



Roj: **SAP M 6946/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:6946**

Id Cendoj: **28079370282016100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **01/04/2016**

Nº de Recurso: **177/2014**

Nº de Resolución: **117/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0025764

Recurso de Apelación 177/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 492/2011

Apelante: INVERSIONES MARPEL SL

PROCURADOR: D./Dña. LUIS MARIA CARRERAS DE EGAÑA

Apelado: D./Dña. Alejo

PROCURADOR: D./Dña. MARIA DE LA PALOMA MANGLANO THOVAR

**SENTENCIA nº 117/2016**

En Madrid, a 1 abril de 2016.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Pedro M<sup>a</sup> Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 177/2014, los autos del procedimiento ordinario número 492/2011 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid en materia de sociedades mercantiles.

Han sido partes en esta segunda instancia, como apelante, INVERSIONES MARPEL SL, representado por el procurador D. Luis M<sup>a</sup> Carreras de Egaña y defendido por el abogado D. Pedro Herreros González y , como apelado, D. Alejo , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> de la Paloma Manglano Thovar y defendido por el abogado D. Antonio E. Gómez Gallardo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 15 de septiembre de 2011 por la representación de D. Alejo contra INVERSIONES MARPEL SL, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

" ... solicito, se sirva dictar sentencia por la que:

- 1.- Se declare la nulidad de los acuerdos sociales de aprobación de Cuentas Anuales de los ejercicios 2.007 a 2.010, total o parcialmente en cuanto al acuerdo de distribución íntegra del resultado del ejercicio a reservas,
- 2.- Se declare que la compañía deberá repartir a los socios al menos el 70% de los beneficios de los ejercicios cuyas cuentas se impugnan, esto es 2.007 a 2.010 ambos inclusive y respecto los beneficios de los ejercicios cuya distribución de resultado esté pendiente desde la fecha de presentación de esta demanda, bien por no estar las cuentas aprobadas (2.005 y 2.006) o futuros (2.011 y sucesivos), se declare que se distribuya como



dividendos dicho porcentaje del 70% ajustándose el mismo al alza o a la baja, en proporción con las deudas con terceros no del grupo que figuren en el Pasivo del Balance respecto la cifra que figuren en las cuentas de 2.010. Subsidiariamente la cifra que se establezca.

3.- Se ordene, si procediera, la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil de la provincia de Madrid, su publicación en extracto, así como la cancelación en el Registro Mercantil de la provincia de Madrid de cualquier asiento o depósito que se haya producido como consecuencia de los expresados acuerdos.

4.- Se imponga a la demandada las costas procesales. "

SEGUNDO.- Tras seguirse el proceso por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 28 de noviembre de 2013 , cuyo fallo era el siguiente:

"I.- Con estimación íntegra de la demanda interpuesta por Alejo , debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta de socio de fecha 27 de junio de 2011 de la sociedad INVERSIONES MARPEL SL, sobre aplicación del resultado positivo del ejercicio económico del año 2010 a reservas voluntarias, y en su lugar condeno a dicha sociedad al reparto como dividendo a los socios del 30% de aquel resultado del ejercicio.

II.- Debo imponer e impongo a INVERSIONES MARPEL SL el pago de las costas procesales generadas en este litigio, según tasación de las mismas que se realice en incidente promovido al efecto. "

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de INVERSIONES MARPEL SL se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

La remisión de los autos por parte del juzgado dio lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, en cuya oficina de registro tuvieron aquellos entrada con fecha 9 de abril de 2014, donde se ha seguido su tramitación con arreglo a las reglas aplicables a los de su clase.

CUARTO.- La sesión de deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó, por su turno correspondiente, con fecha 31 de marzo de 2016.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente litigio ha quedado centrado, tras diversas incidencias procesales a las que más adelante nos referiremos, en el análisis de la legalidad de la decisión de la junta de socios de la entidad INVERSIONES MARPEL SL, celebrada el 27 de junio de 2011, por la que se acordó que el resultado del ejercicio 2010 fuera aplicado en su integridad a la dotación de reservas voluntarias.

La sentencia dictada en la primera instancia estimó la demanda presentada por el socio D. Alejo , titular de 52.773 participaciones (sobre un total de las 332.226 que integran el capital social), al considerar que, en función de las circunstancias concurrentes, la decisión de la mayoría social de no repartir dividendo a los socios había constituido una maniobra abusiva que había vulnerado el derecho de aquél a la participación en las ganancias sociales. Es por ello que el juzgador no sólo decretó la nulidad del acuerdo social, en el aspecto concreto referido a la aplicación del resultado de 2010, sino que además ordenó, para conseguir el restablecimiento del derecho del demandante, que la sociedad debía repartir entre los socios un dividendo calculado sobre el 30% de los beneficios del referido ejercicio social.

