



Roj: **SAP IB 504/2004 - ECLI:ES:APIB:2004:504**

Id Cendoj: **07040370052004100103**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **30/03/2004**

Nº de Recurso: **95/2004**

Nº de Resolución: **123/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SANTIAGO OLIVER BARCELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION **NN**. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00123/2004

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000095 /2004

SENTENCIA Nº 123

Ilmos. Sr. Presidente:

D. MIGUEL CABRER BARBOSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELO

D. JAVIER SOTO ABELEDO

En PALMA DE MALLORCA, a treinta de Marzo de dos mil cuatro.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, de Juicio Ordinario, **seguidos** ante el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Inca, bajo el Número 307/01, Rollo de Sala Número 95/04, entre partes, de una como demandada apelante la entidad MONQUENGUI S.A, representada por el Procurador Sr. José Campins Pou y defendida por el Letrado Sr. Joaquín Cotoner Goyeneche; y de otra como demandantes apelados D. Juan Ramón , D. Everardo y D. Sebastián , defendidos por el Letrado Sr. Nicolás Pascual Cañellas.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Inca en fecha 15 de octubre de 2002, se dicto sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Juan Ramón , D. Everardo y D. Sebastián representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Serra; contra la mercantil MONQUENGUI S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Balaguer; debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de la Junta General Ordinaria de la mercantil MONQUENGUI S.A., celebrada el día 14 de junio de 2001, así como la nulidad de los acuerdos en ella adoptados y de los acuerdos posteriores que sean incompatibles con esa declaración de nulidad, y dispongo, una vez sea firme, la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil y la cancelación de la inscripción de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de la mercantil MONQUINGUI S.A de fecha 14 de junio de 2001, y de cuantos asientos posteriores a los acuerdos resultaran contradictorios con la sentencia, imponiendo a la mercantil MONQUENGUI S.A el pago de las costas procesales".



SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitida en ambos efectos y mejorado en tiempo y forma y **seguido** el recurso por sus tramites se celebro deliberación y votación en fecha 15 de marzo del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo para dictar Sentencia, debido a la complejidad de las cuestiones planteadas y al cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda sobre impugnación de los acuerdos **sociales** adoptados por la Junta General Ordinaria de accionistas, de fecha 14-junio-2001, por vulneración del derecho de información y por nulidad derivada de la adopción de los acuerdos por una mayoría accionarial declarada nula por resolución judicial, fue contestada por la representación de la entidad "Monquengui, S.A", formulando las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda, caducidad de la acción, falta de legitimación de los actores, y negando que se **haya** vulnerado el derecho de información de los accionistas ni aplicado una inadecuada mayoría accionarial, y tras la celebración del juicio aquélla fue estimada en la instancia por Sentencia de fecha 15-octubre-2002; contra cuya resolución se alza la parte demandada, denunciando incongruencia de la sentencia respecto de las peticiones de la demanda, infracción de los artº 116.2 de la L.S.A., 117.2 de la L.S.A., 93.1 de la L.S.A., sobre cómputo de mayorías, infracción por aplicación indebida de los artº 112 y 212 de la L.S.A sobre el derecho de información, solicitando la imposición de costas a los actores o subsidiariamente no se haga expresa imposición.

La parte actora se opone al recurso formalizado de adverso, alegando la congruencia de la resolución impugnada, su petición de nulidad radical de los acuerdos, una composición incorrecta del quórum de capital de la Junta, vulneración del derecho de información como instrumento de control de la sociedad, y solicita la imposición de las costas de ambas instancias a la parte demandada, e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso, intitulado como de infracción procesal del artº 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a los artº 416 y 424.2 de la misma Ley Procesal, debe ser rechazado pues la primera excepción, al igual que las dos restantes y sin perjuicio de que sean motivadas en Sentencia, fueron desestimadas en el acto de la audiencia previa (véase acta y f. 211 de autos), y ello en relación con el artº 399, 404, 416-5ª y 425 de la misma Ley Adjetiva, aun siendo cierto que la segunda y la tercera excepción obedecían a motivos de fondo.

Por demás, el Juzgador "a quo" separa, conforme a ley, los motivos de nulidad de los acuerdos que fueren aplicables al caso de autos, que a la vez han permitido desgranar por separado los correlativos motivos del presente recurso, lo que conlleva la del tercero. El apelante confunde la congruencia con la exhaustividad de las sentencias.

