



Roj: **SJM IB 2953/2018 - ECLI: ES:JMIB:2018:2953**

Id Cendoj: **07040470012018100502**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **733/2017**

Nº de Resolución: **539/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **VICTOR MANUEL FERNANDEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **JDO. DE LO MERCANTIL N. 1**

### **PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00539/2018**

C/TRAVESSA D'EN BALLESTER S/N

**Teléfono: 971 21 94 14**, Fax: 971 21 94 56

Equipo/usuario: FGA

Modelo: S40000

**N.I.G.:** 07040 47 1 2017 0001385

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000733 /2017**

Procedimiento origen: /

### **Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. Agustina , Almudena

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS, FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO , DEMANDADO , DEMANDADO , DEMANDADO , DEMANDADO , DEMANDADO D/ña. Apolonio , Bárbara , Berta , Benito , Carmen , MOQUEGUI SA

Procurador/a Sr/a. JOSE ANTONIO CABOT LLAMBIAS, CATALINA CAMPINS CRESPI , CATALINA CAMPINS CRESPI , CATALINA CAMPINS CRESPI , COLOMA CASTAÑER ABELLANET

Abogado/a Sr/a. , , , , , ,

### **SENTENCIA**

En Palma de Mallorca a 20 de septiembre de 2018

Vistos por mí, Víctor Fernández González, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº1 de los de esta ciudad y su partido, los autos de juicio ordinario nº733/2017, a instancia del Procurador D. Francisco Arbona Casasnovas, en nombre y representación de Dña. Agustina y Dña. Almudena , interpuso demanda de Juicio Ordinario contra Moquengui SA, representada por el Procurador Dña. Coloma Castañer Abellaneda.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero:** el Procurador D. Francisco Arbona Casasnovas, en nombre y representación de Dña. Agustina y Dña. Almudena , interpuso demanda de Juicio Ordinario contra Moquengui SA, representada por el Procurador Dña. Coloma Castañer Abellaneda, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de



aplicación terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad de los acuerdos de modificación de estatutos (puntos cuarto y quinto del orden del día) aprobados por la Junta General Ordinaria de la sociedad celebrada el día 24 de junio de 2016, dejándose sin efecto toda actuación societaria consecuencia de los mismos. Así como al pago de las costas del pleito.

**Segundo:** admitida a trámite la demanda se procedió a dar traslado de la misma a la demandada emplazándola para que compareciese y formulase contestación a la misma. La sociedad compareció en autos y procedió a contestar a la demanda, mediante escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba allanándose a la demanda solicitando que se dictase sentencia estimatoria de la demanda, sin imposición de las costas.

**Tercero:** por el Procurador Dña. Catalina Campins Crespi, en nombre y representación de Dña. Berta, D. Benito, Dña. Carmen y Dña. Bárbara, se presentó ante este Juzgado, escrito solicitando se les tuviese como parte, mediante intervención adhesiva a la parte demandada, por tener interés legítimo en la Litis, con concesión de plazo para contestar a la demanda y alegar sobre el allanamiento planteado por la entidad demandada.

Dicha intervención adhesiva, una vez dada audiencia a las partes, se aceptó por auto de 16 de enero de 2018.

**Cuarto:** a través de la adhesión mencionada, se formula oposición al allanamiento por considerar que se realiza en perjuicio de terceros (en concreto de Dña. Berta, D. Benito, Dña. Carmen y Dña. Bárbara) y en fraude de ley, considerando que el acuerdo impugnado no debe ser declarado nulo, tras lo cual quedaron los autos pendientes de resolución, en la que se acuerda la continuación de los autos al efecto de resolver sobre el fondo.

**Quinto:** convocadas las partes al acto de la audiencia previa, la misma tuvo lugar y en la que se fijaron los hechos controvertidos y se declaró la pertinencia de la prueba propuesta, haciendo especial referencia a que solo se debe enjuiciar la validez o no del punto cuarto del orden del día (el relativo a la modificación del objeto social), dado que el quinto ya había sido objeto de resolución por sentencia firme. Todo ello corroborado por las partes y aceptados por todas ellas.

**Sexto:** tras ello se convocó a las partes al acto del juicio en el que se practicó la prueba declarada pertinente, en concreto el interrogatorio de parte, testifical y documental. Tras las conclusiones de las partes quedaron los autos vistos para sentencia.

