



Roj: **SAP PO 1465/2019 - ECLI:ES:APPO:2019:1465**

Id Cendoj: **36038370012019100358**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2019**

Nº de Recurso: **197/2019**

Nº de Resolución: **353/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Pontevedra, núm. 2, 06-07-2017 (proc. 17/2017),
SAP PO 1465/2019**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00353/2019

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PG

N.I.G. 36038 47 1 2017 0000021

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000197 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 2 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000017 /2017

Recurrente: GRANITOS MENDEZ Y CONTRUCCIONES SL

Procurador: LUCIA RODRIGUEZ GESTO

Abogado: JOSE IGNACIO LORENZO RUBIN

Recurrido: ARIDOS DE PEROXA SL

Procurador: JOSE FRANCISCO VAQUERO ALONSO

Abogado: ALFONSO PEREIRA SARDI

SENTENCIA Nº 353/19

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D..JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

En PONTEVEDRA, a trece de junio de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000017 /2017, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000197 /2019, en los que aparece como parte **APELANTE**, GRANITOS MENDEZ Y CONTRUCCIONES SL, representado por el Procurador de los tribunales, D^a. LUCIA RODRIGUEZ GESTO, asistido por el Abogado D. JOSE IGNACIO LORENZO RUBIN, y como parte **APELADA**, ARIDOS DE PEROXA SL, representado por el Procurador de los tribunales, D. JOSE FRANCISCO VAQUERO ALONSO, asistido por el Abogado D. ALFONSO PEREIRA SARDI, sobre Procedimiento Ordinario, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm.2 de Pontevedra, con fecha 06.07.17, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" **SE DESESTIMA LA DEMANDA** interpuesta por GRANITOS MÉNDEZ Y CONSTRUCCIONES S.L., asistida por el Letrado Sr. Lorenzo Rubín y representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Gesto contra la demandada, ÁRIDOS DA PEROXA S.L., representada por el Procurador Sr. Vaquero Alonso y defendida por el Letrado Sr. Pereira Sardi.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante"

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1 El presente recurso de apelación trae causa de la demanda formulada por el socio titular del 75% del capital social de la sociedad Áridos da Peroxa, S.L., en la que se pretendía un doble pronunciamiento: la nulidad de la " *escritura de disolución* " de la sociedad, fechada el día 23.10.15, y la nulidad de la cancelación registral, con la consecuencia de la " *reapertura del procedimiento de liquidación con el fin de que la misma sea realizada con arreglo al procedimiento legal previsto al efecto* ". Posteriormente, a lo largo del proceso, se matizó esta petición en el sentido de que lo que se ejercitaba era una acción de impugnación del acuerdo social de extinción y cancelación, ante las deficiencias de las que adolecía el proceso de liquidación, identificándose como objeto de la acción la escritura de cancelación que documenta el acuerdo social de extinción de la sociedad.

2 Como resumíamos en nuestro auto del pasado 10.5.2018 (en el que resolvimos la cuestión procesal atinente a la capacidad para ser parte de la sociedad demandada), se trataba de que el liquidador, -designado por el juzgado tras la disolución judicial de la sociedad, acordada por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, de 10.6.2009 -, habría cometido irregularidades sustanciales durante el proceso de liquidación, con el efecto de haberse cerrado éste en falso, produciéndose con ello una extinción irregular y una publicidad en el Registro igualmente ilegítima. En concreto, las irregularidades que se denunciaban eran: a) la falta de información a los socios de las actuaciones del liquidador; b) la irregularidad de las actuaciones llevadas a cabo por el liquidador ante el juzgado que acordó la disolución; c) la falta de celebración de junta general aprobatoria de las operaciones de liquidación; y d) las inexactitudes contenidas en una escritura pública otorgada por el liquidador el día 23.10.2015.

3 La sociedad demandada se opuso a la demanda. Tras insistir en que la disolución fue acordada judicialmente, el escrito de contestación sostenía que los socios fueron cumplidamente informados de las operaciones de liquidación, que se prolongaron inevitablemente por las dificultades del mercado, por la obstaculización del administrador de la demandante, D. Victoriano , y por las malas relaciones entre los socios. El escrito insistía en que el Sr. Victoriano fue parte en el proceso judicial de disolución, que las actuaciones del liquidador se sometieron a la autorización del juzgado, y que por esta vía tuvo conocimiento el Sr. Victoriano del balance final de liquidación y de la propuesta de reparto del haber social, cuya cuota llegó a hacer propia.