La apelante INVERSIONES MARPEL SL pretende que se anulen todas las actuaciones practicadas en el seno del presente proceso que sean ulteriores a la admisión de la demanda, porque considera defectuoso el acto procesal del emplazamiento realizado en la primera instancia. También denuncia que por la actora se habría incurrido en una modificación sustancial de su demanda que habría sido indebidamente admitida por el juez en el acto de la audiencia previa. Asimismo, alude a una posible caducidad de la acción de impugnación de acuerdos emprendida por el demandante. Y, por último, centra el grueso de su escrito de recurso en tratar de combatir la apreciación como abusivo del acuerdo adoptado en la junta de 27 de junio de 2011, intentando defender que la decisión de aplicar el resultado del ejercicio 2010 a reservas estaba justificada.

SEGUNDO.- La defensa de INVERSIONES MARPEL SL pretende, como petición principal de su escrito de apelación, que se anulen todas las actuaciones practicadas en el seno del presente proceso que sean ulteriores a la admisión de la demanda, porque considera defectuoso el acto procesal del emplazamiento realizado en la primera instancia.



Para que se justificase la declaración de nulidad de actuaciones por infracción de normas de procedimiento no sólo resultaría preciso que éstas tuvieran el carácter de esenciales, sino que además precisamente por causa de ello se hubiese ocasionado indefensión al afectado. Así resulta de las previsiones al respecto de los artículos 225.3 º, 227.1 º y 459 de la LEC y de las concordantes de la LOPJ.

La sentencia del Tribunal Constitucional 62/2009, de 9 de marzo, con cita de la precedente de 126/2006, de 24 de abril, precisa que: "... la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional ( SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3 ; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3 ; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5 ; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2 ; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)".

El artículo 24 de la Constitución eleva a la categoría de derecho fundamental el de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, que comporta el derecho a un proceso con todas las garantías, integrado por un conjunto de normas a cuyo cumplimiento están obligados tanto las partes como el órgano jurisdiccional, el cual, dado el carácter de orden público que las normas procesales tienen, debe controlar de oficio y dar respuesta a las infracciones o violaciones que se produzcan, si bien, conforme establecen el artículo 24 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo se podrá dejar de resolver lo que fuere motivo de litigio cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanase por el procedimiento establecido en las leyes y sea de tal entidad que con él se cause indefensión, por haberse prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, o por haberse infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa. Por lo tanto, no siempre que se produce una infracción de procedimiento procedería declarar la nulidad de lo actuado, puesto que ello implicaría la retroacción de las actuaciones con mayor dilación en la solución del conflicto planteado, lo que supondría la vulneración del citado precepto constitucional, de manera que el órgano judicial deberá valorar la entidad real del vicio advertido, su incidencia sobre los derechos de las partes y si con ello se ha causado materialmente indefensión o no, entendiendo por tal la privación a una parte del derecho a alegar y probar en el proceso sus derechos o intereses legítimos y a rebatir lo alegado por las demás partes. En definitiva, sólo cuando el vicio observado sea de tal entidad que implique la privación del derecho de defensa y contradicción podrá decretarse la nulidad y no cuando estemos ante una mera irregularidad formal de escasa importancia o ante una situación debida a la parte interesada, quien debería haber actuado con diligencia ( sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1989, Sala 2ª 39 / 1995 de 13 de febrero, entre otras).

En el caso que nos ocupa la entidad demandada pretende que se anulen las actuaciones practicadas en el proceso prácticamente desde su inicio, al considerar que se le emplazó incorrectamente por haberse utilizado la vía del correo certificado cuando estaba en juego la personación de la parte demandada en el proceso por lo que debería haberse acudido, en su opinión, a la vía de entrega por un funcionario de copia de la cédula de emplazamiento en el domicilio de la interesada.

El planteamiento de la recurrente no resulta de recibo porque este tribunal no ve resquicio alguno de que la parte demandada haya sufrido una posible indefensión. Es cierto que la misma no contestó a la demanda en plazo y ello provocó su inicial reclamación de rebeldía, luego levantada merced a la ulterior personación de dicha parte en el proceso, lo que posibilitó su sucesiva intervención desde entonces (audiencia previa, acto del juicio, etc). Pero esa pérdida de la oportunidad de aprovechar el trámite de contestación a la demanda sólo tendría relevancia procesal si se hubiera debido a una circunstancia no imputable a la propia interesada. Cuando ello no ocurre así y el no aprovechamiento del plazo para contestar es una incidencia que puede ser considerada imputable a la propia afectada, la apreciación de indefensión quedará descartada. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, como vamos a explicar.