**Séptimo:** en el presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales salvo el cumplimiento de los plazos legales debido al número, volumen y complejidad de los asuntos que penden ante el Tribunal.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**Primero:** conforme concuerdan las partes del presente proceso, existe conformidad con los siguientes hechos:

1. Mediante anuncios publicados en el Diario la Razón en fecha 17 de mayo de 2016 y en el BORME, el día 18 de mayo del mismo año, se convocó Junta General Ordinaria de accionistas de la sociedad Moquengui SA para su celebración en Selva, en los despachos parroquiales de la iglesia de San Lorenzo de Selva, calle de la iglesia s/n el día 24 de junio de 2016 a las 17 h en primera convocatoria o 18 h en segunda convocatoria.

2. El Orden del día de la Junta, a los efectos que ahora importa, según publicación, incluía los siguientes aspectos:

1. Elección de presidente y secretario de la junta.

2. Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, las cuentas anuales en forma abreviada del ejercicio 2015, del informe de auditoría llevado a cabo y propuesta de aplicación de resultados del ejercicio 2015.

3. Sueldo neto de uno de los administradores de la sociedad de 1.550-€.

4. Propuesta de cambio del objeto social, ampliando el actual objeto a otras actividades, lo que implica la modificación del artículo correspondiente de los estatutos.

5. Propuesta de traslado del domicilio social a Madrid, calle Arboleda número 18 - nave 9 (28031), lo que implica la modificación del artículo correspondiente de los estatutos.

6. Ruegos y preguntas.

7. Redacción, lectura, aprobación y firma del acta. El acta que levante el Sr. Notario tendrá la consideración de acta de la Junta.

3. En ninguna de estas publicaciones se hace constar, respecto de la modificación de los Estatutos prevista en los puntos cuarto y quinto del orden del día, la elaboración de la preceptiva redacción del texto íntegro de la



modificación propuesta y del informe escrito que justifique dicho cambio de redacción, ni consta expresión del derecho que correspondería a los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta e informe sobre la misma, así como de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

4. La celebración de la Junta tuvo lugar en primera convocatoria en el lugar y fecha antes referidos, con asistencia presencial o por representación de las siguientes personas: D. Rubén , D. Saturnino , Dña. Adriana , D. Benito . Dña. Berta , D. Juan María , D. Alexis , Dña. Carmen (en este caso fue representada por D. Cirilo ), D. Apolonio (en este caso representado por Dña. Natalia ) y Dña. Bárbara (en este caso representada por Dña. Rita )

5. Ante las propuestas formuladas, resultaron aprobados los dos acuerdos de modificación de estatutos

6. El 20 de diciembre de 2016, el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, notifica su resolución de no practicar la inscripción solicitada del acta de la Junta General Ordinaria de Moquengui SA celebrada conforme a los hechos anteriores, haciendo constar en su calificación, entre otros motivos y de modo expreso, el siguiente defecto: " *Los anuncios de la convocatoria de la Junta no cumplen con lo previsto en el artículo 287 LSC, en cuanto al derecho de información de los accionistas.*"

7. Ante la calificación registral negativa, por parte de los administradores de MOQUENGUI, S.A. se remitió una comunicación a todos los accionistas en fecha 9 de marzo de 2017 y en la que se puso de relieve, literalmente, que: " *Tras las oportunas consultas, y en atención a la fundamentación ofrecida para rehusar la inscripción de tales acuerdos, esta Administración solidaria ha decidido no recurrir en vía gubernativa ni, tampoco, judicial, la calificación negativa emitida por el Registro Mercantil, al entender su ajuste a Derecho.*"

8. Ante tal comunicación remitida por la Administración social de MOQUENGUI, S.A., por parte de mis representados se remitió un escrito a los administradores de esta mercantil en el que se manifestaba que: " *En virtud de tal comunicación, hemos podido conocer la situación en que se encuentra la citada sociedad, al igual que el hecho de que la Junta celebrada el pasado mes de junio de 2016 adoptó ciertos acuerdos omitiendo determinadas exigencias legalmente impuestas. En su virtud, les anunciamos nuestra intención de impugnar dichos acuerdos ante el hecho cierto de que, en nuestra opinión, no han sido respetados los derechos que como accionistas nos asisten. En este sentido, hemos dado las oportunas instrucciones a nuestros abogados para que procedan en el sentido indicado.*"

**Segundo:** la cuestión a tratar hace referencia a la presunta vulneración de la normativa sobre modificación estatutaria, la regulada en el art.287 LSC, aquella que impone que, cuando se trata de cambiar algún aspecto o norma de los estatutos deben cumplirse unos requisitos taxativos, dentro de los cuales, se encuentra el que se formule un informe escrito con justificación de la modificación interesada.