TERCERO .- El motivo segundo del recurso consiste en la denunciada infracción del artº 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al ser la Sentencia incongruente con las peticiones de la demanda. Evidentemente, no es lo mismo la declaración de nulidad y sin efecto de los acuerdos adoptados por la sociedad demandada en Junta General celebrada el 14-junio-2001, que declarar la nulidad de la propia Junta General Ordinaria, debidamente convocada y celebrada, pero no puede tacharse la resolución como de incongruente al declarar la nulidad de los acuerdos adoptados y los posteriores incompatibles con tal declaración de nulidad, cuando fue suplicada correctamente en la demanda, salvo en lo referido a la declaración de nulidad de la Junta General Ordinaria. Se estima, en parte, el motivo segundo del recurso, por causa de incongruencia "extra petita".

No obstante y respecto de los acuerdos cuya nulidad pretende la parte actora nítidamente, el Juez "a quo" no desplaza el objeto sometido a su conocimiento y decisión ni traspasa las barreras de la incongruencia, y a la vez da una respuesta al soporte fáctico de la acción ejercitada, congruente con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, decidiendo todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate.

Por consecuencia de lo cual no existe exigibilidad a la hora de que los pronunciamientos del fallo vengam acomodados literalmente a las pretensiones de los litigantes (Sentencias de 26-5-1967, 24- 1-1969, 4-10-1979, 29-10-1971, 29-11-1985, etc).

Con afán más concretizador y en esta línea, las de 5-2-1979, 10-11-1979, 22-12-1980 ó 21-6-1983 y referidas a la incongruencia "mixta", hacen derivar el principio de congruencia del de "rogación", ya que por aquélla se otorga cosa distinta a la instada o produce declaraciones no pedidas, aunque la correspondencia que ha de darse lo ha de ser sustancial:



<<... pero sin una rígida y literal acomodación entre sentencia y pretensiones de las partes, pudiendo el Tribunal, en la instancia, realizar su juicio crítico y valorativo como crea oportuno, sin que en los supuestos de incongruencia mixta, consistente en fallar sobre algo distinto de lo pedido, o reservando el pronunciamiento acerca de determinados extremos constituya extralimitación...>>.

En materia de resolución de puntos no propuestos por las partes, pero a la postre resueltos por el Tribunal - Sentencia, por ejemplo, de 12-12-1982, 3-6-1983 ó 23-10-1983-, el Tribunal enseña que:

<<... la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, como por los hechos alegados y lo pedido en la súplica, no siendo preciso determinar la acción, bastando que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, sin que vincule al Juzgador la calificación de las acciones que haga el litigante, pues aquél... puede dar al contrato litigioso una configuración jurídica distinta basándose en los hechos presentados por las partes, todo ello como consecuencia del principio "iura novit curia"... y que el principio de congruencia prohibitorio de toda resolución extra petita, no impone más que una racional adecuación con las peticiones de las partes a los hechos en que se basan, y por ello prestando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a los acaecimientos narrados por los contendientes, es permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más apropiada, incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes, conforme a la máxima que consagra la libertad en las motivaciones jurídicas..., siempre que el cambio y fundamentación no signifique que la pretensión ha sido alterada, o lo que es lo mismo que dé acogida a una acción no invocada, se modifique la causa de pedir o se sustituyan las cuestiones debatidas por otras...>>.

Tampoco las declaraciones meramente accesorias, cuando dejan inalterado el pronunciamiento principal o precisan un extremo secundario, implícitamente comprendido en la cuestión objeto del debate, provocan vicio de congruencia alguno (Sentencias de 22-7-1966, 7-7-1982 ó 3-2-1983); ni las peticiones subsidiarias no resueltas no obstante haberse admitido y estimado las principales (Sentencias de 6-7-1983 y 5-12-1980); ni las acciones implícitas en la demanda o las reconveniones, en atención a que el Juzgador puede pronunciarse sobre la esencia y circunstancias concomitantes del tema, antecedentes y consecuentes aplicando la norma a dichos presupuestos y consecuencias implícitas en la "causa petendi", siempre que con éstos tengan normal, natural y lógica relación, amén de que cuando esgrima excepciones el demandado, la estimación de alguna de las pretensiones del actor las excluya de manera tácita (STS 12-5-1964, 12-6-1981, 30-6-1982, 19-1-1983, 11-12-1983).

La Sentencia inscribible es la firme que declara la nulidad de acuerdos, con publicidad en el BORME, y si éstos constaban inscritos conllevará además la cancelación de su inscripción y la de los asientos posteriores contradictorios con ella, pero no sin más la nulidad radical de la Junta General celebrada.

