad demandada existiera una práctica mantenida

¹ Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1221), la núm. 171/2006, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:959), y la núm. 510/2017, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3356), así como las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) núm. 54/2010, de 5 de marzo (ECLI:ES:APM:2010:4733), y núm. 203/2012, de 21 de junio (ECLI:ES:APM:2012:10484).

y sistemática, bien de celebrar juntas universales, bien de convocar la junta mediante el correo electrónico.

A ello se añadieron dos observaciones complementarias. En primer lugar, se observó que, a la vista de las circunstancias, no cabía sostener que el socio asistente a la junta se hubiera prevalido de la ausencia del otro socio (que —recuérdese— había sido convocado correctamente, por lo que había contado con la posibilidad de asistir) para aprobar el acuerdo de cese de administrador social, ya que la presencia del segundo no es en modo alguno exigible para la validez de ese cese. Y, en segundo lugar, se apuntó que resultaba irrelevante a los efectos del litigio el hecho de que pudiera suponerse que el voto del socio impugnante habría sido contrario al cese, «ya que

el hecho de que exista un conflicto de intereses entre socios, sea cual sea el reparto entre ellos del capital social, no determina que pueda calificarse de abusiva la adopción de un acuerdo cuando uno de los socios no asiste a la junta, siempre que se le hubiera dispensado la posibilidad de hacerlo. De otro modo, su presencia se erigiría sistemáticamente en una condición de validez de la adopción del acuerdo, lo que carece de cobertura legal».

En tales términos, concluyó la Audiencia, no resultaba posible apreciar la concurrencia de abuso de derecho en una convocatoria plenamente ajustada, por lo demás, a la legalidad. Ello llevó —como se apuntó más arriba— a la estimación del recurso de apelación con la consiguiente desestimación de la pretensión impugnatoria.