Según resulta de las actuaciones el juzgado, tras la admisión de la demanda, procedió a efectuar el emplazamiento de la parte demandada, la entidad mercantil INVERSIONES MARPEL SL. Para ello utilizó la vía del envío de la cédula de emplazamiento a través de correo certificado con acuse de recibo, que es una de las alternativas legalmente previstas para efectuar la remisión de aquella, incluso tratándose del primer emplazamiento o citación al demandado (así resulta de la previsión del artículo 160 de la LEC en relación con el artículo 155 del mismo cuerpo legal). El resultado de dicha diligencia es bastante explícito, pues hay constancia de la recepción de la cédula, precisamente en la sede del domicilio social de la entidad demandada, y de su recogida por parte de una persona que fue identificada con su nombre y documentación por el



funcionario del servicios de correos y que ha resultado ser una empleada de hogar que presta sus servicios en dichas dependencias (aunque lo haga en beneficio del socio mayoritario de dicha entidad, Sr. Ricardo , resulta obvio que su presencia allí lo es con aquiescencia de la propia sociedad demandada, que no resulta ajena a los usos que se estén dando a su propia sede social a favor de quienes son miembros de ella). No ha lugar, por lo tanto, a plantearse dudas sobre la efectiva recepción por parte de la destinataria del mismo del acto de comunicación judicial, por lo que, según resulta del ya citado artículo 155 de la LEC , no procedía tener que realizar otro tipo de diligencias complementarias por vía de los artículos 158 y 161 de la LEC , que es lo que equivocadamente parece entender, como ineludible, la recurrente. Efectuado el emplazamiento en el domicilio de la persona jurídica demandada, que constituye la sede legalmente designada por la misma para, entre otras finalidades, ser la referencia de su ubicación física para sus relaciones con terceros y con las instituciones (también a efectos procesales, según prevé el artículo 51 de la LEC ), y constatada la efectiva recepción en dicho lugar del acto de comunicación, el emplazamiento debe considerarse válidamente realizado. La falta de reacción en plazo por parte de la sociedad interesada sólo a la misma resulta imputable, pues a ella incumbe el modo en el que gestiona el uso de su propia sede y el tratamiento de la documentación que en la misma se recibe, sin que pueda oponer a tercero la índole de las relaciones que puedan vincularle con las personas a las que permite ocuparla. De manera que no se justifica la declaración de nulidad de actuaciones que por la misma se está pretendiendo provocar de manera claramente improcedente.

TERCERO.- La parte demandada también plantea como reparo procesal el que por la actora se habría incurrido en una modificación significativa de su demanda que habría sido indebidamente admitida por el juez en el acto de la audiencia previa. La queja de la recurrente lo es porque, en su opinión, el juzgador habría permitido que el demandante soslayase las excepciones de cosa juzgada y litispendencia que adujo en la audiencia previa y habría posibilitado que la contraparte eludiese consecuencias desfavorables en cuanto a costas procesales.

Considera este tribunal que la parte recurrente está suscitando aquí una cuestión que ha perdido todo interés desde el punto de vista procesal, en la medida en que tras la resolución apelada se ha operado una restricción definitiva del objeto del proceso que convierte en innecesario volver sobre aspectos superados del mismo (sin perjuicio de las consideraciones que en su momento efectuaremos sobre la incidencia o no de este asunto en el tratamiento de las costas procesales). En la medida en que el juez sólo se ha pronunciado sobre lo relacionado con el acuerdo aprobatorio de la aplicación del resultado del ejercicio 2010, derivado de la junta de 27 de junio de 2011, y la parte actora se ha aquietado a ello, ningún sentido tiene que en esta segunda instancia se susciten problemas referidos a otros ejercicios sociales, ni precedentes ni ulteriores. Porque el gravamen que asiste a la parte demandada lo es para defender la validez del mencionado acuerdo social (porque es sólo a ese respecto en lo que puede estimarse prejudicial para ella la resolución apelada y lo que le confiere, por lo tanto, el derecho a recurrirla - artículo 456.1 de la LEC ), no para suscitar debates sobre lo que el juez no ha acogido en su sentencia y, por lo tanto, ni ha anulado ni ha obligado a la sociedad a cambiar, con lo que no le ocasionaría, en ese aspecto, el gravamen procesal imprescindible para poder apelarla.

En cualquier caso, este tribunal ha de señalar que, con independencia de lo desafortunada de la redacción inicial del suplico del escrito de demanda, que la propia actora no tuvo más remedio que reconocer, de manera implícita, en la audiencia previa, su reacción procesal resultó admisible, pues lo que la misma planteó fue una simple reducción de sus pretensiones iniciales en lo que se refería al porcentaje de beneficios que consideraba que debía ser repartido entre los socios (que rebajó, de un 70% que interesaba inicialmente, al 30 %). Tal solicitud de un "minus", que no de un "aliud", sobre lo inicialmente reclamado resulta admisible, merced al juego del principio dispositivo que rige en el proceso civil ( artículo 19 de la LEC ), que permite abandonar durante el proceso alguna de las pretensiones iniciales (sin perjuicio de las consecuencias y responsabilidades procesales que ello pueda acarrear ), y del derecho a rectificar, en aquello que no fuera sustancial (y no lo es el rebajar el quantum de lo reclamado), el suplico de su demanda ( artículo 426 de la LEC ).