Se impugnan todos los acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria de 14-junio-2001, expuesto en el acta y en la demanda y suplico, en la audiencia previa, y en fase de conclusiones, y la parte actora interesa la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- La parte demandada-apelante integra su recurso, asimismo, en un cuarto motivo que intitula como de infracción del artº 116.2 de la L.S.A., en relación a los artº 5.2 del Código Civil y 130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal motivo debe ser rechazado de plano, por cuanto la acción ejercitada es la de nulidad radical de los acuerdos, y no la de anulabilidad que caduca a los cuarenta días desde la fecha de adopción de los acuerdos, por lo que, presentada la demanda el 1- septiembre-01 (véase f. 1 y 2), no sólo no habría transcurrido el plazo de un año en **ejercicio** de la acción de nulidad sino tampoco el de anulabilidad, en aplicación directa del artº 116.1 de la L.S.A. Los acuerdos contrarios a la Ley son nulos (artº 115.2) y la acción de impugnación de los mismos caducan al año tal como indica el último precepto citado, a computar desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fueren inscribibles, desde la fecha de su publicación en el BORME.

Son acuerdos nulos los acuerdos contrarios a la ley; ahora bien, no toda violación de la norma jurídica genera esta determinación de invalidez, sino como la doctrina y la jurisprudencia han matizado, la sanción de nulidad se circunscribe a la ineficacia de normas imperativas, la norma infringida ha de ser norma de "Ius Cogens", de conformidad con la interpretación genérica del art. 6.3 del Código Civil, es de interpretación restrictiva.

En este sentido es clásica la distinción de las siguientes clases de acuerdos nulos:

- a) Acuerdos nulos por existir una contravención de los requisitos formales que la ley exige para la regular constitución de la Junta.
- b) Acuerdos nulos por no haberse podido formar la voluntad colectiva.
- c) Acuerdos nulos cuando su contenido vulnera alguna norma imperativa de carácter material.



QUINTO.- El motivo quinto del recurso se refiere a infracción del artº 117.2 de la L.S.A en cuanto la legitimación para impugnar los acuerdos anulables corresponde a los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, y -se alega- que no lo hicieron respecto de cada uno de los acuerdos adoptados, sino con anterioridad al debate por parte de D. Javier Aparicio, letrado que sólo representaba a D. Sebastián y a D. Everardo ; pero lo cierto es que se solicitó la suspensión de la Junta y se formuló oposición a la forma y quórum o mayoría de las votaciones, mostrando sus respectivos votos en contra, en clara y explícita señal de oposición tras la adopción. Y para la impugnación de acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo, cuya cualidad ostentan los ahora actores, según lo prevenido en el artº 117.1 de la L.S.A, y sin necesidad de los requisitos exigibles para la impugnación de acuerdos anulables, dirigida contra la sociedad.

SEXTO.- Sobre el computo de la mayoría accionarial recontada, y su posible adecuación a la real hasta el día de la Junta General, precisa con anterioridad de una breve referencia a la suspensión que tuvo efecto por no haber depositado la correspondiente fianza: el acuerdo sobre la ampliación de capital fue inicialmente suspendido, previa caución que debía asegurar los perjuicios eventuales, que no fue constituida en plazo por los actores, por lo que la demandada entendió que aquél debía obedecer al accionariado ampliado y no al existente con anterioridad a la ampliación de capital, pero no debe olvidarse que cabía anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil, a publicar en el BORME, así como de la resolución firme que ordenaba la suspensión, cuya cancelación podría ser interesada al no constituir la caución. Por otra parte respecto a la ejecución del acuerdo impugnado, ésta debe hacerse después de una resolución que adquiera firmeza, tanto en el Juzgado como en la Audiencia Provincial, no pudiéndose ejecutar la resolución si ésta es apelada, puesto que el art. 120 del T.R.L.S.A. establece la admisión del recurso en ambos efectos, el devolutivo y el suspensivo, con remisión de los Autos originales.

Se debe tener en cuenta que dicha suspensión opera desde que se solicita si finalmente es acordada, porque los actos posteriores que sean consecuencia del acuerdo suspendido no pueden tener como válidos al operar la suspensión como si el acto nunca hubiere existido. Es estos términos se define la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de febrero de 1986.

El número 2 del art. 121 del T.R.L.S.A y el art. 157-1º del R.M.M dispone que la anotación preventiva de las resoluciones firmes que ordenen la suspensión del acuerdo impugnado se practicarán, sin más trámites, a la vista de aquéllas.