En concreto la norma expresa el siguiente literal "En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos."

Se trata de una previsión que viene a refrendar la protección que debe darse a los accionistas en relación a los acuerdos a adoptar, como medio de control, directo e indirecto, de la gran sociedad, en la medida que se trata de evitar el debilitamiento de la posición del éste como consecuencia del fraccionamiento del accionariado. Con ello, dada la complejidad de los intereses en juego, referentes a la propia vida de la sociedad así como su actividad, se hace necesario instrumentar un procedimiento de control mediante la publicidad, hacia una información más completa y veraz de los "entresijos" de la entidad.

Y así se pone de manifiesto en la STS de 16 de febrero de 2007 en la que se refiere que "...La jurisprudencia (Sentencia de 29 de junio de 1995 entre otras) y la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 19 de agosto de 1993 SIC, 1 de diciembre de 1994, 7 de marzo de 1997, 3 de abril de 1997, entre otras) han puesto de relieve que la imperativa exigencia del informe justificativo de la propuesta de modificación de los Estatutos, al que se refiere el artículo 144.1.a) LSA, es una manifestación del derecho de información del accionista del artículo 48.2.d) LSA, que ha sido reforzado o "robustecido" en la Reforma que condujo al vigente Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Coincide en esta opinión un amplio y autorizado sector de la doctrina, y de consuno se entiende en la interpretación usual que el Informe de los administradores se exige preceptivamente, como presupuesto de validez del acuerdo (Sentencias de 9 de diciembre de 1999, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, y las que allí se citan, resolución de 9 de enero de 1998, además de las anteriormente señaladas). La Ley no determina el contenido, ni siquiera exige que tal Informe sea "detallado", a diferencia de lo que se preceptúa en los supuestos de fusión (artículo 237) y de escisión (artículo 254), pero **es forzoso coincidir con las opiniones que señalan que el Informe no puede**



**ser genérico o abstracto y que es necesario exponer las razones concretas de las propuestas que no sean meramente formales y justificar clara y concretamente las razones del cambio, ofreciendo explicaciones suficientes para orientar la decisión que se ha de traducir en el voto** (la negrita es nuestra). No se cumplen, en el caso, las condiciones mínimas para dar validez y eficacia al Informe de los administradores sobre la propuesta, que se despacha no sólo con brevedad inusitada, sino que es inexpresivo absolutamente y no se refiere a las concretas razones de la modificación, con lo que no ha podido contribuir a orientar la decisión ni el voto, y viene a promover una elección arbitraria, por inmotivada, de la mayoría..."

**Tercero:** como se acaba de ver la Jurisprudencia que ha analizado el precepto invocado exige un plus de la mera alegación genérica, en lo referente al informe exigido en el art.287 LSC, amén de exigir de la inclusión de determinados aspectos en la convocatoria de la junta a efectos de permitir hacer valer sus derechos a los accionistas, en una cuestión tan sensible como es la modificación del objeto social o el cambio de domicilio social.

De hecho en ese anuncio debe incluirse la prevención del derecho del socio de poder examinar el informe escrito en el que se justifica y explica las necesidades de esos cambios estatutarios. Un informe preceptivo tiene que contener, no solo lo que se pretende, sino porqué se pide, las razones que conducen a pronunciarse sobre ese concreto punto, el porqué de la modificación, justificar la bondad o conveniencia de la modificación frente al estado actual que se pretende variar, el porqué el cambio del statu quo existente.

Desde este prisma resulta evidente que facilitar esa información resulta imprescindible, y de ahí que la convocatoria deba incluir la necesaria referencia a la existencia del mismo y al derecho del socio de examinar ese documento, con la posibilidad añadida de que le sea remitida, de forma gratuita, toda la documentación.

