



Roj: **SJM PO 3741/2018 - ECLI:ES:JMPO:2018:3741**

Id Cendoj: **36057470032018100075**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Vigo**

Sección: **3**

Fecha: **15/11/2018**

Nº de Recurso: **407/2016**

Nº de Resolución: **98/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SERGIO BURGUILLO POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00098/2018

(con sede en Vigo)

-

CALLE LALÍN NÚMERO 4 6ª PLANTA, 36209 VIGO

Teléfono: 886218403 , Fax: 886218405

Equipo/usuario: AC

Modelo: N04390

N.I.G. : 36038 47 1 2016 0301274

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000407 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre SOC.MERCANTILES Y COOPERATIVAS

DEMANDANTE D/ña. Flor

Procurador/a Sr/a. PURIFICACION RODRIGUEZ GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. JOSE ABREU SAN JOSE

DEMANDADO , DEMANDADO D/ña. Olegario , JUGOVE SL

Procurador/a Sr/a. , MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO

Abogado/a Sr/a. , TOMAS SANTODOMINGO HARGUINDEY

JUZGADO MERCANTIL N°3

PONTEVEDRA

ORDINARIO 407/16

SENTENCIA

En Vigo, a quince noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, Sergio Burguillo Pozo, Magistrado del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra, los autos de juicio ordinario registrados con el número de 407/16 iniciados a instancias de doña Flor , representada por la procuradora Sra. Rodríguez González y asistido por letrado, contra la sociedad JUGOVE S.L. y su administrador único don Olegario , representado por la procuradora Sra. Pérez Crespo y asistido por letrado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la Procuradora Sra. Rodríguez González en la representación acreditada del demandante se interpuso, con fecha once de noviembre de dos mil dieciséis, demanda de juicio ordinario en la que se viene a suplicar se dicte sentencia por la que se declare:

- Destitución del administrador demandado y nombramiento de otro que gestione con diligencia y objetividad los intereses de la mercantil
- Nombrar un auditor designado por este juzgado para que elabore una auditoría del estado de la mercantil JUGOVE S.L.
- Que se declaren nulos los acuerdos adoptados por JUGOVE S.L. en las juntas celebradas desde el 28 de diciembre de 2012 a febrero de 2015, ya que quedaron limitados ilícitamente los derechos y garantías de la socia minoritaria hoy demandante. Por lo que son nulas y carecen de legitimidad las cuentas anuales aprobadas de los ejercicios 2011, 2012 y 2013, así como los demás acuerdos aprobados en cada una de las juntas celebradas en el referido período.
- Se abone a la socia demandante el importe total de 432,47 euros.
- En cualquier caso se condene a la demandada a la elaboración de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015, y a facilitar el ejercicio de su derecho de información.
- Subsidiariamente para el caso en que no se estimen los tres primeros apartados del suplico, se reconozca a doña Flor el derecho de separación de la mercantil JUGOVE S.L.

Todo ello con fundamento en los hechos que pasamos a exponer: que se ha producido una constante y reiterada vulneración del derecho de información de la socia minoritaria, que la última junta se celebró hace más de dos años, en junio de 2014, que no se han aprobado las cuentas de los ejercicios 2014 y 2015. Que no pudieron ser las cuentas auditadas por la falta de colaboración del demandado. Vulneración del artículo 164 LSC, al no convocar junta general dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio

SEGUNDO - Por decreto de fecha tres de enero de dos mil diecisiete se admitió a trámite la demanda interpuesta y se emplazó al demandado para comparecer y contestar, lo que verificó el mismo en tiempo y forma con la representación y defensa arriba reseñadas, solicitando su desestimación con imposición de costas a la actora y alegando lo siguiente: que sí es cierto que se han producido retrasos en la convocatoria de Junta, sin embargo aquello fue debido a las desavenencias con los antiguos asesores que se ocupaban de la contabilidad y que obligó a requerir la documentación mediante burofax, y que una vez recuperada la documentación se ha procedido a convocar a junta para aprobación de cuentas anuales. Que la propia demandada en su condición de accionista pudo haber interesado la convocatoria de juntas. Que carece de justificación la pretensión de la contraparte de que se anulen las juntas por las que se aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2012 y 2013, celebradas el 30 de mayo de 2013 y el 30 de junio de 2014, pues ya ha transcurrido el año previsto para impugnar tales acuerdos, sin que la nulidad acordada por la AP pueda extenderse a las restantes. Se allana la parte a la cantidad abonada al Registro Mercantil indicando que es la primera noticia que tiene de tal cuestión.