Asimismo, el juez estimó la excepción opuesta de contrario y declaró que el punto segundo del suplico de la demanda quedaba reducido al ejercicio 2010, excluyendo la relativo, por el efecto de litispendencia, a los ejercicios precedentes por haber sido ya objeto de otro proceso.

Quedó, eso es cierto, un fleco suelto, referido a la impugnación de los acuerdos relativos a las cuentas de los ejercicios 2007 a 2009, aprobados en junta de 30 de junio de 2010, que se mencionaban en el punto primero del suplico de la demanda. Este asunto debería haber merecido alguna mención en la resolución de la primera instancia, siquiera para señalar con respecto a ellos que resultaba extemporánea una impugnación contra los mismos que no se hubiera planteado en tiempo y forma (pues la demanda objeto de litigio tiene fecha de presentación el 15 de octubre de 2011, más de un año posterior a la referida junta de 30 de junio de 2010), ya que las reglas de la caducidad en este ámbito resultan insoslayables (artículo 205 del TRLSC). Pero esa omisión no reviste, en este caso, aunque resulte paradójico, mayor trascendencia práctica, porque lo relevante en esta segunda instancia es qué ha fallado el juez en contra de la parte demandada que ésta no quiere aceptar.





Y ello se reduce al ámbito de lo que afecta al ejercicio 2010 y no a ningún otro (porque la actora no insiste ya al respecto y se aquieta con lo que ha sido fallado).

En definitiva, cualquiera que sea la repercusión que el comportamiento de la actora pudiera merecer en materia de costas (ya que es obvio que no mantuvo su pretensión inicial, sino que la redujo), el objeto del proceso no puede ser referido en esta segunda instancia a otra cosa que al debate sobre la validez de lo tratado en la junta de 27 de junio de 2011, en concreto, a la legalidad de la aplicación del resultado social allí decidida y a las consecuencias que de ello pudieran derivarse de estimarse inválido lo allí acordado.

CUARTO.- La parte demandada alude a una posible caducidad de la acción de impugnación de acuerdos emprendida por el demandante contra lo acordado en la junta de 27 de junio de 2011.

Tal alegación no puede perjudicar la acción impugnatoria ejercitada por el demandante porque la misma fue emprendida en plazo, ya que para los casos en los que se denuncie la comisión de una vulneración legal por parte de lo acordado por la junta el tiempo hábil para presentar la correspondiente demanda es del un año en los términos en los que así lo preveía la redacción entonces vigente del artículo 205.1 del TRLSC. Hay que tener presente que lo que se denunciaba por la parte actora era que el acuerdo impugnado vulneraba el derecho del socio a participar en los beneficios de la sociedad ( artículo 93.a del TRLSC), dejándolo vacío de contenido, y que constituía el instrumento para llevar a cabo una actuación abusiva en perjuicio del socio minoritario, implicando tal modo de actuación una vulneración del artículo 7 del C. Civil .

Tal lapso temporal no habría transcurrido entre el momento de adopción del acuerdo, en la junta de 27 de junio de 2011, y el de la interposición de la demanda, el 15 de septiembre de 2011. La razón de iniciar el cómputo en la fecha referida lo es que el demandante D. Alejo acudió a la junta, aunque lo fuera mediante el mecanismo de la representación, y pudo tener, por lo tanto, conocimiento de lo decidido desde el momento mismo de la adopción del acuerdo.

Aunque pueden detectarse ciertos titubeos en la doctrina sobre cómo debían calificarse las conductas de la índole de la que aquí nos ocupa, si como merecedoras de nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad, este tribunal se ha venido posicionando en el sentido de que las mismas, por entrañar vulneración legal, deberían ser consideradas de la primera de las clases apuntadas, por lo que el plazo para accionar sería de un año. Es más, la reforma del TRLSC por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que ha acogido de modo explícito entre los acuerdos sociales impugnables (artículo 204.1. segundo párrafo) los que fuesen fruto de imposiciones abusivas de la mayoría, ha optado por unificar en un año (artículo 205) el plazo dentro del cual puede ejercitarse la correspondiente acción de impugnación, lo que entendemos que constituye un argumento de refuerzo para la postura que veníamos manteniendo.

