



Roj: **SAP M 1047/2019 - ECLI:ES:APM:2019:1047**

Id Cendoj: **28079370282019100097**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **28/01/2019**

Nº de Recurso: **1149/2017**

Nº de Resolución: **37/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

ROLLO DE APELACIÓN Nº 1149/2017 .

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 605/2014.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid.

Parte recurrente: D. Marcial

Procuradora: D^a María José Arranz de Diego

Letrado: D^a Beatriz Gallego Puértolas

Parte recurrida: SPICE OF LIFE, S.L.

Procurador: D. Antonio Barreiro-Meiro

Letrado: D. Francisco Muñoz Arribas

Parte recurrida/impugnante: EL MIRADOR DE LA CEA, S.L.

Procurador: D. Javier Domínguez López

Letrado: D. Luis Bazán

SENTENCIA nº 37/2019

En Madrid, a veintiocho de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Pedro María Gómez Sánchez, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 605/2014 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid, pendientes en esta instancia al haber sido apelada e impugnada la Sentencia que dictó el Juzgado el día diecinueve de febrero de dos mil dieciséis.

Ha comparecido en esta alzada la demandante, SPICE OF LIFE, S.L., representada por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro y asistida del Letrado D. Francisco Muñoz Arribas, así como la demandada EL MIRADOR DE LA CEA, S.L., representada por el Procurador D. Javier Domínguez López y asistida del Letrado D. Luis Bazán; y D. Marcial , representado por la Procuradora D^a María José Arranz de Diego y asistido de la Letrada D^a Beatriz Gallego Puértolas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Estimar la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Antonio Barreiro- Meiro Barbero en nombre y



representación de Spice of Life, S.L. contra El Mirador de la Cea, S.L. y don Marcial y declarar la nulidad del acuerdo contenido en el punto segundo del orden del día de la Junta General de Socios celebrada el 9 de agosto de 2013 y acordar la cancelación de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil, así como, la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con la misma y condenar a los demandados al pago de las costas procesales."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia se interpuso recurso de apelación y se formalizó impugnación y, evacuados los traslados correspondientes, se presentaron los respectivos escritos, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día veinticuatro de enero de dos mil diecinueve.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La mercantil SPICE OF LIFE, S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra EL MIRADOR DE LA CEA, S.L. por la que solicitaba la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de socios celebrada en fecha 9 de agosto de 2013 los ser contrarios a la ley, si bien en el acto de la audiencia previa se limitó dicha declaración al acuerdo adoptado en relación al punto segundo del orden del día.

En la demanda se interesó la notificación de la demanda a D. Marcial como accionista minoritario que votó a favor del acuerdo a los efectos previstos en el artículo 206.4 TRLSC.

La sociedad demandada se constituyó el 5 de abril de 2013 por tres socios:

D. Rosendo , casado con D^a Catalina , titular de participaciones representativas de un 35% del capital social.

SPICE OF LIFE, S.L., sociedad controlada y administrada por D^a Catalina , titular de participaciones sociales representativas de un 35% del capital social.

D. Marcial , titular de participaciones representativas de un 30% del capital social y administrador único de la sociedad.

Ante las diferencias existentes entre los dos grupos de socios, el Sr. Marcial propuso que se le abonase la suma de 47.000 euros como si de una indemnización se tratase por su cese como administrador.

En fecha 9 de agosto de 2013 se celebra Junta General de socios con el carácter de junta universal en la que se acordó incluir en los Estatutos sociales un nuevo artículo 13 bis, con el siguiente contenido:

"El cargo de administrador podrá ser remunerado la remuneración la fijará libremente la junta general por mayoría del 70% y no consistirá en una parte en beneficios".

En relación al punto segundo de los asuntos a tratar se acordó por unanimidad de los socios aceptar la dimisión del administrador único D. Marcial y remunerar al Sr. Marcial indemnizándole con la cantidad de 800 euros al mes, pagaderos a partir del mes de septiembre de 2013 hasta alcanzar la cantidad de 47.000 euros.