Esta anotación tiene diferente trato a la de demanda. En primer lugar se necesita una resolución firme que será en forma de Auto. En segundo lugar se practicará "ex officio", sin necesidad de solicitarlo la parte interesada que en este caso será la demandante. Esto es así por la necesidad imperiosa de publicar una resolución tan importante frente a terceros o incluso frente a los mismos socios. La forma de realizarse es de la misma que la anotación preventiva de demanda, es decir, dirigiendo mandamiento al Registro Mercantil para que anote la resolución en cada hoja abierto a cada sociedad abierta.

Según el art. 156 del R.R.M la cancelación se produce con el testimonio judicial de la Sentencia firme que declare la nulidad del acuerdo impugnado, el cual es título bastante para cancelar la anotación preventiva, la suspensión del acuerdo y la de aquéllos otros posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia. En la regulación anterior, en el R.R.M de 1946, se establecían las mismas garantías que en el nuevo reglamento de 1989, pero en la vieja regulación se exigía siempre la previa caución al solicitante mientras que ahora es de carácter discrecional.

Y en desarrollo del principio "favor actione" la exigencia del porcentaje del 5% es exigible en el momento de adopción del acuerdo, de forma que si la Junta impugnada acordó una ampliación de capital, la misma no será computable para determinar la legitimación del socio a los efectos del artº 120. Si **durante** la tramitación del procedimiento, e incluso ya vigente la tramitación cautelar, se reduce el porcentaje por transmisión de las acciones que formaron el porcentaje exigible, no se producirá inmediatamente el cese de lo **acordado**; la ausencia del hipotético interés en mantener la medida no puede presumirse sino que habrá que estar a los fenómenos de sustitución procesal para advenir la pérdida de interés en el mantenimiento.

En el caso mencionado, se perdería de vista el auténtico sentido del procedimiento cautelar, que no es otro sino el de garantizar de una manera rápida, y con todas las garantías posibles para las pautas, la eventual ejecución de una sentencia estimatoria. Es de destacar, además, que normalmente se pretenderá también la anotación preventiva de la demanda, cuyo otorgamiento sólo se condiciona a la previa audiencia a la sociedad demandada (art. 155 R.R.M), de suerte que su trámite puede correr paralelo si se opta por la otra vía procesal para adoptar la suspensión, pero nunca en el caso de que la actora **haya** acudido al procedimiento incidental; en otras palabras, serían precisas dos resoluciones diferentes para resolver ambas pretensiones cautelares, y probablemente con idéntico fundamento.



Pues bien, lo relevante no es la diferencia en el porcentaje de los accionistas que votan, pues se hubiera obtenido idéntica mayoría y resultado, sino que con ello se procura el voto de algunos, alegaciones y defensa de unos acuerdos, y por otra parte se procura la información (reducida e insuficiente) a otros que hubieren ejercitado sus derechos, impugnado los acuerdos, la totalidad o algunos, sin olvidar la incorporación anulada de otro accionista al declararse nula la ampliación de capital, más importante en atención al tipo de sociedad (familiar, y patrimonial, agraria y ganadera) y parentesco de sus integrantes; y, si bien a 14-junio-2001 aún no había sido declarada la nulidad de la ampliación de capital, adoptada en Junta General de 22-diciembre-99, lo fue a 29-junio-2001 por parte de este mismo Tribunal, fue debatida en la Junta de 14-6-01 pero se mantuvo la votación de la mayoría accionarial ampliada en base a la no prestación de la caución por 8.000.000 pts, como constató el propio Notario interviniente, siendo la parte demandada conocedora de que la Sentencia sobre la anulación de la ampliación de capital era de fecha 7-10-2000, que por Providencia de fecha 7-mayo-2001 se señaló, en el Rollo de Sala nº 43/01, vista de la apelación para el día 28-junio-2001, por lo que la convocatoria de la Junta podría haberse suspendido hasta tal fecha, y recayó Sentencia a 29-junio, declarada firme a 30-junio siguiente, a los fines de aplicar o a resultados de una mayoría accionarial correcta, nada impedía esperar a que recayera Sentencia en la alzada.