QUINTO.- El socio tiene derecho a la participación en el reparto de las ganancias sociales ( artículo 93.a del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio, en relación con la previsión del artículo 116 del Código de Comercio ). Ahora bien, es doctrina jurisprudencial que el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias sociales puede determinar la invalidez de un acuerdo de exclusión a un socio de la participación en los beneficios sociales o la ineficacia de una cláusula estatutaria que impidiese el reparto de forma general, capitalizando todos los beneficios, pero no impide que la junta pueda decidir libremente, en relación con un determinado o determinados ejercicios, el reparto de los beneficios obtenidos del modo que estime más conveniente, pudiendo incluso acordar la no distribución del mismo y su aplicación a reservas. Es por ello que no puede hablarse de un derecho del socio "al dividendo", es decir, a que se le entregue su parte alícuota del beneficio obtenido, sino merced al acuerdo de la junta general que decida el reparto del mismo, pues es éste el que hace surgir el correspondiente derecho de crédito contra la sociedad ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1971 y 30 de enero de 2002 ). El derecho al dividendo es, pues, de carácter contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996 ) que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la junta general.

Somos, además, conscientes de que no es lo deseable que se interfiriera desde el exterior en la adopción de las particulares decisiones estratégicas del empresario. El juez no es un órgano fiscalizador "del desacierto económico" de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 , 12 de julio de 1983 , 17 de abril de 1997 y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 28 de febrero de 1996 , y sección 28ª, de 14 de febrero , 12 de mayo y 18 de julio de 2008 y 30 de enero y 24 de septiembre de 2009 , entre otras). El acuerdo de la junta de aplicar los beneficios a reservas puede tener una explicación empresarial perfectamente razonable, puesto que supone un aumento de la financiación propia



que elimina o reduce la necesidad de acudir a la ajena. Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión en el marco de un ámbito de libertad de la sociedad.

Ahora bien, el planteamiento que hemos expuesto puede ser matizado por la institución del abuso del derecho (pues el artículo 7 del C. Civil exige la actuación de buena fe y proscribire el ejercicio abusivo del derecho), como ha hecho por ejemplo la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 . La libertad empresarial de la que hemos hablado tiene como límite las situaciones de ejercicio abusivo de su derecho por parte de los socios representativos de la mayoría del capital social, en cuyo caso los minoritarios tienen derecho a reaccionar contra una imposición por parte de aquélla cuya causa sería ilegal.

Aunque la mayoría es soberana para decidir sobre el reparto de dividendos, no puede dejarse sin tutela judicial a la minoría social cuando ésta se ve obligada a soportar decisiones de aquélla que no puedan responder más que a un simple abuso por su parte. Las situaciones son especialmente delicadas en aquellos casos en los que la mayoría social puede obtener otro tipo de compensaciones a cargo de la entidad (percepción de remuneraciones, negocios con otras entidades a ellos vinculadas, etc) y no ocurre lo mismo con la minoría, que se ve privada de la posibilidad de rentabilizar su inversión si, cuando lo lógico sería acordar el reparto del beneficio obtenido, se acordase retener los dividendos sin causa que pudiese dotar de fundamento comprensible y lícito a la posición mayoritaria. El legislador ha sido consciente de que tales situaciones no son deseables y por ello ha previsto, desde la Ley 25/2011, de 1 de agosto de reforma parcial de la LSC, el derecho de separación del socio en determinados supuestos de falta de distribución de dividendos. Lo que ocurre es que por razones temporales no sería tal norma de aplicación al caso, ya que aquí la situación acaeció con anterioridad a su vigencia, y además la misma ha sido suspendida en reiteradas ocasiones (por Ley 1/2012, por R.D. Ley 11/2014, etc), por lo que no ofrecería ninguna solución alternativa para el presente litigio.

La doctrina del abuso del derecho supone, como nos señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de febrero de 2006 , la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta, se estuviese incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. La actuación abusiva al adoptar un acuerdo social implica la posibilidad de impugnarlo por infracción legal ( artículo 204, número 1, de la Ley de Sociedades de Capital , aprobada por RDL 1/2010, de 2 de julio); la ley rechaza el abuso de derecho ( artículo 7 del C Civil ) y la incursión en él permite al perjudicado no solo exigir una indemnización sino reclamar del juez que ponga fin al mismo; la impugnación del acuerdo social, reclamando que sea declarada su nulidad por infringir la ley, puede ser uno de los modos de reaccionar frente al abuso del derecho que hubiese sido instrumentado mediante la adopción de aquél (entre otras, en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 2 de mayo de 1984 y de 5 de marzo de 2009 , se contienen referencias a acciones de **impugnación de acuerdos sociales** que han prosperado precisamente por haberse obrado en sede societaria con abuso de derecho).

SEXTO.- Las circunstancias que rodean la decisión de la mayoría social adoptada en el seno de la junta de 27 de junio de 2011 de la sociedad INVERSIONES MARPEL SL, con respecto al destino que debía darse a los beneficios obtenidos al cierre del ejercicio 2010, donde lo acordado fue su aplicación a reservas voluntarias y, por lo tanto, su no reparto, en proporción alguna, a los socios, son, en efecto, como vamos a exponer, sumamente peculiares.