En el acta de la Junta se incluye la siguiente declaración del Sr. Marcial :

Declara que la mercantil no adeuda cantidad alguna ni a él ni a ninguna persona vinculada con él y más concretamente a Cristier, S.L. y a su hija D^a Enma y que, de haberla, renuncia a la misma en su representación en este acto. En relación con D^a Enma asegura que con fecha 1 de agosto ha sido cedida a Cristier, S.L. con acuerdo de la Sra. Enma de Cristier, y se compromete a pagar a "El Mirador de la Cea, S.L." cualquier cantidad en concepto de salario, vacaciones o indemnización que D^a Enma pudiera reclamar a "El Mirador de la Cea, S.L."

Los presentes renuncian en ese acto "a cualquier reclamación por conceptos distintos de los señalados en este documento, tanto como socio que como administrador".

En esa Junta se nombró nuevo administrador único a la mercantil SPICE OF LIFE, S.L. que designó como representante a tal efecto a D^a Catalina .

En esa misma fecha D. Marcial vende sus participaciones en EL MIRADOR DE LA CEA, S.L. a otro de los socios, SPICE OF LIFE, S.L., por el "precio total simbólico" de un euro.

La Registradora Mercantil resolvió no practicar la inscripción del acuerdo de modificación de Estatutos en cuanto el acuerdo debía constar en escritura pública y en el nuevo precepto no consta la forma de la retribución sino que "la fijará la Junta General" y que "no consistirá en una parte en beneficios", lo que da a entender que puede ser una participación en beneficios, en cuyo caso la misma debe constar en los Estatutos.



Sostiene la demanda que la operación supone una asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones. La transmisión de las acciones se efectúa con un pago realizado por la propia sociedad a través del acuerdo adoptado por el que se indemniza a D. Marcial con la suma de 47.000 euros.

Añade que el acuerdo es nulo por no estar reflejada la retribución por cese de los administradores en los Estatutos según señaló el Registro Mercantil.

La sociedad, sin allanarse de forma expresa mostró su conformidad con la nulidad pretendida.

En su contestación a la demanda D. Marcial señala que no existe prueba alguna de que las participaciones que vendió se adquiriesen con dinero de la sociedad. El nuevo administrador, SPICE OF LIFE, S.L., al aceptar el nombramiento, ratificó los actos realizados por D. Rosendo en nombre de dicha sociedad en la Junta de socios.

El acuerdo fue aprobado y consentido por los otros dos socios, que además son socios mayoritarios y tenían el control de la sociedad. Los socios mayoritarios han sido concedores de todo.

El Sr. Rosendo es abogado y el Sr. Marcial no realizó propuesta alguna sino que fueron aquel y su esposa quienes le propusieron la compra de sus participaciones. El cese del administrador y la compraventa de participaciones son dos actos independientes, preparados por los accionistas mayoritarios. La venta de participaciones no fue impugnada. La validez del acuerdo viene corroborada por la doctrina de los actos propios.

No existe prueba que justifique que las participaciones se adquiriesen con dinero de la sociedad.

Añade que la denegación de inscripción se refiere a la modificación estatutaria, no al resto de acuerdos y que el acuerdo de indemnizar al administrador sería contrario a los Estatutos o lesivo para el interés social por lo que la acción habría caducado en la fecha de interposición de la demanda (31 de julio de 2014).

La sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil estimó la demanda y declaró la nulidad del acuerdo.

Señala la sentencia que hasta el 9 de agosto de 2013 el cargo de administrador no era retribuido. Si la dimisión es de esa fecha, la remuneración pactada no se ajustaba a la previsión estatutaria, pues la modificación no opera con carácter retroactivo. Considera que la retribución vulnera el artículo 217 LSC en relación al artículo 23.e) de la Ley y el artículo 124.3 RRM .

Admitida la primera de las causas de impugnación la sentencia no analiza la segunda, es decir, la concurrencia de asistencia financiera prohibida y añade que el efecto de la sentencia anulatoria se agota en la ineficacia del acuerdo, sin otra extensión.