Efectivamente, en el Acta notarial de la Junta General Ordinaria se recogía la impugnación sobre la composición del accionariado según la Junta de 22-diciembre-99, y se hizo constar que, tras el debate sobre la forma (mayoría) de adoptar acuerdos, se decidió por los presentes que se contabilicen con arreglo a la mayoría existente con anterioridad a la impugnación de los acuerdos **sociales** (sobre la ampliación de capital), y ello a pesar de la suspensión cautelar y del señalamiento para la vista en grado de apelación sobre tal ampliación, que fue declarada por Sentencia de 29-6-01, votando en contra cuatro de los accionistas sobre todos los acuerdos, salvo el de nombramiento de Secretario y otros complementarios, e incluso el Sr. Presidente, al declarar válidamente constituida la Junta, manifestó que los acuerdos de la misma serían adoptados en la forma reseñada anteriormente, y sin hacer **reservas** sobre los porcentajes anteriores o posteriores a la ampliación de capital, a los efectos de poder validar los acuerdos en uno u otro caso (f. 64 a 81), y a pesar de las resoluciones de fechas 7-10-2000 y 14-3-2001 sobre suspensión de los acuerdos adoptados, y de la inminente resolución que data de 29-junio-01, dictada por esta Sala, declarando nulos los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de 22-diciembre-99. Tampoco resulta convincente, por extemporánea, la escritura pública de subsanación de acuerdos **sociales**, de fecha 18-diciembre-2001 (f. 225 a 231), a la que se acompaña certificación societaria para salvar la forma errónea de adopción de los acuerdos, en contraste con las distintas cuotas y porcentajes de los accionistas, e irrelevante por cuanto la Sentencia de esta Sala, de fecha 29-junio-01, había ya devenido firme. En el acta se expresa claramente que los acuerdos son adoptados sólo por la mayoría accionarial ampliada, y no con ambos cómputos para evitar la nulidad de los mismos, y no concurre error del fedatario público al no computar las dos mayorías, amén de que solamente cabía la aplicación de una de ellas a los efectos de inscripción, y se decidió (habiendo resultado nulo) el cómputo con mayoría accionarial ampliada, integrando el voto de la coadministradora solidaria, y dejando al margen los porcentajes anteriores a la ampliación de capital. Por último, y a los mismos efectos, la testifical del Notario Sr. Antich Verdura ha sido clarificadora y convincente, quien, respecto a la Junta General de 14-junio-2001, manifestó que incorporó al Acta el Libro de Socios, que en la pág. 7 del Acta transcribió lo manifestado, que NO se adoptaron los acuerdos contabilizando las dos mayorías (anterior y posterior a la ampliación de capital), que se extraña que acordaran dos mayorías pues una sería inútil a efectos de inscripción, que para la adopción de los acuerdos sólo consta en el Acta una forma de votación según lo **acordado** y eso fue el objeto de la discusión, y que cada accionista presente emitió un solo voto y no dos, y respecto al Acta de subsanación de 18-12-01 que la certificación fue redactada por la administración societaria y no por él mismo, y que sólo se votó una vez y en la forma aludida (mayoría accionarial ampliada), desvirtuando la tesis mantenida por la parte demandada-apelante, por lo que procede la desestimación del motivo sexto del recurso.

SÉPTIMO.- Previene el artº 112 de la L.S.A, en su nº 1, que "los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la remisión de la Junta, o verbalmente **durante** la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses **sociales**"; y en su nº 2 que "esta excepción no procedería cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital". Tal precepto ha resultado modificado por la Ley 26/2003, de 17-julio, quedando como sigue: "1. Hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores, acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes. Los accionistas de una sociedad anónima cotizada podrán solicitar informaciones o aclaraciones o formular preguntas por escrito acerca de la información accesible al público que se hubiera facilitado por la sociedad a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general.



Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

2. **Durante** la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

3. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de la información solicitada perjudique los intereses **sociales**.

4. No procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital **social**".

Por otra parte, establecen el art. 212 de la L.S.A que: "1.- las cuentas anuales se aprobarán por la junta general de accionistas. 2.- A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier accionista podría obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho".

Como ya indicaba este Tribunal en la Sentencia de fecha 17-febrero-2003: "El derecho de información del accionista viene recogido en el artº 48 de la L.S.A. como de carácter mínimo; y por otra parte todos los socios quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General de accionistas, que decide por mayoría (artº 93). Previene el artº 112 de la L.S.A. que "los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente **durante** la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses **sociales**. Esta excepción no procederá cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital". Los anteriores preceptos deben ser relacionados con los relativos a la posibilidad de impugnar los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en **beneficio** de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la Sociedad (artº 115), cuyas acciones de impugnación de acuerdos nulos caduca al año, o a los cuarenta días respecto de los acuerdos anulables, desde la fecha de su adopción, y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de publicación en el BORME (artº 116); y a partir de la convocatoria de la Junta General, cualquier accionista puede obtener de la Sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación, el informe de gestión y el de los auditores de cuentas, debiéndose hacer mención de este derecho en la convocatoria (artº 212).