Según las cuentas anuales de la entidad INVERSIONES MARPEL SL, que es una entidad con un capital social de dos millones de euros, la situación de partida al cierre del ejercicio precedente, 2009, era que la misma atesoraba un patrimonio neto de 12.616.170,66 euros, fruto, entre otras razones, de que ya acumulaba entonces una reservas por importe de 9.577.616,74 euros. Ello se debía a que la sociedad había venido cerrando con sustanciosos beneficios en los ejercicios 2009 (1.080.783,55 euros), 2008 (1.143.621,09 euros), 2007 (1.394.274,88 euros) y 2006 (950.436,61 euros) y se habían ido engrosando las reservas voluntarias.

Con esos antecedentes se llega al cierre del ejercicio 2010, donde el resultado vuelve a ser de sustanciosos beneficios (1.033.481,59 euros) y donde el órgano de administración vuelve a proponer, y obtiene para ello el aval de la mayoría social, que no se pague dividendo a los socios y se destinen de nuevo tales ganancias a engrosar las reservas voluntarias de la entidad, que alcanzarían así la cuantía de 10.658.400,29 euros, para acumular un patrimonio neto total por importe de 13.649.652,25 euros. Resulta bastante llamativo que con tal grado de potencia patrimonial de la entidad y varios ejercicios sucesivos de obtención de sustanciosos beneficios se decidiera que ello no se materializara, en alguna medida, en la percepción de un dividendo por parte de los socios. La cifras son tan significativas que, francamente, resulta bastante verosímil el alegato de la parte demandante de que ha estado padeciendo una situación de sistemática privación de la posibilidad de materializar su participación como socio en el fruto de las ganancias sociales (puesto que ya que en ejercicios precedentes, en situaciones análogas, también se acordó su no reparto).



Aunque la recurrente ha tratado de justificar en su escrito de recurso que la dotación de beneficios a reservas voluntarias no debería considerarse de carácter abusivo hemos de decir que sus motivos no resultan en absoluto convincentes para poner en claro la racionalidad de la decisión adoptada por la mayoría social y poder excluir así cualquier otra intencionalidad por parte de la misma. Francamente, no advertimos justificación objetiva suficiente para el empeño de la mayoría social en negarse a la distribución de dividendos derivados del ejercicio 2010, cuando durante todos los precedentes se venían obteniendo beneficios que gozaban de significación, la situación se reitera al finalizar ese año y el estado patrimonial de la sociedad que reflejaban las cuentas era bastante sólido.

Se sostiene por la apelante que ha de tenerse en cuenta que INVERSIONES MARPEL SL realizó durante el año 2010 importantes labores de gestión, administración, contratación y asesoramiento para casi todas sus sociedades participadas y que lo hizo a través de la actividad desplegada por sus administradores D. Moises y D. Ricardo , lo que justificaría tanto el tratamiento dispensado a éstos como la postura de los mismos en su condición de socios mayoritarios. Este tribunal nada tiene que criticar a que la entidad desarrolle algún tipo de actividad a través de dichas personas, en tanto que gestores sociales o encargados del desempeño de la función correspondiente, pero no acaba de entender qué influencia debe conferírsele a tal hecho a la hora de enjuiciar sobre la procedencia del reparto de beneficios que es motivo del presente litigio. Precisamente por razón de tal esfuerzo se ha pagado, como consta en la documentación aportada, la retribución que corresponde a favor de aquéllos, como contraprestación a la realización de su labor. Pero eso no es motivo de discusión aquí. Lo que sí resulta relevante, desde otro punto de vista, es que hay personas vinculadas a la entidad que, aunque sea merced al desempeño personal de una tarea en el seno de la sociedad, están pudiendo percibir recursos económicos a cargo de INVERSIONES MARPEL SL y eso puede explicar que su interés en recibir además otros adicionales, vía dividendos, pudiera resultar menos acuciante que para otros socios que también hicieron un esfuerzo inversor en la entidad y que están viendo bloqueada, sin razón objetiva que lo justifique, la posibilidad de disfrutar, de alguna de las maneras posibles, de la rentabilidad social obtenida. No queremos con esto tratar de confundir entre situaciones distintas ( la de los socios que tienen cargo de administrador, y cobran, lícitamente, por ello, y la de los que no ostentan cargo alguno), sino que simplemente queremos remarcar que en el enfrentamiento de intereses que puede darse entre mayoría y minoría social puede ocurrir que aquélla afronte los conflictos desde una posición más cómoda que ésta, no sólo merced al dominio político de la entidad, sino también desde el lógico entendimiento de lo que realmente le está significando a cada uno desde el punto de vista económico el desenvolvimiento de la vida de la sociedad.