4 El acto del juicio se desarrolló con la presencia de dos testigos: la Sra. Belen , socia de la sociedad demandada, y el Sr. Jesús Ángel .

La sentencia de primera instancia.

5 La sentencia desestimó íntegramente la demanda. Tras el resumen de los hechos controvertidos y de las posiciones de las partes, el fundamento jurídico segundo contiene la argumentación que conduce a la decisión judicial. Seguidamente la sentencia extracta parcialmente el contenido de una RDGRN, subrayando



la importancia del informe final de liquidación, que ha de ser aprobado en junta general, con posibilidad de impugnación por los socios, así como de las obligaciones del liquidador que debe contener la escritura de liquidación que accede al registro. Seguidamente la sentencia examina la escritura pública de 23.10.2015, otorgada por el liquidador y que sirvió de base al asiento de cancelación y constata el hecho de que el liquidador hubiera sometido al juzgado, el 3.10.12, el balance final de liquidación sin que se hiciera oposición por ninguno de los socios. Finalmente, la sentencia considera que si las manifestaciones realizadas por el liquidador en la referida escritura de 2015 no fueran ciertas, quedaría expedita la vía del ejercicio de acciones de responsabilidad contra el liquidador. Finaliza la sentencia con una cita doctrinal en la que se apunta la tesis de que como los socios pueden tras la cancelación de los asientos ejercitar acciones en defensa de su cuota, carece de sentido accionar en contra de la corrección del proceso de liquidación.

Recurso de apelación sostenido por la representación demandante.

6 El recurso sostiene la compatibilidad de la acción ejercitada con la posibilidad de ejercicio de acciones de responsabilidad contra el liquidador. El recurrente pone de manifiesto que el proceso de disolución concluyó con el auto del juzgado de lo mercantil en el que se declaró la disolución y consiguiente apertura del proceso liquidatorio, y reitera las irregularidades que relacionaba la demanda cometidas durante su desarrollo, en particular la falta de convocatoria y de celebración de junta general aprobatoria del balance final. También se destaca que se ha incumplido el trámite del art. 395 LSC, al incorporarse manifestaciones falsas a la escritura pública de cancelación. Finalmente se cuestiona la imposición de las costas al demandante.

Valoración de la Sala.

7 Como es sabido, la disolución de la sociedad marca el momento inicial del proceso extintivo de la personalidad jurídica, y supone el tránsito a la fase de liquidación. La liquidación es un estado jurídico que se prolonga en el tiempo, dirigido a desvincular el patrimonio de la sociedad para repartirlo entre los socios. La LSC, superando la escasa regulación previgente, diferencia en la disolución sus diferentes formas, en función de los requisitos exigidos para cada una de ellas. Así, la ley distingue entre disolución de pleno derecho, disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria, y disolución por mero acuerdo de la junta general, como órgano soberano de la sociedad. En cuanto a la forma de practicarse, el art. 362 LSC establece que las sociedades se disolverán por existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta, o por resolución judicial. En todos los casos su efecto es el mismo: la apertura del proceso de liquidación.

8 La disolución, en el caso de la disolución voluntaria, es una facultad de los socios, que pueden adoptarla en cualquier momento en junta, mediante acuerdo adoptado en el órgano soberano de la sociedad, con los requisitos establecidos para la modificación de estatutos. Pero al margen de este supuesto, contemplado en el art. 368 LSC, la disolución se presenta como una rigurosa obligación, sujeta a la concurrencia de estrictos supuestos normativos, al punto de que, como es sabido, si concurriendo causa legal de disolución, los administradores no convocan en dos meses junta para adoptar, en su caso, el pertinente acuerdo, o si no solicitan la disolución judicial o el concurso en dos meses desde la fecha prevista para la celebración de la junta si ésta no se hubiere celebrado, o desde su celebración, si el acuerdo no se hubiere adoptado, incurrirán en la responsabilidad solidaria que hoy contempla el art. 367 LSC.