SEGUNDO. Recurso de apelación interpuesto por D. Marcial .

Señala el recurso que la sentencia recurrida considera que el acuerdo de remunerar el cargo de administrador vulnera el artículo 217 LSC y por ello procede a declarar su nulidad.

Considera el recurso que la doctrina de los actos propios como manifestación del principio de buena fe determina que en aquellos supuestos en que se hubiere acordado una remuneración del administrador cuando la sociedad está constituida por un solo socio o cuando se aprueba la remuneración por todos los socios no existe contravención de precepto legal.

Se reproducen las alegaciones de la contestación a la demanda.

Respecto a la causa de nulidad que no analiza la sentencia, referida a que con la remuneración se está pagando la venta de las participaciones sociales, señala que no se ha impugnado la escritura de compraventa de participaciones sociales. En el supuesto de considerarse infringido el artículo 143 LSC el efecto no sería la nulidad íntegra de la escritura sino de la asistencia financiera, declarándose el precio que ha de pagar la parte compradora (SPICE OF LIFE, S.L.) con cargo a su patrimonio o bien el recurrente volvería a adquirir la condición de socio. Añade que las participaciones no tenían valor pues en el ejercicio 2013 la sociedad tuvo pérdidas que ascendieron a 42.963,75 euros. Además si al valor de sus participaciones era de 47.000 euros la sociedad tendría un valor de 156.666 euros, lo que está lejos de la realidad.

Valoración del Tribunal.

Es preciso destacar que no se impugnó finalmente el acuerdo por el que se modificaron los Estatutos sociales.

De este modo, no puede plantearse aquí la nulidad de dicho acuerdo de modificación estatutaria.

No es posible declarar una nulidad de oficio pese a que el acuerdo pudiera resultar nulo por ser contrario a la Ley, ni cabe que el Tribunal aprecie la nulidad a los solos efectos prejudiciales, en cuanto tal pronunciamiento tiene carácter constitutivo.



Para privar de eficacia al acuerdo es necesaria su impugnación - STS de 11 de abril de 2003 , entre otras -.

La impugnación del acuerdo por el que se concede una indemnización por cese al administrador debe ser rechazada por cuanto resulta contraria a la buena fe. En la contestación a la demanda ya se puso de manifiesto que el acuerdo fue ratificado por los propios socios mayoritarios, al margen de que se adoptó por unanimidad de los socios.

Recuérdese que D. Rosendo y su esposa, D^a Catalina , a través ésta de SPICE OF LIFE, S.L., ostentan una participación del 70% en el capital social, que el acuerdo por el que se satisface al administrador cesado una indemnización fue adoptado por unanimidad de los socios y que la propia D^a Catalina , como administradora única de SPICE OF LIFE, S.L. al aceptar el cargo de administrador en nombre de la citada sociedad y designarse representante de la persona jurídica a tal efecto ratificó además todos los actos realizados por su esposo D. Rosendo en nombre de SPICE OF LIFE, S.L. en la Junta universal de EL MIRADOR DE LA CEA, S.L. (escritura de aceptación del cargo de administrador único y designación de representante físico de 4 de septiembre de 2013).

En primer lugar no puede admitirse que el acuerdo sea impugnado por el socio que votó a favor del acuerdo, salvo que resultase inexistente o contrario al orden público, lo que no es el caso.

En segundo lugar, el acuerdo fue adoptado por unanimidad de los socios. Cuando el acuerdo es adoptado por la totalidad de los socios únicamente cabe su impugnación cuando resulta contrario al orden público o por ser en realidad inexistente.

En tercer lugar, los acuerdos por los que se establece una indemnización por cese del administrador no pueden ser declarados nulos si los aceptaron todos los socios.

En la práctica pueden producirse dos situaciones, bien que el acuerdo retributivo se pacte en un contrato de alta dirección consentido por todos los socios o bien que se adopte por la junta general con la participación y aceptación de todos los socios - que es el caso que aquí nos ocupa -. Las consecuencias son las mismas.

