



Roj: **SAP LU 691/2020 - ECLI:ES:APLU:2020:691**

Id Cendoj: **27028370012020100489**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2020**

Nº de Recurso: **351/2019**

Nº de Resolución: **497/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LUGO**

Modelo: N10250

PLAZA AVILÉS S/N

-

**Teléfono:** 982294855 **Fax:** 982294834

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: DB

**N.I.G.** 27028 42 1 2018 0003898

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000351 /2019**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000990 /2018

Recurrente: PAZO DE VILLAD, S.L.

Procurador: ISABEL ANGELA CENDAN FERNANDEZ PEINADO

Abogado: DAVID VIDAL LORENZO

Recurrido: Sagrario

Procurador: NEREIDA GARCIA VILAR

Abogado: MARIA DEL CARMEN MEILAN GRANDE

**SENTENCIA Nº 497/2.020**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

Doña. MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS

En LUGO, a veintitrés de octubre de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000990/2018**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000351/2019**, en los que aparece como parte apelante, **PAZO DE VILLAD, S.L.**, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. ISABEL ANGELA



CENDAN FERNANDEZ PEINADO, asistido por el Abogado D. DAVID VIDAL LORENZO, y como parte apelada, **Doña. Sagrario**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. NEREIDA GARCIA VILAR, asistida por la Abogada Doña. MARIA DEL CARMEN MEILAN GRANDE, sobre impugnación de acuerdos sociales, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilm<sup>o</sup>a. D./D<sup>a</sup> MARIA INMACULADA GARCIA MAZAS.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO, se dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2019, en el procedimiento del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que, estimando la demanda interpuesta por doña Sagrario, representada por la Procuradora Sra. García Vilar, contra la entidad Pazo de Villabad SL, representada por la Procuradora Sra Cendán Fernández-Peinado, debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria de la citada entidad de fecha 29 de junio de 2017, acordando la inscripción de nulidad en el Registro Mercantil y, de haber sido inscritos, la nulidad de su inscripción en el Registro Mercantil y la de los que de estos traigan causa. Con imposición de costas a la actora", constando también auto aclaratorio de la anterior sentencia cuya parte dispositiva dice: "Acuerdo: Estimar la petición formulada por la actora de aclarar el fallo de la sentencia, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: Donde dice: "Con imposición de costas a la actora", debe decir "con imposición de costas a la parte demandada", que ha sido recurrido por la parte PAZO DE VILLAD, S.L..

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 22 de septiembre de 2020 a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, y

**PRIMERO.-** La representación procesal de Dña. Sagrario ejercita acción de impugnación de acuerdos sociales frente a la mercantil Pazo de Villabad S.L.

La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda y contra dicha decisión judicial presenta recurso de apelación la entidad demandada.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo a la resolución del recurso cabe poner de manifiesto lo siguiente:

El origen de la disputa se inició hace ya tiempo, cuando Dña. Sagrario en el año 2011 presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Lugo solicitando la disolución de la sociedad Pazo de Villabad por cese en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto social. La sentencia estimó la demanda acordando la disolución de la sociedad, que fue confirmada por esta Audiencia Provincial por sentencia de 8 de abril de 2014.

Dña. Sagrario interpuso una segunda demanda impugnando los acuerdos sociales del Pazo de Villabad adoptados en Junta general de 24 de junio de 2014: la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2013, la adopción del acuerdo de reactivación de la sociedad y el nombramiento de administradores sociales. Si bien la demanda se desestima en primera instancia, el recurso de apelación presentado ante esta Audiencia Provincial es estimado mediante sentencia de 23 de mayo de 2016, fundamentalmente por no haber desaparecido la causa de disolución de la sociedad al continuar ésta sin actividad.

Nuevamente, en el año 2015 Dña. Sagrario presenta demanda frente a la sociedad Pazo de Villabad impugnando los acuerdos sociales adoptados en Junta general de 29 de junio de 2015: aprobación de cuentas anuales del año 2014 y propuesta de aplicación de resultados. Se fundamenta la demanda en las circunstancias concurrentes detalladas en la fundamentación jurídica de la sentencia de 23 de mayo de 2016 para considerar contrarios al orden público los acuerdos impugnados, pues dicha sentencia declaró que "habrá de reconocerse al socio un interés jurídicamente tutelable a fin de que pueda impugnar los acuerdos contrarios a la extinción de la sociedad que impidan su liquidación en tanto en cuanto persista la realidad de la causa de disolución que previamente se había constatado". La formulación de cuentas del ejercicio 2014, al igual que las de 2013, no pretenden reflejar la imagen fiel de la sociedad, sino mantener la apariencia de una reactivación de la sociedad que no fue admitida en la resolución de 2016. La demanda fue desestimada en primera instancia y estimada en apelación, por sentencia de fecha 11 de abril de 2018.