9 En relación con el cauce procedimental para llevar a efecto la liquidación, superada la exigencia tradicional de haber de promover un proceso declarativo, la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV, Ley 15/2015, de 2.7) ha incluido un expediente específico para lograr la disolución judicial de las sociedades mercantiles en los casos en los que la disolución resulte obligatoria, y no se hubiera acordado por los socios, esto es, en los casos en los que la junta no fuere convocada, no se celebrara, o no adoptara el acuerdo de disolución (cfr. Art. 366.1). La legitimación activa corresponde a "cualquier interesado", según el art. 366.1 LSC; el art. 126.2 LJV concreta el concepto al precisar que la legitimación se atribuye a los administradores, a los socios o a cualquier interesado, en línea con lo previsto en la LSC.

10 Durante la liquidación societaria, la personalidad jurídica de la sociedad subsiste, conservando ésta sus atributos (domicilio, denominación, patrimonio), pero cambia su órgano de administración, que queda reemplazado por el nombramiento de uno o varios liquidadores. La liquidación opera automáticamente un cambio en el fin social (o en la forma de explotar su objeto), pues la actividad social ya no se encamina a la explotación del objeto social, si no a la ejecución de las operaciones de liquidación, lo que determina a su vez importantes cambios de régimen jurídico en relación con la esfera interna.

11 En el caso se está en presencia de una disolución acordada judicialmente, y consiguientemente ante una apertura judicial del proceso de liquidación, con nombramiento de liquidador por el juzgado (auto del juzgado nº 1, de 10.6.2009). Firme dicha resolución, tal como establece el art. 371.1 LSC, la sociedad entró en período de liquidación de manera necesaria.



12 Hemos considerado en resoluciones anteriores, que con dicho pronunciamiento, -disolución judicial y apertura del proceso de liquidación-, la intervención judicial agota su objeto. El problema está en el *enforcement* de la resolución que acuerda disolución, cuando la sociedad (sus administradores, los liquidadores, o los socios mayoritarios) incumplen su contenido y no acometen la ejecución del procedimiento liquidatorio. Ello es así porque la resolución que declara la disolución y consiguiente apertura de la liquidación (en la que se procederá al nombramiento de liquidador, según el art. 128 LJV , y se ordenará la inscripción en el Registro Mercantil) no es una resolución de condena y como tal, en puridad procesal, no es susceptible de ejecución forzosa (en puridad se trataría de un procedimiento constitutivo, según opinión mayoritaria; vid. autos AP Barcelona (15ª) de 27 de junio de 2015 , 3 de mayo de 2012 , 4 de diciembre de 2008 , 22 de diciembre de 2006 ;); Audiencia Provincial de Zamora (Auto de 31 de marzo de 2004); Cádiz, de 28 de septiembre de 2007); Las Palmas, de 2 de octubre de 2009 ; o de Madrid, 8 de septiembre de 2005). En el mismo sentido la RDGRN de 12 de marzo de 2001, sostiene que la sentencia firme que acuerda la disolución judicial es constitutiva, por lo que ordena su inscripción. Por tanto, como bien hizo constar el juzgado en la diligencia de 6.6.16, el proceso judicial agotó sus efectos con el auto que declaró la disolución, abrió la liquidación, designó liquidador, y ordenó la correspondiente inscripción.

13 Si así son las cosas, las alegaciones de la recurrida y las propias consideraciones de la sentencia respecto de la comunicación por parte del liquidador de sus actuaciones, o el sometimiento de sus decisiones a la consideración judicial, carecen de valor alguno. El juez que acordó la disolución, que podía llevar a efecto actuaciones de ejecución impropia, no debe velar por la corrección del proceso de liquidación, cuya realización incumbe fundamentalmente al liquidador en la forma prevista en los arts. 383 y ss. LSC. Por tanto, el hecho de que se hubieran comunicado por el liquidador las escrituras de 18.12.13 o 23.10.15 , carece de relevancia alguna a efectos de la posible sanación de los vicios de que aquellos actos pudieran adolecer. De la misma manera, la falta de impugnación por parte del socio ahora demandante, no le cerraba ninguna posibilidad procesal de actuación. De otro lado, no consta que la sociedad instante del presente procedimiento hubiera sido parte en el proceso de disolución, contrariamente a lo que sostiene la parte apelada.

