



Roj: **SAP M 14038/2017 - ECLI:ES:APM:2017:14038**

Id Cendoj: **28079370282017100405**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/10/2017**

Nº de Recurso: **620/2015**

Nº de Resolución: **454/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0245359

**ROLLO DE APELACIÓN: 620/15 .**

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 279/2012.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

**Parte recurrente/impugnada :** DON Rodrigo

Procurador: Don Ramón Valentín Iglesias Arauzo.

Letrado: Don Luis Manuel Iglesias Arauzo.

**Parte recurrida/impugnante :** DON Luis Antonio

Procurador: Doña Olga López Mirayo.

Letrado: Don Ricardo Callejo García.

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ**

**D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**

**D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ**

**SENTENCIA N° 454/2017**

En Madrid, a veinte de octubre de dos mil diecisiete.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 620/15, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2015 dictada en el juicio ordinario núm. 279/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante impugnada, DON Rodrigo ; y como apelada impugnante, DON Luis Antonio , ambos defendidos y representados por los profesionales antes relacionados, sin que haya comparecido en esta alzada la codemandada "RESIDENCIAL LIVERSON, S.L.", declarada en rebeldía en la primera instancia.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de don Rodrigo contra la entidad "RESIDENCIAL LIVERSON, S.L.", en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictara sentencia por la que se acordase:

*"1.- Se declare la disolución de la sociedad RESIDENCIAL LIVERSON SL. por concurrir la causa prevista en el artículo 363.1 de el (sic) TRLSC.*

*2.- Se designe Liquidador de la Sociedad de conformidad con lo establecido en el artículo de los Estatutos.*

*3.- Se ordene la inscripción de la sentencia y en especial la declaración de disolución y nombramiento de liquidador en el Registro Mercantil de la provincia de Madrid, así como cuánto de más proceda en derecho incluida la publicación en el BORM.*

*4.- Se impongan las costas procesales."*

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2015 , aclarada por auto de 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"Que, desestimando la demanda interpuesta por D. Rodrigo , debo absolver y absuelvo a la demandada de los pronunciamientos efectuados en su contra sin expresa condena en costas."*

**TERCERO** .- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación del demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso el interviniente como demandado don Luis Antonio que, además, impugnó la sentencia. Admitido el recurso y la impugnación por el mencionado juzgado y tramitados en forma legal, han dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 19 de octubre de 2017.

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

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Don Rodrigo , titular del 50% del capital social de la mercantil "RESIDENCIAL LIVERSON, S.L." y administrador mancomunado de la misma, formuló demanda contra la referida entidad en la que ejerció la acción de disolución de la sociedad. Durante la tramitación del procedimiento en primera instancia se personó como interesado en calidad de demandado don Luis Antonio , titular del otro 50% del capital social y administrador mancomunado de esa entidad junto con el demandante.

En la demanda se alegaba como causa de disolución la paralización de los órganos sociales de modo que resulta imposible su funcionamiento con apoyo del artículo 363.1.d del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , en la redacción del precepto tras la reforma operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda al considerar que el actor, antes de optar por la vía judicial, debía de haber intentado la convocatoria de la junta general para que ésta decidiera sobre la disolución de la sociedad, sin que conste en autos la imposibilidad de convocar la junta o la negativa del otro administrador a convocarla ni tampoco la solicitud infructuosa de la convocatoria efectuada por el socio y administrador demandante. En definitiva, considera la sentencia que, al menos, la previa solicitud de convocatoria de la junta constituye requisito para el ejercicio de la acción de disolución cuyo cumplimiento en el caso de autos no se ha acreditado. En consecuencia, la sentencia desestima la demanda pero sin efectuar expresa imposición de las costas procesales al considerar que el asunto presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Contra la sentencia se alza la parte actora que interesa su revocación y la íntegra estimación de la demanda alegando que el actor mediante burofax de fecha 13 de marzo del año 2012, remitido al otro administrador, solicitó que se procediera a la disolución de la sociedad. Señala, además, que está también aportada copia de la querrela presentada por el demandante contra el otro socio y administrador, al que le imputaba los presuntos delitos de estafa y apropiación indebida, lo que evidencia la falta de entendimiento y confianza entre los socios y administradores, y justifica la acción de disolución ejercitada con independencia de que las referidas diligencias penales hayan sido archivadas. Sobre estas premisas el recurrente imputa a la sentencia falta de congruencia y motivación con infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como



de los artículos 317 , 319 , 324 y 325 en relación con los artículos 268 , 326 y 328 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Don Luis Antonio se opone al recurso de apelación e impugna la sentencia para que se impongan las costas a la parte actora al rechazar la existencia de serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio.