El Tribunal Supremo acude a los conceptos de los actos propios y del abuso de derecho para reconocer eficacia a las cláusulas o acuerdos extraestatutarios de retribución del administrador consentidos por todos los socios - SSTS de 9 de mayo de 2001 , 31 de octubre de 2007 , 29 de mayo de 2008 , 19 de diciembre de 2011 , 25 de junio de 2013 y 17 de diciembre de 2015 -. Este mismo criterio es aplicable cuando se adoptan acuerdos sociales.

El fundamento de la previsión estatutaria es que los accionistas no se vean sorprendidos por cláusulas de indemnización que no conocen.

Si todos los socios o el socio único tienen conocimiento de la retribución o - como aquí sucede - si todos los socios deciden conceder dicha indemnización por cese adoptando un acuerdo en junta de socios en tal sentido esta conducta permite generar la confianza del administrador en que los socios actuarán en el futuro conforme a dicho acuerdo.

Una actuación contraria, como señala la STS de 18 de junio de 2013 , convierte cualquier intento de reintegro de la cantidad - aquí interesando la nulidad del acuerdo - en inadmisibles "en aplicación de la doctrina de los actos propios manifestación del principio general de buena fe".

Ya la STS de 19 de diciembre de 2011 había declarado que "cuando la totalidad de los accionistas conocen y consienten el pacto" la jurisprudencia ha rechazado "la oponibilidad de tal exigencia contenida en el artículo 130 LSA [actual artículo 217 TRLSC] alejada de su finalidad de tutela y como fórmula para desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas".

Esta misma sentencia destaca que el Tribunal Supremo se muestra progresivamente favorable al tratamiento unitario de las retribuciones percibidas por los administradores, con independencia de que sean devengadas en tal calidad o en la de "directivos", esa doctrina se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella -incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad-. Añade la sentencia que todo tipo de remuneraciones se someten al régimen retributivo establecido en la Ley:

La amplitud de la fórmula utilizada en el art. 105 de la Ley de 1951 -" salarios y sueldos" y "cantidades percibidas por los administradores que no se hallen comprendidas en el número anterior"- y en el 200 TRLSA en la redacción dada al mismo por la Ley 16/2007, de 4 de julio, y hoy en el 260 TRLSC - nominatim " sueldos, dietas, pensiones, primas de seguros" y, además, "remuneraciones de cualquier clase (...) cualquiera que sea su causa"-

En definitiva, no es posible servirse del artículo 217 TRLSC, apartándose de su finalidad de tutela, para anular un acuerdo adoptado por unanimidad de los socios, pues dicha nulidad encuentra su límite en la doctrina de los actos propios como manifestación del principio general de buena fe.



La ilicitud del acto que se impugna no puede sostenerse en un fin distinto al de protección de la norma. De ahí la posibilidad de aplicación de la doctrina de los actos propios y del principio general de buena fe. Las partes apeladas hacen supuesto de la cuestión y excluyen la aplicación de la doctrina de los propios actos partiendo de que el acto es ilícito. No es así. La retribución fijada en un acuerdo adoptado por todos los socios no vulnera el artículo 217 TRLSC.

Incluso afecta dicho límite a un régimen retributivo pactado por el socio único cuando el nuevo socio único ha conocido dicho régimen y lo ha aceptado al adquirir las acciones - STS de 17 de diciembre de 2015 -. Como destaca la citada sentencia, la función del artículo 130 LSA [actual artículo 217 TRLSC] pierde su sentido en estos casos.

Y el mismo límite de la buena fe es aplicable a la impugnación basada en el artículo 143 TRLSC.

Este planteamiento de la impugnación, referido a la infracción del artículo 143 TRLSC, de entrada, no puede aceptarse, puesto que estamos ante un acuerdo retributivo adoptado por todos los socios que no se refiere a la venta de participaciones, lo que hubiera obligado a desestimar la demanda.