TERCERO - Se convocó a las partes al acto de la audiencia previa, que tuvo lugar en fecha veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, y en la que se puso de manifiesto por la demandadas que las Juntas pendientes ya habían sido celebradas, allanándose a lo reclamado por el actor en el punto cuarto del suplico.

Se convocó a las partes al acto de juicio, celebrándose el doce de septiembre de dos mil dieciocho, habiéndose practicado la totalidad de la prueba propuesta y admitida, quedando los autos pendientes de resolución.

QUINTO - En el presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia dada la pendencia de asuntos de preferente tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Se alega por la parte demandada la excepción de falta de legitimación activa de la demandante y de falta de legitimación pasiva de don Olegario .

El artículo 206 LSC establece que "1.Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.

Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado.



2. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero.
3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.
4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.
5. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho."

Respecto a la falta de legitimación activa a que alude la demandada debe esta excepción desestimarse de la simple lectura del artículo anterior y el suplico de la demanda, efectivamente la demandante posee el 16,44% del capital social de la sociedad JUGOVE S.L., y por tanto posee legitimación para el ejercicio de acciones de impugnación.

En cuanto a la falta de legitimación pasiva del socio don Olegario insiste la parte demandada en que se le ha traído a juicio sin que en el suplico de la demanda se solicitase petición alguna en relación al mismo. No podemos sin embargo estar de acuerdo con esta manifestación, si leemos el suplico vemos como se interesa la destitución de este socio, que es el administrador, su legitimación parece evidente en el presente procedimiento.

SEGUNDO - Respecto al cese del administrador, ésta medida se recogía en el artículo 230 LSC en su redacción anterior a la ley 31/14 que modifica aquella. En la redacción vigente no se reconoce una posibilidad de cese judicial en cuanto a la prohibición de competencia.

Diversos artículos vigentes de la LSC se refieren al cese de los administradores, también lo hacen los Estatutos de la sociedad en su artículo 23, si bien de manera genérica, disponiendo que "el cargo de administrador será por tiempo indefinido. No obstante la Junta de Socios podrá acordar el cese cuando lo estime conveniente". El artículo 223.1 LSC "Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día. 2. En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Por su parte el artículo 224 LSC recoge supuestos especiales de cese de administrador "1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal. 2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general". Y estos se refieren a cese de administrador en Junta, sin que tal artículo remita en caso de negativa al cese por sentencia de tal cargo de administrador, por lo que cabe a priori desestimar tal suplico de la demanda.

No obstante debe ponerse de manifiesto que existen indicios a juicio del tribunal de que el administrador de JUGOVE S.L. ha venido realizando una serie de actuaciones que no aparecen como beneficiosas para la sociedad sino para el interés particular del administrador, carga sus cuotas de autónomos a la sociedad, firma sin someter a la aprobación de la junta un contrato de préstamo mercantil como administrador único en representación de la mercantil como prestataria. Se adjudica para su uso particular sin pagar renta ni cantidad alguna uno de los inmuebles de la sociedad cargando a las cuentas de la sociedad gastos particulares de suministro eléctrico, gas, gasóleo o reparaciones. Y ello entiende el tribunal abre la posibilidad a la parte del ejercicio de la acción social de responsabilidad del administrador por presuntamente haber incumplido los deberes inherentes al desempeño de su cargo, acción que en el presente procedimiento no se ejercita. Los Estatutos de la sociedad en su artículo 14, bajo la rúbrica de "Convocatoria", se refieren a los socios minoritarios con una décima parte del capital como legitimados para convocar junta, y el artículo 239 LSC legitima a esta minoría para el ejercicio de la acción social.