**SEGUNDO** .- La sentencia apelada considera que no se ha cumplido el requisito habilitante para el ejercicio de la acción de disolución previsto en el artículo 366.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital al no haberse ni siquiera solicitado por el demandante, socio y administrador mancomunado de la sociedad, la convocatoria de la junta general para que ésta acordara, en su caso, la disolución de la sociedad por concurrir la causa legal de disolución consistente en la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento, con cita del artículo 363.1.d del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Conforme al artículo 364 de la citada ley , cuando concurra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad ésta requerirá el acuerdo de la junta general adoptado con las mayorías correspondientes

Por ello, el artículo 365.1 impone a los administradores el deber de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, para que ésta inste el concurso. Añade el precepto que: "*Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente*".

Por último, el artículo 366 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , señala que: "**1. Si la junta no fuera convocada** , no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

**2. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.**

*La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado*".

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, lo que tuvo lugar el día 23 de julio de 2015, la solicitud de disolución judicial se sustancia como expediente de jurisdicción voluntaria en material mercantil, lo que no resulta de aplicación al caso de autos por razones temporales.

La parte apelante, sin cuestionar el requisito exigido por la sentencia apelada para el ejercicio de la acción de disolución judicial consistente en la previa solicitud de celebración de la junta sin que ésta fuera convocada -o, en su caso, la no celebración pese a haber sido convocada o la no adopción del acuerdo de disolución-, considera que ese requisito quedó oportunamente cumplido mediante el burofax de fecha 13 de marzo de 2012, remitido por el demandante al otro socio y administrador, por el que solicitaba que en el plazo de 24 horas se procediera a la liquidación de la sociedad. Además, entiende que la situación de bloqueo queda evidenciada mediante la querrela interpuesta por el demandante contra el otro socio por los presuntos delitos de estafa y apropiación indebida.

Planteado el debate en esta instancia en los términos indicados, el recurso debe ser desestimado, sencillamente, porque, en contra de lo afirmado por el apelante, no existe el menor rastro en autos del burofax al que se refiere la parte recurrente.

Si el apelante quisiera referirse al documento nº 12 acompañado a la demanda, burofax de fecha 29 de marzo de 2010, enviado al otro administrador el día 7 de abril de 2010, lo único que pone de manifiesto es que el letrado de la parte actora había recibido el encargo del demandante de liquidar la sociedad y mediante esa comunicación se pone en contacto con el otro socio y administrador para llegar a un acuerdo extrajudicial. No se insta la convocatoria de junta para decidir sobre la disolución de la sociedad sino que lo que se pretende es llegar a un acuerdo sobre la liquidación. En definitiva, sobre la existencia de un crédito de la sociedad por importe de 250.000 euros frente a otra entidad que es realmente la discrepancia que existe entre los socios.

De forma un tanto confusa y contradictoria con la afirmación del efectivo requerimiento de convocatoria de junta para decidir sobre la disolución de la sociedad, el apelante considera que la sentencia impone a la parte actora una prueba diabólica en tanto que todas las comunicaciones que se han enviado al domicilio social para instar la disolución de la sociedad han sido rechazadas. El argumento no se sostiene pues bastaba al demandante con acreditar el envío de la comunicación y su falta de recepción por el otro administrador. Por lo demás, como resulta de los autos ninguna dificultad tenía el demandante para ponerse en contacto con el otro socio y administrador de la sociedad.



La sentencia apelada no resulta incongruente ni adolece de falta de motivación. Otra cosa es que no satisfaga a la parte apelante. La resolución desestima la demanda al considerar que el actor, antes de optar por la vía judicial, debía de haber intentado la convocatoria de la junta general para que ésta decidiera sobre la disolución de la sociedad, sin que conste en autos la imposibilidad o negativa a la convocatoria de la junta o la solicitud infructuosa de la convocatoria efectuada por el socio y administrador.

La resolución es completamente congruente con las pretensiones de las partes y está debidamente motivada por lo que no infringe el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo demás, el apelante, sin el menor desarrollo argumental, afirma que la sentencia infringe los artículos 317 , 319 , 324 y 325 en relación con los artículos 268 , 326 y 328 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , estos últimos en cuanto a la falta de valoración y apreciación de las pruebas practicadas y la admisión como prueba de documentos y testigos que carecen de tal concepto. Al margen de que ni siquiera se admitió la prueba testifical propuesta por la parte demandada, el apelante no explica las infracciones que denuncia, lo que conduce a rechazar de plano la infracción apodícticamente afirmada por el apelante.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación.