En la actualidad, se encuentra pendiente de resolución, ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Lugo, la demanda interpuesta por Dña. Sagrario frente al Pazo de Villablad impugnando los acuerdos adoptados en Junta de 27 de junio de 2016: aprobación de las cuentas del año 2015 y acuerdo de reactivación de la sociedad.

**TERCERO.**- Alega el recurrente, en primer lugar, el error en el que incurre la Juzgadora de instancia al extrapolar las consideraciones de la sentencia de esta Audiencia Provincial de fecha 11 de abril de 2018, partiendo de que no han variado en esencia las circunstancias concurrentes en cuanto al funcionamiento de la entidad respecto de las situaciones valoradas en aquella sentencia, cuando lo cierto es que sí han variado, pues en este procedimiento lo que se impugna es el acuerdo de aprobación de las cuentas del ejercicio 2016, adoptado en Junta general de 20 de junio de 2017, acuerdo al que precedieron los adoptados en Junta de 27 de junio de 2016: aprobación de las cuentas del ejercicio 2015 y reactivación de la sociedad, que están impugnados, pero no anulados, por lo que ex lege despliegan todos sus efectos jurídicos.

Efectivamente, en este caso ha de darse la razón a la parte apelante. La situación examinada por la sentencia de 11 de abril de 2018 no puede considerarse análoga a la actual, pues en aquel proceso se impugnaban los acuerdos adoptados en Junta general de 29 de junio de 2015, en concreto la aprobación de cuentas anuales del año 2014 y la propuesta de aplicación de resultados, y la demanda se fundaba no sólo en que las cuentas anuales no reflejaran la imagen fiel, sino también en el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia de 23 de mayo de 2016, lo que confería legitimación activa a la demandante, como socia de la entidad demandada, para impugnar los acuerdos adoptados, por ser contrarios al orden público atendiendo a las circunstancias descritas en la sentencia de esta Audiencia Provincial de 23 de mayo de 2016, esto es, se pretende mantener la apariencia de una sociedad que continúa ejerciendo la actividad mercantil propia de su objeto social, sin acreditar dicha actividad, habiendo sido anulada la reactivación de la sociedad acordada en Junta general de 24 de junio de 2014 y la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2013, al igual que procede anular las del ejercicio del 2014 por ser aprobadas con infracción del orden público societario, al continuar la sociedad incurso en la misma causa de disolución.

Sin embargo, en el proceso actual, lo que se impugna es la aprobación de cuentas del ejercicio 2016, adoptada en Junta general de 20 de junio de 2017. En la medida en que los acuerdos de reactivación de la sociedad y aprobación de cuentas del ejercicio 2015, adoptados en Junta general de 27 de junio de 2016, están vigentes y surten efectos, al no haber sido anulados (ninguna sentencia se ha aportado que revele la finalización del procedimiento pendiente de resolución ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Lugo) implica partir de que la sociedad está desarrollando la actividad mercantil propia de su objeto social, porque el hecho de si realmente la sociedad continúa o no en causa de disolución, no es asunto que pueda ser valorado en este momento, sino en el seno del procedimiento mencionado, por lo que insistimos en que la situación en que nos hallamos es diferente a la comentada.

No procede, por tanto, extender el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia de 11 de abril de 2018 sobre el presente litigio, dado que el último acuerdo de reactivación de la sociedad aprobado en Junta general continua vigente.

**CUARTO.**- En atención a lo expuesto, hemos de entrar a valorar la legitimación activa de la demandante, porque nos hallamos ante una socia de la mercantil demandada que sólo ostenta el 0,06% del capital de la sociedad y el artículo 206 LSC exige para la impugnación de acuerdos sociales por los socios, que representen bien de forma individual, bien conjuntamente, al menos el 1% del capital ("Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital" art. 206.1 LSC).

Esta regla general tiene su excepción en el segundo párrafo del mencionado precepto que contempla la impugnación de acuerdos contrarios al orden público, donde estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, y con independencia de su participación en el capital social.

En el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, la contravención del orden público es la única excepción al régimen general de caducidad (el art. 205.1 LSC señala que "La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá"). Esto hace que su aplicación deba ser restrictiva, y así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias como las de 4 de marzo de 2002, de 29 de septiembre de 2003 o de 19 de julio de 2007, entre otras, al señalar que "el concepto de orden público debe ser aprehendido en sentido estricto, a fin de evitar que la excepción destruya la regla de la caducidad, sin duda establecida para la seguridad del tráfico".



La STS de 21 de febrero de 2006 señala que "el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento". Del mismo modo, la STS de 26 de septiembre de 2006 indica que "de aquí que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales".