TERCERO - Aun no siendo el orden parece conveniente referirse a continuación al punto tercero del mismo, por aludirse indirectamente a la influencia de las mayorías en la toma de decisiones. Se solicita la nulidad de los acuerdos adoptados por JUGOVE S.L. en las juntas celebradas desde el 28 de diciembre de 2012 a febrero de 2015, ya que quedaron limitados ilícitamente los derechos y garantías de la socia minoritaria hoy demandante. Por lo que son nulas y carecen de legitimidad las cuentas anuales aprobadas de los ejercicios 2011, 2012 y 2013, así como los demás acuerdos aprobados en cada una de las juntas celebradas en el referido período. Y



en cualquier caso se condene a la demandada a la elaboración de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015, y a facilitar el ejercicio de su derecho de información.

La sentencia de la AP de Pontevedra se dicta en fecha 5 de febrero de 2015, la sentencia de instancia se había dictado en fecha 13 de mayo de 2014. Las Juntas Generales celebradas en ese ínterin son las de aprobación del ejercicio 2012, señalada para el 30 de mayo de 2013 y la de aprobación del ejercicio 2013, señalada para el 30 de junio de 2014. Y respecto a estas debe decirse que, aun siendo opaca la actitud del administrador en cuanto a retrasos injustificados y gestión, y que no era irrelevante (como apunta la parte demandada) que la socia minoritaria ostentase el 4,55% o el 16,44% del capital social de la mercantil pues de ello dependía la legitimación por encima de una décima parte para el ejercicio de determinadas acciones, no se han aportado tales Juntas Generales al procedimiento y por ello no puede examinarse y valorarse si influyeron tales mayorías; no influyendo en todo caso la aprobación de las cuentas pues en ambos supuestos existían mayorías suficientes para aprobar las referidas cuentas de los ejercicios sociales 2012 y 2013. Y ante la falta de prueba documental debe desestimarse la solicitud de nulidad de la junta de aprobación de las cuentas de 2012 y 2013; tampoco cabe la nulidad solicitada de la junta de aprobación de las cuentas de 2011 por cuanto ésta se celebra en 2017, momento en que la AP de Pontevedra había restablecido la situación anterior en el régimen de cuotas de participación.

La solicitud de condena a la elaboración de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015 ha sido evitada por la demandada en el acto de la audiencia previa del presente juicio con la aportación de los Juntas Generales de fecha veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete de las cuentas aprobadas de los ejercicios 2011, 2014 y 2015, y por ello existe una carencia sobrevenida de objeto.

CUARTO.- Se solicita el nombramiento de un auditor designado por este juzgado para que elabore una auditoría del estado de la mercantil JUGOVE S.L.

La potestad del nombramiento o designación del auditor de cuentas puede recaer sobre: 1. El órgano competente de la entidad a auditar, 2. El juzgado de lo mercantil o por el registrador mercantil, por designación forzosa. Nos centramos en el número dos. Designación por el Registro Mercantil o Juzgado de lo mercantil (LSC art.265 a 267; C.Com art.40; RRM art.350 y 364; RAC art.31.4) y de éste nos referimos por afectar al presente procedimiento al nombramiento por el juzgado de lo mercantil. La potestad del nombramiento como auditor corresponde al juzgado de lo mercantil en las siguientes circunstancias: a) Cuando, concurriendo justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor soliciten al secretario judicial del domicilio social de la entidad la revocación del auditor designado por la Junta General o por el secretario judicial y el nombramiento de otro. b) A petición fundada de la administración concursal, el juez del concurso puede acordar la revocación del nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales (L.Con.art.46). c) Cuando lo solicite quien resulte legitimado para ello por las correspondientes leyes, siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador, en la tramitación del expediente. En el escrito de solicitud debe constar la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente en cada caso, junto con los documentos en los que se apoye la solicitud. El solicitante debe prestar caución adecuada para responder del pago de los costes procesales y de los gastos de la auditoría, que son de su cargo cuando no resultan vicios o irregularidades esenciales en las cuentas anuales revisadas. Precisiones: - Las solicitudes ante el secretario judicial siguen los trámites establecidos en la legislación de la jurisdicción voluntaria.

De lo expuesto deducimos que el cauce para tal solicitud es la jurisdicción voluntaria y la solicitud debe hacerse ante Letrado de la Administración de Justicia.