El derecho de información es un derecho instrumental del accionista. A través de él, el socio conoce la marcha de la gestión **social** y puede, en consecuencia, actuar en defensa de sus intereses. En primer lugar, es un derecho de información general en relación con la celebración de cualquier junta de accionistas (art 122); los accionistas pueden solicitar por escrito, con anterioridad a la junta, o verbalmente, **durante** la misma los informes o aclaraciones que estimen precisos, respecto de los asuntos incluidos en el orden del día. Los administradores pueden negar la información cuando, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses **sociales**; pero esa negativa no será posible cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

En segundo lugar, un derecho de información contable, vinculado a la junta general encargada de discutir las cuentas anuales. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier accionista puede obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos contables que deben ser aprobados por ésta, y el informe de los auditores de cuentas (Art.212.2)", y en la Sentencia de fecha 29-junio-2001: " El derecho de información, como mínimo, individual y básico de todo accionista, debe ser cumplido en base a lo prevenido en los artículos 48d, 112 y 212 de la L.S.A, y concordantes, que en el caso viene denunciado por la parte actora, en tanto que se le impedía tener información real y completa sobre los asuntos a tratar en Junta General de Accionistas de 22-12- 99, por lo que se alega que el derecho de información devino ilusorio desde su convocatoria máxime si se le conecta con el derecho de asistir y votar en las Juntas Generales y el de impugnar los acuerdos **sociales**.

Previene el artº 112 de la L.S.A que "los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente **durante** la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los Administradores estarán obligados a proporcionárselos..."; y el artículo 212.2 que "a partir de la convocatoria de la Junta General, cualquier accionista podrá obtener de la Sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la



misma así como en su caso el informe de gestión y el informe de los Auditores de Cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho".

El derecho de información de los accionistas es inderogable e instrumental para el **ejercicio** de otros derechos, y se concreta tanto en relación a la tutela de su pretensión de obtener determinados documentos como a solicitar y obtener información en la Junta General. En este caso, el primer aspecto fue hecho constar por los Administradores en la convocatoria de la Junta con claridad en los asuntos a tratar, y permitió el examen de la documentación complementaria en el domicilio **social**. Con todo, la parte actora se excidió sobremanera en la solicitud de documentos, puesto que aun no siendo suficientes los que se entregaban a los concurrentes, no se limitaron a solicitar informes o aclaraciones sobre los que se entregaban sino a pedir la totalidad de soportes documental y contable, que de ser atendidos paralizarían la administración de la Sociedad. Pero los documentos que se entregaron a los concurrentes, a cuya Junta General asistieron los ahora demandantes, no eran suficientes para que los socios pudieran ejercitar el derecho de voto, consciente y reflexivamente, con el adecuado conocimiento y alcance de los puntos y acuerdos, sin perjuicio de que podían complementarlos con informes y aclaraciones si lo creían conveniente y oportuno.

Por otra parte, los actores ejercieron el derecho de información pero de forma general e indiscriminada al solicitar todo tipo de información, lo que perturbaría gravemente el desarrollo de la actividad societaria, pues no comprende el de investigar en la contabilidad y en los libros **sociales** sino de pedir por escrito informes o aclaraciones precisos sobre los asuntos sometidos a su deliberación (en el mismo sentido, las STS de 30-mayo-2000 y 17-mayo-95, entre otras), sin comprender tal examen la investigación general de la contabilidad y demás antecedentes que le sirvieron de base, que corresponde a los Censores de Cuentas y es el informe de éstos el que puede ser examinado antes de la Junta General por cada uno de los accionistas. La Ley obliga a informar, que NO a entregar la práctica totalidad de los documentos de la Sociedad, ni permite que los accionistas suplan la actividad de los Auditores.

El anuncio de la Junta de Accionistas debe expresar todos los asuntos que en ella deben tratarse, y debe ser informativo suficiente para que los socios puedan intervenir en las discusiones y votaciones con una previa y también suficiente preparación, a fin de que no puedan ser sorprendidos con deliberaciones sobre puntos no previstos o no documentados con tiempo anticipado para estudiar la información, y comprobarla en relación al volumen y/o a la importancia de los asuntos o puntos a tratar.