**TERCERO .-** A mayor abundamiento, tampoco ha resultado cumplidamente acreditada la causa de disolución invocada, esto es, la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

Como ya ha reiterado este tribunal en ocasiones anteriores (sentencias de 8 de mayo y 17 de junio de 2008 y 3 de junio de 2011 ), cuando de la disolución de una sociedad se trata por concurrir causa legal de disolución deben deslindarse dos planos, a saber: el de la realidad objetiva (paralización efectiva e insuperable de los órganos sociales) y el subjetivo (atribución de culpas respecto al proceso desencadenante de aquella realidad objetiva), siendo irrelevante el segundo de los aspectos mencionados en aquellos procesos cuyo objeto consiste en constatar y decidir sobre la efectiva existencia de la causa legal de disolución de la sociedad.

Por otra parte, en la sentencia de este tribunal de 17 de mayo de 2007 , citada en las anteriormente reseñadas, se indica, con apoyo en abundante jurisprudencia, lo siguiente: *"... que lo único que afecta a la pertinencia de la declaración de disolución es que se constate la paralización, de manera que resulta improcedente buscar grupos responsables del enfrentamiento y vincular la procedencia o no de la disolución a la imputabilidad de dicho enfrentamiento, como se pretende. La causa se fundamenta en la desaparición de la affectio societatis, entendido como desenvolvimiento de su objeto en el marco del contrato societario, por más que se continúe desarrollando alguna actividad, teniendo en cuenta además que la actividad empresarial exige la exteriorización de la voluntad social para poder cumplir tanto su fin como sus diferentes objetivos ( STS de 10 de junio de 1.999 ). El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del citado precepto los supuestos de patente hostilidad entre los socios que impiden la gestión y adopción de acuerdos sociales. En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1995 que sienta la doctrina siguiente: "Esta mención que se hace de la paralización de los órganos sociales como causa de disolución de la sociedad, es el criterio que desde antiguo viene manteniendo la doctrina jurisprudencial, siendo señera a este respecto la citada sentencia de 15 de febrero de 1982 , que resume la doctrina sentada en las de 3 de julio de 1967 ; 25 de octubre de 1963 y 18 de enero y 13 de febrero de 1962 . La doctrina queda expuesta de la siguiente forma: "si en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, integrada solo por dos socios, con igual participación e idénticas facultades de administración, al surgir desacuerdos entre los mismos podía acordarse su disolución, impetrada por uno de los socios con la oposición del otro, llegando a la conclusión afirmativa, y ello por cuanto, ante tan encontradas posturas, no podía adoptarse ninguna decisión que permitiera el desarrollo del fin social"; siendo igualmente manifestación de la misma las Sentencias de 5 de junio de 1978 , 2 de marzo de 1998 y la de 7 de abril de 2000 que, en la misma línea expuesta, consideran como legítima causa de disolución la situación de discrepancia y hostilidad entre los socios que impide adoptar acuerdos sociales y gestionar la sociedad. Y la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000 , en relación a la actuación obstructiva de algún socio, establece lo siguiente: "Lo resuelto por la sentencia aquí recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) está en total concordancia con la doctrina que, para supuestos similares, tiene proclamada esta Sala (Sentencias de 3 de julio de 1967 , 5 de junio de 1978 , 25 de julio de 1995 ), el espíritu de cuya doctrina (aunque dictada para supuestos en que los dos únicos socios tenían iguales participaciones sociales) es igualmente aplicable a aquellos casos en el que, como aquí nos ocupa, aunque las participaciones sociales de los dos únicos socios no sean iguales, la labor obstructiva de uno de ellos, por la patente hostilidad existente entre ambos, impida la adopción de determinados y fundamentales acuerdos sociales para cuya aprobación se exige un «quorum» especial o cualificado (aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión o transformación de la misma, su disolución o la modificación de la escritura social), con la consiguiente paralización del funcionamiento de los órganos sociales y la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social". Como señala la Sentencia de esta Audiencia de 19 de mayo de 2003, Sec. 18 ª, "el motivo del socio por el que ello (la falta de la necesaria "affectio societatis") sea así no es constitutivo para la apreciación de la*





conurrencia de la causa de disolución que el propio precepto, art. 104.1 c) LSRL establece como meramente objetiva, esto es, que basta con la acreditación de que se da una paralización de los órganos sociales siempre que resulte imposible su funcionamiento (...)"

En el supuesto de autos no se discute que la sociedad demandada está integrada por dos únicos socios que se reparten al 50% el capital social, socios que, además, son los administradores mancomunados de la entidad. Igualmente se admite que los socios y administradores discrepan sobre la existencia de un activo social consistente en un crédito por importe de 250.000 euros frente a la entidad "PROMOCIONES 16 DE MAYO, S.L.", lo que ha originado incluso la interposición por el aquí apelante contra el apelado de la querrela a la que antes se ha hecho referencia, que ha sido archivada. El apelante lo que sostiene es que la sociedad "RESIDENCIAL LIVERSON, S.L." transfirió la suma de 250.000 euros a la entidad "PROMOCIONES 16 DE MAYO, S.L." con el objeto de participar en determinado negocio mientras que el apelado solo admite la entrega de 100.000 euros, siendo aportada por el propio apelado el resto de la cantidad hasta completar la suma de 250.000 euros.