Como se ha referido reiteradamente, no estamos ante un capricho del legislador, sino ante la defensa de los intereses de los integrantes de la persona jurídica, de los socios, que tienen el derecho a conocer, saber y comprender aspectos tan relevantes o esenciales como son las reglas por las que se rige la sociedad de la que participan. Se trata de una manifestación específica del derecho de información (cuyo complemento aparece en el art.197 LSC), en interés de todos aquellos que luego deben pronunciarse en el seno de la reunión del accionariado, de los que deben decidir sobre los puntos objeto de decisión. Proceder de otra manera sería conculcar los derechos básicos y mínimos de los accionistas, especialmente de los que quedan en minoría, que gracias a la falta de conocimiento ven cercenado el derecho de decidir libremente y con todas las consecuencias, así privarles de la posibilidad de fiscalizar e incluso impugnar aquello que pudiera ser perjudicial para el interés social.

El Informe ajustado a Derecho es presupuesto de validez del acuerdo, y el derecho de información sobre el mismo resulta un requisito consustancial al mismo, resultando un aspecto esencial en los términos que el art.204 LSC relativo a la convocatoria de la junta.

De ahí que, existiendo la infracción denunciada en la demanda, y que ha sido reconocido por la sociedad y por el administrador social (el cual en el acto del juicio reconoce que no se cumplieron los requisitos impuestos por la ley, existiendo una convocatoria por email o whatsapp sin incluir los documentos ni el derecho de información), el acuerdo sobre modificación de los Estatutos, en cuanto al objeto social, adoptado ha de entenderse radicalmente nulo, por contravenir un precepto legal imperativo.

**Cuarto:** no obstante lo dicho, por parte de Dña. Berta , D. Benito , Dña. Carmen y Dña. Bárbara sostienen la improcedencia de la declaración de nulidad, al entender que los actores actúan en fraude de los derechos de ellos, actúan contraviniendo las reglas de la buena fe.

Se denuncia que el ejercicio de los derechos de cualquier socio, en el marco de sus relaciones con la sociedad, debe amoldarse al principio general de la buena fe, cosa que no se predicaría de las actoras, las cuales han actuando en perjuicio de sus derechos así como con fraude de ley, al ser conocedoras de lo que se acordaba en la junta impugnada.

El artículo 7.1 CC, al establecer que los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe, positiviza un principio general del derecho. La buena fe se identifica con un modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado, actuar conforme a unas reglas y valores que la conciencia social impone al tráfico jurídico ( SSTS de 22 de octubre de 1991 y 26 de octubre de 1995). Por el contrario, el abuso del derecho se halla regulado en el art.7.2 del Código Civil, en el que se establece que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y añade que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización. La doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la



inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo (ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Así se recogen en las SSTs, entre otras de 21 diciembre 2000, de 16 mayo y 12 julio de 2001, de 2 de julio de 2002 y 13 de junio de 2003, entre otras. En todas ellas se concluye que no cabe invocar la sanción cuando el exceso pernicioso en el ejercicio del derecho esté garantizada por precepto legal

Un análisis que debe efectuarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, tipo de infracción cometida, posición del socio ante la misma. De hecho podemos considerar como conductas contrarias a la buena fe las siguientes:

- El socio que es consciente de la existencia de alguna infracción legal en la convocatoria de la junta de socios o en la constitución de dicha junta y no la pone de manifiesto para que pueda ser subsanada actúa de un modo contrario a la buena fe.

- Y, naturalmente, podía aplicarse también la doctrina de los actos propios, en tanto que pueden darse también conductas del socio que por su significación jurídica impidan una posterior impugnación del acuerdo social porque supondría una contradicción inadmisibles conforme a las exigencias de la buena fe.

En particular en el caso de autos, no se aprecia esa mala fe, abuso de derecho o fraude de ley en la conducta de las actoras.

No ha quedado acreditado que su conducta procesal, la impugnación de los acuerdos sociales, viniera determinada por un fin espurio como sería el querer perjudicar a los socios Dña. Berta, D. Benito, Dña. Carmen y Dña. Bárbara; en concreto de privarles del **derecho de separación** que podrían ostentar como consecuencia de la modificación del objeto social o del cambio de domicilio social. No consta prueba alguna que determine aquello que se alega por Dña. Berta, D. Benito, Dña. Carmen y Dña. Bárbara en su escrito de personación. Ninguna de las declaraciones oídas en el acto del juicio ponen de manifiesto esa circunstancia.