Los acuerdos cuya adopción deba basarse en los datos omitidos por falta de información o que no contribuyan a la suficiente formación de juicio para poder emitir un voto con conocimiento de causa, en los extremos del orden del día a que se refieran los datos cuya información se solicita, y es denegada, son nulos. En el caso -como se verá- más que dar aclaraciones, era obligatorio completar el informe escueto e insuficiente de los Administradores, para poder votar sobre la ampliación de capital, de evidente envergadura, aportando determinada documental, sin necesidad tampoco de vaciar de contenido todo lo existente en el domicilio **social**, con ánimo de investigación, que en su caso podría paralizar la actividad societaria, como pretendían los actores; específica y determinada documental que no fue puesta a disposición de los accionistas-actores, con anterioridad a la celebración ni **durante** la Junta inmediatamente, lo que constituye infracción al derecho de información del socio, en base al déficit informativo no subsanado, y además porque las explicaciones ofrecidas frente a las solicitadas aclaraciones no fueron atendidas con la suficiente claridad, transparencia y exactitud en orden a la conveniencia, bondad, justificación u oportunidad de ampliar el capital **social** por cifra superior (más de 100%) del existente hasta la fecha (en el mismo sentido, la STS de 9-febrero-89, 15-octubre-92, 26-enero y 2-noviembre-93, 15-noviembre-94, 17-mayo y 23-junio-95, 13-noviembre y 15-diciembre-98, y 30-mayo-2000; S.Aud. Prov. Baleares - Secc Tercera- de 15-abril-99, y - Secc Quinta- de 29-marzo y 18-junio-2001, entre otras).

Y se adiciona, a la conclusión afirmativa a la vulneración del derecho a la información de los demandantes, en concordancia con la del Juzgador de instancia, y consiguiente nulidad del acuerdo adoptado, que la información entregada no era suficiente para poder votar y decidir sobre la conveniencia de la ampliación de capital, y ello con independencia de que realmente se precisare o no la aportación de nuevos fondos en dinerario efectivo, y de que fuere real el préstamo concedido a la sociedad por D^a Concepción , (que por la presente no es objeto de discusión, como tampoco lo es su importe ni el débito final), pero sí eran necesarios los documentos acreditativos del préstamo y del balance de situación comprobable trimestral más próximo en el tiempo, siendo que la restante documentación contable, económica y financiera, desmesuradamente solicitada por los impugnantes, bastaba que estuviere a disposición de los socios al momento de la celebración de la Junta General. Se insiste en que la documentación entregada el 15-12-99 a los accionistas, como información previa a la Junta General, era insuficiente para decidir sobre un aumento del capital por suma superior (más del doble) a la existente, con desembolso de su totalidad al suscribirse, con aplicación del derecho de suscripción preferente, que conllevaba la modificación de los Estatutos (artº 5) y la determinación



de un capital **social** de... La falta de información sobre los conceptos y datos expuestos no queda subsanada por el hecho de que los actores no reiteraran en la Junta General de petición de exhibición de los documentos acreditados del préstamo suscrito u otra información adicional o ampliada ni por el de que no se **haya** solicitado en período probatorio del presente juicio: los Administradores podían fácilmente informar, y debían acreditar las entregas dinerarias constitutivas del préstamo a amortizar o cancelar en su totalidad, ante una decisión importante frente a unos acuerdos **sociales** relevantes que, a tenor de la vulneración al derecho de información de algunos socios, se declaran nulos. Por último, debe tenerse en cuenta que la NO suscripción de la ampliación proporcional de capital por alguno o algunos de los accionistas podría ocasionarles graves perjuicios patrimoniales a tenor del igualitario porcentaje del accionariado respecto de cada uno, por la vía omisiva de no desembolsarlo, y que cabían otros tipos ampliatorios de capital como los emitidos para compensar créditos, o para afrontar deudas directamente, o el trasvase al mismo de **reservas** voluntarias".

Pues bien, a la luz de lo anteriormente expuesto en otras resoluciones en que intervienen las mismas partes enfrentadas, salvo un accionista en este caso, y de que ha conocido este Tribunal, en el supuesto específico de autos, la solicitud de información mediante burofax de 14-mayo-01 era tremendamente exagerada en su contenido, inútil en algunos casos y hasta repetitiva, más allá de informes y aclaraciones, que vendría a vaciar la documentación y la contabilidad de la sociedad, a los efectos de poder votar con criterio en la Junta General, y aprobar o no los acuerdos sometidos a votación; mereciendo la contestación y remisión de las Cuentas y Memoria abreviadas e informe de autoría que, si bien no tenían porqué obedecer a lo indiscriminadamente solicitado, son insuficientes a los fines reseñados como información de los accionistas solicitantes, para poder ejercitar el derecho de voto consciente y reflexivamente, y a pesar de que el informe de gestión no es obligatorio si se presentaren las cuentas abreviadas.