Paradójicamente, en este caso, la asistencia financiera encubierta se habría concedido precisamente en favor del socio SPICE OF LIFE, S.L., que es quien adquiere las acciones de D. Marcial .

El mismo socio que se beneficia de la asistencia financiera de la sociedad es quien impugna el acuerdo, tratándose además de uno de los socios que forman el grupo mayoritario y que se convierten en los únicos socios de EL MIRADOR DE LA CEA, S.L.

La impugnación del acuerdo al amparo de dicho precepto resulta contraria al principio "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" como manifestación del principio general de buena fe. No puede acogerse una pretensión de nulidad del acuerdo sustentada por quien lo asumió y basada en su propia torpeza.

La demandante prescinde del hecho de que a quien se facilitan los fondos sociales para adquirir las participaciones del socio minoritario - según su teoría, y de resultar cierta dicha asistencia - es a ella misma. También prescinde del hecho de que quien adquiere forma parte del grupo mayoritario que controla la sociedad, grupo que pasa a convertirse en los únicos socios. No es el administrador Sr. Marcial - socio minoritario - quien "controla" y "drena" la compañía, como afirma la demanda, sino el propio socio que impugna el acuerdo y votó favorablemente al mismo, que es quien forma parte del grupo mayoritario - a continuación únicos socios - y se beneficia del acuerdo.

Pero es que además la supuesta asistencia financiera no resulta acreditada. La demanda vendría a sustentar que la indemnización reconocida al administrador - 47.000 euros, según afirma - era en realidad el precio de la adquisición de acciones, y que este precio se satisface por el comprador - la propia sociedad demandante - con cargo al patrimonio social.

Sin embargo, la demandante no acredita nada en relación al valor de las participaciones para poder apreciar si verdaderamente la indemnización encubre el precio de la venta de las mismas. La única referencia de la demanda es que la sociedad muestra pérdidas en el ejercicio 2013, criterio que no determina valor alguno pues la existencia de pérdidas ni siquiera supone que las participaciones no tengan valor - lo que por otra parte resultaría contradictorio con el propio argumento que otorga a la indemnización de 47.000 euros el carácter de precio de la venta -. Más contradictorio resulta afirmar que de continuar la sociedad en esa situación acabaría en concurso, pues en ese caso precisamente cabría dudar del pretendido valor de las participaciones.

Tampoco la venta de participaciones por un euro determina la nulidad del negocio realizado cuando es evidente que el Sr. Marcial estaba interesado en desvincularse de la sociedad y SPICE OF LIFE, S.L. en adquirir sus participaciones, por lo que la causa del negocio existe y es válida. La fijación de un precio bajo y aun desproporcionado al normal - si es que ello fuera así, dado que no se acredita nada al respecto - carece de trascendencia, ya que en nuestro Derecho el "pretio vilare facti" no origina la invalidez radical del contrato, por no estimarse indispensable la adecuación entre el elemento integrante del precio y el verdadero valor de la cosa enajenada.

Y debemos añadir que resultaría compatible el que las participaciones tuvieran valor de un euro y a la vez se concediera una indemnización al Sr. Marcial como incentivo para apartarse de la sociedad, pues en realidad el interés del grupo mayoritario era el hacerse con el control de todo el capital y evitar mantener un socio minoritario. Aunque las participaciones no tuvieran valor - sí precio - se evitaba que el Sr. Marcial pudiera mantenerse como socio, dado el enfrentamiento existente.

Es más, de existir asistencia financiera prohibida la consecuencia no es que se anule la transmisión de participaciones o que el vendedor deje de percibir el precio (el supuesto precio de 47.000 euros o la cantidad percibida a cuenta) sino que quede sin efecto dicha asistencia, es decir, permite que la sociedad reclame a



quien se benefició de dicha asistencia - la sociedad aquí demandante como compradora- la cantidad con la que financió la compra de acciones- STS 541/2018, de 18 de octubre -.

Es decir, lo que queda sin efecto es el crédito concedido por la sociedad al socio adquirente de las participaciones - la operación de financiación misma-. Y el adquirente de las participaciones y quien se beneficiaría de la asistencia financiera es la propia demandante, no el Sr. Marcial .