Más bien todo lo contrario, dado que las declaraciones de Dña. Agustina y Dña. Almudena declararon en el juicio que la presentación de la demanda se debió al consejo de sus asesores, una vez que la sociedad les comunicó la no inscripción de los acuerdos adoptados por la existencia de los defectos que han dado origen a la nulidad de los acuerdos. Es más, en el acto de la vista confirman que, de haber acudido a la junta, se habrían opuesto a los acuerdos propuestos.

Asimismo, y en relación con el argumento que Dña. Agustina y Dña. Almudena eran conocedoras de los acuerdos impugnados, que eran conocedoras que se iban a votar y a aprobar y que decidieron no acudir a la junta voluntariamente porque aceptaban lo que allí se discutiera, tampoco ha quedado acreditado.

Basan Dña. Berta, D. Benito, Dña. Carmen y Dña. Bárbara la existencia de esta fuente de conocimiento en una reunión que habría tenido lugar en un bar de Madrid el 30 de agosto de 2015, casi un año antes de la celebración de la junta impugnada; una reunión a la que habrían acudido las demandantes junto con más socios de la entidad, en particular Dña. Natalia, prima de las actoras y que ostentaría la representación de su padre (D. Apolonio), en los asuntos de la mercantil.

Dña. Natalia declaró en el juicio la existencia de la reunión y confirma que se trató el tema de invertir un dinero recibido por la sociedad fruto de una expropiación en la compraventa de micropisos para alquilarlos. Ahora bien, tanto la actoras como el administrador social, niegan que esa reunión fuera con el objeto de fijar un orden del día y de tomar una decisión a adoptar el acuerdo. Más aún cuando se tiene la referencia temporal entre esa reunión y la celebración de la junta.

En todo caso, siendo que Dña. Natalia compareció en el acto del juicio en su calidad de testigo, cuando se le formularon las preguntas generales de la ley, antes que ninguna de las partes comenzara con su interrogatorio, al ser preguntada sobre si tenía interés en el pleito contestó que no, que solo venía a contar lo sucedido en la reunión en el bar de Madrid.

Destaco este hecho porque revela la predisposición de la testigo a relatar unos hechos concretos, a facilitar una información particular, de los que vendría aleccionada previa la celebración del juicio. Era curioso que, desconociendo el debate jurídico sucedido en la sala, desconociendo el conjunto de preguntas que se habían formulado a las partes, ella conociera de lo que se estaba tratando en la sala de vistas. Porque la realidad es que tanto a las demandantes como al representante de la demandada, de forma principal, se les cuestionó e interrogó por los mismos hechos.

Por eso, a juicio de este Tribunal, puestas en relación las declaraciones practicadas y escuchadas en juicio, existiendo versiones contradictorias, y existiendo esa tacha sobre la testigo, se concluye que no queda



acreditada esa situación que se denuncia por parte de Dña. Berta , D. Benito , Dña. Carmen y Dña. Bárbara , lo que obliga a confirmar la nulidad de los acuerdos adoptados.

**Quinto:** en cuanto a las costas:

1. Respecto de Moquengui SA, visto el allanamiento a la demanda, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las mismas.
2. Respecto de Dña. Berta , D. Benito , Dña. Carmen y Dña. Bárbara habiendo presentada oposición a la demanda, resultando la misma estimada, conforme al principio de vencimiento, procede imponerles las generadas a su costa.

Vistos los preceptos legales y demás de pertinente aplicación

## **FALLO**

Que con estimación de la demanda interpuesta a instancia del Procurador D. Francisco Arbona Casasnovas, en nombre y representación de Dña. Agustina y Dña. Almudena , interpuso demanda de Juicio Ordinario contra Moquengui SA, representada por el Procurador Dña. Coloma Castañer Abellaneda DEBO DECLARAR la nulidad del acuerdo de modificación de estatutos (punto cuarto del orden del día) aprobado por la Junta General Ordinaria de la sociedad celebrada el día 24 de junio de 2016, dejándose sin efecto toda actuación societaria consecuencia de los mismos.

En cuanto a las costas.

Notifíquese a las partes y hágalas saber que contra la misma cabe RECURSO DE APELACION, en ambos efectos, ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

Así lo acuerda, manda y firma D. Víctor Fernández González Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el Libro de Sentencias.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dicto estando celebrado en audiencia pública, el mismo día de su pronunciamiento, ante mí doy fe.