Por otro lado, la entidad INVERSIONES MARPEL SL alega que ya se ha visto obligada a repartir beneficios de los ejercicios 2007 a 2009 fruto de lo fallado en otro proceso judicial por parte Juzgado de lo Mercantil nº 12, en un pleito promovido, precisamente, por el demandante. A este alegato debemos contestar que el mismo resulta por completo intrascendente para enjuiciar sobre el presente litigio. En primer lugar, porque se trataría de una circunstancia sobrevenida a la adopción del acuerdo y que por lo tanto ninguna influencia tuvo en la causa de su aprobación. Lo relevante es que cuando el mismo fue decidido la situación era la de la sistemática negativa al reparto por parte de la mayoría social, que es lo que puede resultar aquí significativo. En segundo término, porque ello no impediría el tener que juzgar si, per se, la negativa relativa al reparto al cierre del ejercicio 2010 estaba o no, en función de las circunstancias que entonces atravesaba INVERSIONES MARPEL SL, objetivamente justificada. Y, por último, aunque esto tiene mucha menos importancia, porque este tribunal ha revocado la sentencia dictada por Juzgado de lo Mercantil nº 12 (que ordenaba el reparto de un porcentaje de beneficios relativos a los ejercicios 2007, 2008 y 2009), en sede del rollo de apelación nº 26/2013, porque había razones procesales que impedían respaldar lo fallado en la primera instancia de ese litigio, por lo que no estamos ante un dato que podamos considerar determinante para esclarecer la situación.

Afirma también la recurrente que es importante tener en cuenta que no todos los gastos efectuados por INVERSIONES MARPEL SL en los denominados servicios exteriores redundaron a favor de los socios mayoritarios de la misma que además tienen la condición de administradores. A este respecto sólo tiene que decir este tribunal que vuelve la recurrente a referirse a un dato de muy escasa trascendencia. Resulta innegable que un parte significativa de tales gastos sí tuvieron como beneficiarios de percepciones, de modo directo o indirecto, a los socios mayoritarios y parece obvio que, en cierto modo, ello supone que los mismos obtienen un rendimiento económico de sus relaciones con la sociedad que otros minoritarios no consiguen. No se trata, sin embargo, de cuestionar aquí la percepción de tales ingresos fruto de la prestación de los servicios correspondientes. Sólo constituye ello un dato de referencia para poder comprender que no todos los socios incrementan su patrimonio personal como fruto de sus relaciones con la entidad y que los que sólo pueden aspirar a conseguirlo a través de la percepción de dividendos sociales pueden experimentar un comprensible grado de frustración en sus expectativas si, de modo sistemático, se cierra esa vía de obtención de lucro. Obviamente, el no pago de dividendos afecta a todos los socios, mayoritarios y minoritarios, pero si los primeros consiguen obtener rendimientos por otra vía, incluso perfectamente lícita (por ejemplo, mediante



retribuciones de 150.000 euros anuales), merced a sus relaciones con la entidad, puede decaer su interés en hacer efectivas otras fuentes de recursos para allegar fondos a sus propios patrimonios, tales como el reparto de beneficios, sobre todo si ello iba a ser también disfrutado por otros socios con los que existe un cierto grado de enfrentamiento.

Sostiene también la apelante que debería haberse tenido en cuenta que la entidad INVERSIONES MARPEL SL empleaba sus reservas en la realización de inversiones financieras, en concreto, en la adquisición de participaciones y acciones en sociedades filiales, y que había garantizado mediante pólizas de crédito a dichas entidades. Este tribunal considera que no puede ser esa la razón que justifique que al cierre del ejercicio 2010 volviera de decidirse, una vez más, y ya eran varios los años sucesivos, no repartir dividendo alguno. Es de suponer que la entidad INVERSIONES MARPEL SL efectuará, en el desarrollo de su actividad social, las inversiones que tenga por conveniente. Es más, comprendemos perfectamente, porque no respondería a una racionalidad económica ni empresarial, que en el seno de esa entidad no se iban a tener más de nueve millones y medio de euros, en los que se cifraban las reservas, inmovilizados en la caja de la entidad. Obviamente, la provisión contable de las reservas no resulta incompatible con que la entidad tenga sus activos movilizados en los destinos que considere oportunos. Pero que ello sea así no permite ocultar que al cierre del ejercicio 2010 la entidad lucía unos beneficios superiores al millón de euros y una situación patrimonial sólida e incluso envidiable, por lo que la exclusión del reparto de dividendos entraña, cuando menos, una cierta paradoja que no ha recibido adecuada explicación.

