

Apuntes sobre la convocatoria de la Junta realizado con abuso de Derecho

Tras valorar la prueba practicada y precisar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en supuestos similares al enjuiciado, el juzgado de primera instancia dicta la sentencia y concluye que la modificación del sistema de convocatoria y el recurso al mecanismo previsto en los Estatutos, que es menos efectivo que la comunicación personal, infringe el artículo 7. 2.º del Código Civil, al haber actuado la sociedad de mala fe y con abuso de derecho. Por ello declara la nulidad de la Junta y todos sus acuerdos, así como la adjudicación de las participaciones emitidas con ocasión de la ampliación de capital.

La Sala del Tribunal concluye que a demandada no actuó conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7. 1º del Código Civil) y que incurrió en abuso de derecho (artículo 7. 2º). Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que el abuso del derecho sólo procede, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con la intención bien decidida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal y contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas, anormalidad en el ejercicio, y las subjetivas, voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo. Entendemos que tales notas caracterizadoras del abuso de derecho están presentes en este caso. El abuso de derecho se manifiesta por el hecho de haber acudido el administrador al cauce formal de la convocatoria, de acuerdo con lo previsto en los Estatutos, cauce nunca antes observado, sin asegurarse su conocimiento real por la actora. La separación de lo que había sido una práctica seguida durante toda la vida de la sociedad, exigía del administrador que advirtiera a los socios el abandono de esa práctica y el acogimiento del sistema previsto en la ley y los estatutos, tal y como señala la STS antes citada de 20 de septiembre de 2017. La demandada buscó intencionadamente y logró, en fin, que el accionista no se enterase de la convocatoria, diluyendo de este modo su participación en la sociedad.

La *questio iuris* consiste en determinar si la convocatoria de la junta de socios realizada por el administrador único, utilizando el sistema de publicidad previsto en los Estatutos y regulado en la Ley, y sin aviso particularizado previo (aviso no exigido por los Estatutos vigentes) al socio actor con quien ya se habían quebrado las relaciones de manera definitiva, encaja o no en la figura del abuso de derecho.

Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida. El art. 173.1 LSC, en su redacción vigente a la fecha de celebración de la junta impugnada, establecía que la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos. No obstante, habrá supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasará desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto...). Es el caso de la sentencia de esta sala 272/1984, de 2 de mayo, en que no se citó personalmente al accionista mayoritario, una sociedad francesa, «como usualmente se venía haciendo». O de la sentencia 171/2006, de 1 de marzo, que confirmó la sentencia que declaró la nulidad de la junta, pues, aunque el diario era de los de mayor difusión en la provincia, no lo era en la isla del domicilio y, sobre todo, se omitió «el aviso personalizado que todo parece indicar se practicó otras veces». La pérdida de la *affectio societatis* por parte y su desavenencia con los otros socios no justifica que el

órgano de administración actuara contraviniendo las reglas de la buena fe, ni supone que el socio demandante debiera prever que el órgano de administración realizara esa conducta destinada a impedir que conociera la convocatoria de la junta. Por último se refiere el TS a la sentencia 697/2013, de 15 de enero de 2014, declaramos: «Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley». En este caso, la actuación del órgano de administración, al modificar sorpresivamente la forma en que se había venido convocando a los socios a la junta, supuso en la práctica impedir la asistencia a la junta de quien tenía derecho a asistir y votar, por lo que la tesis de que la impugnación debe desestimarse porque los acuerdos hubieran sido igualmente aprobados, aunque el socio demandante hubiera asistido y votado en contra no es correcta.

Salvo mejor opinión