QUINTO.- Respecto a la solicitud de abono a la socia demandante el importe total de 432,47 euros que se vio obligada a pagar en el registro mercantil para los trámites de inscripciones correspondientes ante dicho Registro, la demandada se allana en la contestación a la demanda al abono de la cantidad. Así las cosas, debe indicarse que el allanamiento es, según la doctrina científica, "una declaración de voluntad unilateral del demandado por la que acepta que el actor tiene derecho a la tutela jurisdiccional que solicitó en la demanda". Y, en esencia, lo mismo viene a decir la jurisprudencia de nuestros tribunales acerca de esta institución: "el allanamiento es básicamente una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda, hecha por el demandado al contestar o en otro momento, siendo el efecto principal de tal manifestación el de poner término al proceso mediante una resolución judicial que tenga como base tal allanamiento.

SEXTO.- Subsidiariamente se solicita por la demandante que se reconozca su derecho de separación de la sociedad por comportarse el administrador de manera antiestatutaria e ilegal no pudiendo ejercitar la socia su derecho de información. Fundamenta tal solicitud en los artículos 33 y 34 de los Estatutos de la sociedad.

El derecho de separación de la sociedad es un derecho potestativo o de configuración jurídica, que se puede definir como la facultad que asiste al socio de darse de baja voluntariamente de la sociedad cuando se den



alguna de las causas legales establecidas en la Ley o en los estatutos y que lleva como consecuencia lógica la consiguiente obligación por parte de la sociedad de adquirir sus participaciones sociales, estableciéndose unas normas legales para la valoración de las mismas; ello, además, conlleva la consiguiente reducción del capital de la sociedad.

En los Estatutos de la sociedad abren la posibilidad al socio de la separación de la sociedad en los supuestos de transformación, fusión o cambio de objeto de la sociedad. Tales circunstancias no se han producido y por tanto no cabe estatutariamente solicitar tal derecho de separación.

Legalmente el derecho de separación se encuentra recogido en los artículos 346 y 348 bis de la LSC. El primero se refiere a los supuestos de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Prórroga de la sociedad. Reactivación de la sociedad y creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos. No son tampoco supuestos que se hayan planteado en la actual demanda y por tanto queda también fuera la posibilidad de conceder tal derecho de separación por tales vías. Por último el derecho de separación del artículo 348 bis LSC "1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios".

A este respecto en la demanda se refiere por la actora que desde la constitución de JUGOVE S.L., hace veinte años, nunca hubo reparto de beneficios a la socia minoritaria. Estas manifestaciones podrían dar derecho a tal separación, sin embargo deben ajustarse a las previsiones legales, y si observamos los requisitos exigidos no se dan estos. En primer lugar deben producirse beneficios durante cinco ejercicios económicos, y si observamos las Juntas Generales de fecha 24 de marzo de 2017 el resultado positivo de las cuentas se da en 2015, no así en 2014 ni 2011 que son las cuentas aprobadas en esa fecha, por lo que no se han producido los cinco años de beneficios exigidos y la solicitud del ejercicio de tal derecho en el plazo de un mes. Debe en definitiva descartarse también esta vía por no cumplirse los requisitos ni las exigencias legales en la actuación de la socia.

Por último debe añadirse respecto al órgano encargado de tal revisión, recientemente han sido publicadas dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notario (la "DGRN") de fecha 28 de noviembre de 2017 en las que se interpretan algunos aspectos del artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010 (la "LSC ") y en ambas resoluciones la DGRN afirma que esa tarea corresponde al registrador quien, verificados si son cumplidos los requisitos para ejercitar el derecho, nombrará a un experto independiente. La DGRN apunta que esta competencia no invade las competencias de los órganos judiciales ya que el registrador no priva que su decisión sea revisada posteriormente por un órgano judicial al no tener ésta efectos de cosa juzgada.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas, en aplicación del artículo 394 lec , entendiendo que han existido dudas de hecho en cuanto a las actuaciones advertidas por la demandante en la sociedad JUGOVE S.L., no se imponen estas a ninguna de las partes, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia, siendo las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que se acoge el allanamiento de la demandada condenando a ésta a abonar a la socia demandante el importe total de 432,47 euros.

Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodríguez González en la representación acreditada, respecto a los restantes puntos del suplico de la demanda.

No se realiza condena en costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra en el plazo de 20 días desde su notificación, previo depósito de la cantidad de 50 euros en la forma que conste en la notificación- DA 15ª LOPJ -.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo



Sergio Burguillo Pozo,

Magistrado del juzgado mercantil nº3 de Pontevedra.

PUBLICACIÓN - Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