Ahora bien, no basta con que se produzca la infracción de una norma imperativa para que el acuerdo pueda ser considerado contrario al orden público, sino que, como dice la sentencia de la AP de Madrid de 12 de julio de 2019, "hace falta un plus, es decir, que resulte inasumible que pueda consolidarse desde el punto de vista de los principios más esenciales que informan el ordenamiento jurídico español". Y ello porque por su causa (motivo al que responden y fin que persiguen), su contenido (a la vista de su tenor y alcance) o por las circunstancias de su adopción, impliquen o sirvan a actuaciones delictivas, de simulación, fraudulentas o vulneradoras de los derechos fundamentales de las personas o contraríen principios básicos informadores del ordenamiento jurídico (sentencia de AP de Murcia de 9 de julio de 2020).

Por lo tanto, no es suficiente con que se produzca la infracción de una norma imperativa para que el acuerdo pueda ser considerado contrario al orden público, sino que hace falta algo más, esto es, tales infracciones deben afectar a la esencia del sistema societario. También se incluirían en este concepto los acuerdos delictivos y aquellos que vulneren los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere al caso que nos ocupa, sostiene la parte actora que las cuentas anuales del ejercicio 2016 no reflejan la imagen fiel de la sociedad, pues disuelta la sociedad judicialmente dos veces consecutivas, vuelven a reactivarla produciéndose un abuso de derecho de los socios mayoritarios y un reiterado incumplimiento de las resoluciones judiciales, lo que supone un fraude de ley prohibido por el ordenamiento jurídico y un perjuicio a los derechos del socio minoritario, vulnerando sus derechos constitucionales, como es la tutela judicial efectiva.

Como decíamos antes, se reactivó la sociedad en Junta general de fecha 27 de junio de 2016, pues el artículo 370.1 LSC, permite la reactivación de la sociedad siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. Además "El acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos" (art. 370.2 LSC). Si se han cumplido o no los requisitos legalmente exigidos para esta reactivación es una cuestión que está siendo objeto de estudio por parte del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Lugo, donde Dña. Sagrario interpuso demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta arriba mencionada, frente al Pazo de Villabado, por lo que mientras que dicho acuerdo no sea declarado nulo, ha de considerarse válido y eficaz.

El informe pericial aportado por la parte actora sostiene la existencia de irregularidades contables, que si bien pueden llegar a ocasionar la nulidad de la aprobación de cuentas del ejercicio, en caso de no reflejar la imagen fiel de la sociedad, por infracción de los artículos 34 y siguientes del Código de Comercio, no pueden considerarse contrarias al orden público, dado el carácter restrictivo con el que el Tribunal Supremo aplica este concepto, reflejado en sentencias como la de 4 de marzo de 2002, de 26 de septiembre de 2006 o de 30 de mayo de 2007, donde se habla de orden público como un concepto sustentado especialmente en los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica. Y no existe en el presente caso vulneración de normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, ni a normas relativas a derechos fundamentales.

Afirma la demandante la existencia de un fraude de ley donde la norma de cobertura serían las normas societarias que permiten una reducción de capital por compensación de créditos, el aumento de capital y la aprobación de cuentas anuales por los socios mayoritarios, y la norma cuyo cumplimiento tratan de eludir serían aquellas normas imperativas que regulan la remoción de las causas de disolución de la sociedad, en cuanto a los principios contables e imagen fiel de la sociedad y en cuanto a los derechos del socio minoritario de obtener información y ganancia, y sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva pudiendo la demandante acudir a los tribunales a fin de que la sociedad se extinga.

Nuevamente, se está haciendo referencia a cuestiones que han tenido lugar con anterioridad al ejercicio cuya aprobación de cuentas es objeto de impugnación, y que fueron o pudieron haber sido objeto de reclamación en su día, no pudiendo afirmarse tampoco una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque la demandante ha ejercido con anterioridad, y lo está haciendo actualmente su derecho a acudir a los tribunales impugnando los acuerdos sociales que considera viciados de nulidad.

Ahora bien, en este caso concreto, la actora carece de legitimación activa, pues con carácter general, únicamente tendrán legitimación para impugnar los acuerdos sociales los administradores, los terceros que



acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital, de conformidad con el art. 206.1 LSC, y la demandante tan sólo es titular del 0,06% del capital social.

Se estima el recurso de apelación presentado.

**QUINTO.-** La estimación del recurso origina que no se condene en costas a ninguno de los litigantes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

## FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Lugo, y se revoca la sentencia apelada, acordando, en su lugar, la desestimación de la demanda.

No se hace especial imposición de las costas de segunda instancia.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J, si se hubiese constituido.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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