Tampoco el que la entidad INVERSIONES MARPEL SL hubiese podido gastarse, como se afirma por la recurrente, alrededor de un millón de euros en las entidades filiales (a lo que se refirió la declaración testifical en el acto del juicio del asesor fiscal y contable de la empresa Sr. Jose Pedro ) podía constituir la razón para vetar el reparto de dividendos. Ello es así porque, como resulta obvio, el resultado final del ejercicio con unos beneficios superiores al millón de euros es fruto, tal como resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias, de restar las primeras a las segundas. Si el resultado final fue de beneficios superiores al millón de euros, ahí ya están embebidos y, por lo tanto, detraídos los costes en los que la sociedad, a buen seguro, también hubiese incurrido durante esa anualidad. Lo relevante no es que experimentase cuantiosos gastos, sino que los ingresos fueron de tal entidad que compensaron éstos y además arrojaron tal excedente que permitieron cerrar con sustanciosos beneficios el ejercicio social, de modo que hacían posible, e incluso razonable, el reparto de algún tipo de dividendo a los socios, que aspiran, con toda lógica, a ir rentabilizando su inversión en una entidad de capital.

Otro tanto hemos de decir respecto a la realización durante 2010 de préstamos para financiar a entidades del grupo. Esto sólo implica el surgimiento de derechos de crédito a favor de INVERSIONES MARPEL SL, que invierte sus recursos como sus gestores estiman más oportuno, pero no obsta a que la cifra de beneficios fuera aquella con la que se cerró contablemente el citado ejercicio social.

En definitiva, no advertimos que existiese justificación objetiva (por ejemplo, por necesidad de acometer en ese preciso momento necesidades de tesorería, por tener proyectos pendientes o inversiones en marcha que exigiesen la realización de una provisión por determinado importe, etc) para explicar la adopción de un acuerdo por el que, para una sociedad de este tipo y en las circunstancias económicas en la que se hallaba, se llevasen a reservas todos los beneficios obtenidos por la entidad en 2010. Ello resulta además revelador de un determinado designio si no se pierde de vista el contexto social de abierto enfrentamiento que existe en el seno de la entidad INVERSIONES MARPEL SL entre la mayoría y la minoría social, resultando patente que un modo de tratar de sancionar a esta última es mediante un bloqueo al reparto, a modo de revancha frente al contrario, lo que resultaría adverso al precepto legal de que en el ejercicio de los derechos debiera obrarse de buena fe y no incurrirse en abuso de derecho ( artículo 7 del C. Civil ). Si se detecta, como interpretamos que ha ocurrido en este caso, que el sustrato del acuerdo es un comportamiento de esa índole por parte de la mayoría social, el mismo debe ser declarado nulo por contravención de un imperativo mandato legal.

Coincide, por lo tanto, este tribunal con la apreciación del juez de lo mercantil. No estamos enfrentándonos a un comportamiento normal de libre determinación económica en el seno de una sociedad mercantil con respecto al destino lógico de unos beneficios empresariales, sino a una conducta de mera imposición abusiva por parte de la mayoría que estaba decidiendo el someter a la minoría, una vez más, a verse privada de una razonable participación en lo que estaban siendo la sistemática obtención de beneficios sociales, año tras año, sin que el socio minoritario estuviera obteniendo rendimientos merced a la inversión que realizó en el capital social. No es esa una conducta que la ley ampare y por lo tanto se justifica que este tribunal otorgue ante ella la tutela judicial solicitada por la minoría. Porque las decisiones societarias responden al principio mayoritario y éste ha de ser respetado, pero siempre y cuando se sitúe dentro del cumplimiento de la legalidad. Si lo que ocurre es que se desbordan los límites marcados por ella, debe otorgarse tutela judicial a la minoría que se ha visto avasallada en el disfrute de sus derechos.





SÉPTIMO.- No vamos a variar el pronunciamiento efectuado en la primera instancia en lo que respecta a las costas del proceso. Es cierto que la parte actora efectuó en la audiencia previa una reducción de sus peticiones iniciales, pero eso no impide que este tribunal aprecie que lo perseguido por ella ha prosperado, al menos, en lo sustancial, y que, en cambio, el planteamiento sostenido en el seno de este proceso por la parte demandada ha resultado derrotado. Parece lógico que opere, en tal caso, el principio del vencimiento objetivo previsto en el nº 1 del artículo 394 de la LEC. No es obstáculo para ello que algunos de los pedimentos de partida de la parte demandante, frente a los que la parte demandada ni tan siquiera llegó a presentar contestación en tiempo y forma, quedaran apartados o enervados en la audiencia previa, porque lo relevante es el éxito obtenido en lo que constituía el núcleo de lo perseguido por el actor. Por ello la jurisprudencia viene considerando aplicable el principio del vencimiento en los supuestos de estimación, siquiera en lo sustancial, de una demanda ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003 , 17 de julio de 2003 , 24 de enero de 2005 , 26 de abril de 2005 , 6 y 9 de junio de 2006 y 9 de julio de 2007 ).

OCTAVO.- Las costas ocasionadas en la segunda instancia, tal como se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC que debe hacerse en los casos de decisión desestimatoria del recurso de apelación, las imponemos a la parte apelante.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

### FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad INVERSIONES MARPEL SL contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en el seno del proceso nº 492/2011.

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia

Contra la presente sentencia tienen las partes la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.