Al margen de ese conflicto, no consta que no haya sido posible convocar la junta general ni, menos aún, que no se hayan podido adoptar acuerdos en su seno. Tampoco que el órgano de administración no pueda funcionar cuando no se ha acreditado que no se han podido adoptar acuerdos o convocar la junta general.

Para acreditar tales circunstancias bastaba con haber aportado la prueba de la que resultarían los intentos de reunir el órgano de administración o la imposibilidad de adoptar acuerdos en su seno o en la junta general por el voto discrepante de los socios y administradores

Por otra parte, el apelado manifiesta que no tendría obstáculo alguno en convocar una junta general para que los socios decidieran sobre la disolución de la sociedad, por mera voluntad de los socios. Cuestión distinta es la decisión sobre la existencia del derecho de crédito por importe de 250.000 euros contra la entidad "PROMOCIONES 16 DE MAYO, S.L.", lo que es una cuestión a solventar en liquidación.

**CUARTO** .- La parte apelada impugna el pronunciamiento de la sentencia por el que no se efectúa expresa imposición de las costas procesales al apreciar serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio fundadas en la más que probable concurrencia de la causa de disolución invocada.

El sistema general de imposición de costas recogido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento se basa en el principio de vencimiento objetivo matizado con dos pautas limitativas.

La primera limitación opera en caso de íntegra -o sustancial- estimación o de desestimación de la demanda en cuyo caso la parte vencida puede eludir la condena en costas cuando el supuesto enjuiciado presente serias dudas de hecho o de derecho ( artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado .

La segunda limitación resulta de aplicación en caso de estimación parcial de la demanda en cuyo caso, pese a que el principio de vencimiento exige que no se impongan las costas procesales a ninguna de las parte, pueden imponerse a una de ellas si se aprecia que hubiera méritos para su imposición por haber litigado con temeridad ( artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) .

En lo que aquí interesa, como ya hemos indicado en distintas resoluciones, entre otras, autos de 25 de septiembre de 2009 y 18 de marzo de 2011, las dudas de derecho exigen, como presupuesto de fondo, una notable complejidad jurídica, de modo que las normas aplicables al supuesto de hecho estén sujetas a diversas interpretaciones, pudiendo fundarse también en la inexistencia de pronunciamientos consolidados sobre la materia o en la existencia de divergentes pronunciamientos sobre la cuestión por parte de distintos tribunales. En todo caso, además, se precisa que la duda sea seria, esto es, que sea trascendente, importante, grave y digna de consideración con relación a los hechos controvertidos sobre los que deba proyectarse la norma aplicable para la resolución del litigio.

Dado que la *ratio decidendi* que justifica la desestimación de la demanda es la falta del previo intento de convocatoria de la junta general para que decidiera sobre la disolución de la sociedad, requisito que no se ha cuestionado, lo cierto es que la resolución del litigio no presentaba serias dudas de derecho. Tampoco de hecho pues, sencillamente, no existe la menor duda sobre el hecho de que la parte actora no ha dado cumplimiento a dicho requisito.

La sentencia no debía justificar la no imposición de costas en un hecho extraño a la causa que fundamenta la desestimación de la demanda como lo era la probable concurrencia de la causa de disolución invocada en la demanda, impresión por otra parte no compartida por el tribunal como ya ha quedado expuesto.

Debe, en consecuencia, revocarse el pronunciamiento impugnado para, en su lugar, imponer a la parte actora las costas causadas en la instancia precedente.



**QUINTO** .- Desestimado el recurso de apelación deben imponerse al apelante las costas derivadas de su recurso, tal y como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

No procede efectuar especial pronunciamiento en costas respecto de la impugnación de la sentencia, al así preverlo el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de estimación total o parcial del recurso de apelación, en este caso, de la impugnación de la sentencia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador Ramón Valentín Iglesias Arauzo en nombre y representación de **DON Rodrigo** contra la sentencia dictada el día 7 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid , en el procedimiento núm. 279/2012 del que este rollo dimana.

2.- Estimar la impugnación de la sentencia formulada por la procuradora doña Olga López Mirayo en nombre y representación de **DON Luis Antonio** para dejar sin efecto el pronunciamiento por el que no se imponen las costas procesales a ninguna de la partes y, en su lugar, condenamos a la parte actora al pago de las costas procesales causadas en primera instancia a la parte demandada.

3.- Imponer al apelante las costas derivadas de su recurso, sin hacer especial pronunciamiento respecto de las causadas con la impugnación de la sentencia.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho y nueve de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución al impugnante del depósito consignado para recurrir y se acuerda la pérdida del constituido por la parte apelante, al que se le dará el destino legal.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá 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.