14 El análisis de las dos escrituras en cuestión pone de manifiesto que las operaciones de liquidación no se ajustaron a las previsiones legales. La escritura de 18.12.13 constituye simplemente la protocolización del auto que acordó la disolución, hecho en sí mismo inocuo e irrelevante. Y la escritura pública de 23.10.15 constituye un acta de manifestaciones del liquidador que no satisface tampoco las exigencias legales previstas en los arts. 383 y ss. LSC , en particular del art. 395, sobre el contenido imperativo de la escritura pública de extinción de la sociedad. De su contenido se toma conocimiento de la realidad de los hechos alegados en la demanda, pues el liquidador manifiesta que en lugar de someter el balance final y su gestión al control de la junta general, lo sometió al juez que acordó la disolución, lo que ya hemos dicho que no resulta posible.

15 Llegados a este punto, la cuestión estriba en determinar si el socio disconforme con la conducta del liquidador, y con el proceso de liquidación que condujo a la extinción de la sociedad, con la consiguiente cancelación de sus asientos, cuenta con una acción autónoma para revertir el proceso, si en él se han cometido irregularidades. Ello, lógicamente, al margen del ejercicio de acciones de responsabilidad contra el liquidador, expresamente previstas en la ley. Creemos que la respuesta es positiva, desde el momento en que es la propia LSC la que establece esta posibilidad. Así, el art. 390 contempla expresamente la posibilidad de que los socios puedan impugnar el acuerdo aprobatorio del balance final, del informe completo sobre las operaciones de liquidación, y sobre el proyecto de división del activo resultante. Es, en consecuencia, la junta general el órgano competente para aprobar o rechazar tales documentos, censurando así la actuación del liquidador (lo que no supone en todos los casos, necesariamente, que las funciones del liquidador o que las operaciones de liquidación concluyan en ese preciso instante). En su momento, la concesión del plazo de impugnación de estos actos constituyó una novedad respecto del régimen general de la impugnación de acuerdos sociales, que diferenciaba, en la redacción originaria de la LSC, entre acuerdos nulos y anulables. Hoy, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, la norma es todavía más extravagante, en relación con el plazo general de un año para la impugnación de los acuerdos sociales.

16 Entendemos, además, que esta forma de censura de la cuenta de cierre de la liquidación, prevista en el art. 390 LSC no agota todas las posibilidades procesales de actuación del socio disconforme. Consideramos que, no existiendo previsión legal expresa en contrario, resultarán aplicables las normas generales de la impugnación de los acuerdos sociales, previstas en los arts. 204 y ss. LSC , con su consiguiente adaptación a las peculiaridades de cada caso concreto.

17 El problema que surge ahora es el de cómo resolver la cuestión en el caso, -como el que ocupa-, en el que el liquidador no haya sometido a la junta general la cuenta de cierre y, como sucede en el supuesto enjuiciado, se halla llevado a efecto la liquidación apartándose de las normas legales imperativas. En tal caso, el ejercicio de una acción declarativa resulta la única vía posible. Constatado el incumplimiento de las normas legales



y, en consecuencia, la inexactitud de las menciones de la escritura de cancelación, así como la ineficacia de éstas para conducir a la cancelación de la sociedad, lo procedente es la estimación de la demanda, con la consecuencia de la declaración de nulidad de la escritura de 23.10.2015, la reversión del proceso al momento de la obligada convocatoria de la junta general prevista en el art. 390 LSC , y la consiguiente reversión de la inscripción en el registro, debiendo continuar la liquidación con arreglo a las disposiciones legales. El recurso se ha de ver estimado.

18 La estimación del recurso determina también la revocación del pronunciamiento en costas de la sentencia de primera instancia, sin pronunciamiento respecto de las devengadas en la alzada. Procédase a la restitución del depósito constituido.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimamos el recurso de apelación formulado por GRANITOS Belen Y CONSTRUCCIONES SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, en los autos de juicio ordinario registrados bajo el número 17/2017, y en su consecuencia estimamos la demanda presentada por dicha representación con el efecto de declarar la nulidad de la escritura pública de 23.10.2015, otorgada ante el notario Sr. Rodríguez González, nº 3.097 de su protocolo, así como de la inscripción de la misma y del asiento de cancelación de la sociedad demandada en el Registro Mercantil de Pontevedra, debiendo continuar el proceso de liquidación societaria con arreglo a las disposiciones legales. Condenamos a la sociedad demandada al pago de las costas de la primera instancia, sin pronunciamiento respecto de las devengadas en esta alzada. Procédase a la restitución del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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