La falta de información suficiente fue reflejada, a instancias del Letrado Sr. Aparicio y a su entender en el Acta notarial de 14-junio-01, amén de solicitar la suspensión de la Junta, y se reitera que es insuficiente, a tenor de los puntos del Orden del día, la documentación remitida a los accionistas consistentes en la convocatoria a Junta, Memoria y Cuentas abreviadas e informe de auditoría (f. 49 y 51 de autos), como es de ver en un análisis detenido de la misma, (f. 52 a 63 y 83 a 92) comprensiva del balance abreviado, memoria, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada e informe de auditoría, tal como son visadas por el Auditor y depositadas en el Registro Mercantil, como también se reitera que el **ejercicio** del derecho de información ha sido general e indiscriminada, con pretensiones de indagar y controlar cualquier acto o actividad del tráfico normal de la sociedad.

Por último, entiende este Tribunal que, a tenor del propio contenido de las cuentas anuales (arts. 171 y 172 de la L.S.A), balance abreviado (art. 181), cuentas de pérdidas y ganancias abreviada (art. 189 y 190), Memoria abreviada (arts 199 a 201), y ya que no es necesario el informe de gestión si el balance es abreviado, y que facilitaría conocer o examinar la evolución de los negocios, riesgos principales, la situación de la sociedad, la evolución previsible, y permitiría dar explicación sobre los importes detallados en las cuentas anuales, sería conveniente que, además de aquéllos primeros, se ofreciere o procurase a los accionistas unos razonables informes o aclaraciones sobre gastos e ingresos de gestión importantes, **beneficios** o pérdidas de explotación, antes y después de impuestos, cobros y pagos importantes, provisiones, contabilización de impuestos y subvenciones, información puntual -si se pidiere- justificativa de algún registro contable concreto, situación de los activos para su uso y de los activos para su venta, cuentas de socios, y sobre las deudas con Administraciones Públicas, entidades de crédito y acreedores comerciales, a los fines de dar información suficiente para poder ejercitar su derecho de voto libre, consciente y reflexivamente. Se desestima en parte, consiguientemente, el motivo séptimo del recurso.

OCTAVO.- La estimación parcial del recurso obliga no a imponer a la parte apelante las costas procesales causadas, en virtud de lo prevenido en los arts 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en aplicación de los principios objetivo y de vencimiento; no obstante, y siguiendo el sentido resolutorio de nuestra anterior Sentencia de fecha 17-febrero-2003, y atendido asimismo el de causalidad y razones objetivas para formalizar la demanda, la multiplicidad, variedad y complejidad de las cuestiones planteadas, algunas relacionadas con anteriores **ejercicios** económicos, y por las consideraciones y hechos precedentemente expuestos, constituyen circunstancias excepcionales que impiden hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas, en la instancia, en correlación a la estimación parcial de la demanda, y máxime al excluir la temeridad este Tribunal por la complejidad y razones ya expuestas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca HA DECIDIDO:

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Balaguer Bisellach, en representación de la entidad "Monquengui, S.A", contra la Sentencia de fecha 15-



octubre-2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº **TRES** de INCA en los autos Juicio Ordinario nº 307/2001, de que dimana el presente Rollo de Sala; que parcialmente aquélla se revoca; y en su virtud,

2º) Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda sobre impugnación de todos los acuerdos **sociales** adoptados en la Junta General Ordinaria de Accionistas, de fecha 14-junio-2001, interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Serra Llull, en representación de D. Juan Ramón , D. Everardo y D. Sebastián , contra la entidad "Monquengui, S.A", DECLARAMOS la nulidad de los acuerdos adoptados en la indicada Junta General Ordinaria que lo fueren por mayoría accionarial ampliada y declarada nula, así como de los acuerdos posteriores que fueren incompatibles con tal declaración de nulidad; y firme que sea la presente resolución, procédase a la inscripción en el Registro Mercantil, y a la cancelación de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de fecha 14-junio-2001 de la entidad "Monquengui, S.A", y de los demás posteriores que resultaren contradictorios con la Sentencia; y sin hacer expresa imposición a las partes de las costas procesales causadas en la instancia.

3º) No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.