Pero en realidad de lo que se trata aquí es de una operación (compraventa de acciones e indemnización) que refleja un acuerdo entre todos los socios por el que el grupo mayoritario se hace con el control total de la sociedad, acuerdo del que no puede desvincularse el grupo mayoritario sirviéndose de las normas societarias.

Si observamos las declaraciones que se efectúan junto con el acuerdo, la renuncia a ulteriores reclamaciones y la posterior ratificación podemos concluir que en realidad se está ejecutando un pacto entre todos los socios por el cual D. Marcial quedaba desvinculado de la sociedad y el grupo mayoritario alcanzaba el control total de la misma.

El Tribunal Supremo ha considerado contraria a la buena fe la impugnación de acuerdos sociales que pretenden desvincularse de un pacto omnilateral y es evidente en este caso que los socios llegaron a un acuerdo para que el Sr. Marcial se desvinculara de la sociedad y lo articularon a través de la venta de participaciones y el reconocimiento de una indemnización por cese. Como señala la STS 103/2016, de 25 de febrero :

Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) (...) cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser estimado y, en consecuencia, procede revocar la sentencia recurrida y desestimar la demanda, con imposición a la parte demandante de las costas causadas en la primera instancia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 LEC .

No obstante debemos matizar el alcance del pronunciamiento sobre costas en la primera instancia en relación a la intervención de tercero.

Como señala la STS de 26 de diciembre de 2012 , con cita de la anterior de 20 de diciembre de 2011, "Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte --aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado-- por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente".

El tercero no demandado no es parte material y no cabe efectuar pronunciamiento alguno frente al mismo, ni en relación a las pretensiones ejercitadas ni en materia de costas.

Dada su estimación, no cabe efectuar expresa imposición de las costas derivadas del recurso - artículo 398 LEC -.

TERCERO. Impugnación de la sentencia promovida por EL MIRADOR DE LA CEA, S.L.

Sostiene la impugnación que la sentencia no se ha pronunciado sobre la devolución de la cantidad de 4.000 euros ya percibida por el Sr. Marcial existiendo falta de motivación.

El motivo no puede prosperar.

Para que la sentencia deba incluir en su fallo un pronunciamiento de condena es preciso que se hubiera interesado en la demanda o por medio de reconvenición de la demandada, que debe ser expresa - lo que no es el caso -.

La impugnación, en consecuencia, solo podría sustentarse en una pretensión de la actora, de modo que la demandada carece de gravamen para impugnar la sentencia.

Por otra parte la pretensión contenida en el suplico de la demanda es que se dicte sentencia declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General celebrada en fecha 9 de agosto de 2013.

La demanda solicitaba por medio de otrosí la devolución de las cantidades percibidas por D. Marcial , por lo que configura dicha devolución como una consecuencia derivada de la nulidad, no como una pretensión



autónoma contenida en el suplico. La sentencia dio respuesta a dicho otrosí al señalar que el efecto de la sentencia estimatoria se agota en la ineficacia del acuerdo.

El segundo motivo de impugnación se refiere a las costas. A tal efecto alega la sociedad demandada que la sentencia "estimó la principal pretensión de esta parte".

No sabemos cuál es la pretensión, salvo que la demandada se convierta en actora, lo que únicamente podría derivar de una reconvencción aquí inexistente.

El hecho de que en el suplico de la contestación a la demanda se pretenda lo mismo que la demandante - dada la comunidad de intereses entre la actora y la sociedad demandada - no supone que se convierta en demandante, ni que se formule reconvencción. Tampoco la impugnante se allanó a la demanda, de modo que la sentencia debe incluir el pronunciamiento sobre costas de conformidad con lo establecido en el artículo 394 LEC .

Finalmente, la impugnación debe ser desestimada como consecuencia de la estimación del recurso interpuesto por D. Marcial .

Las costas derivadas de la impugnación deben ser impuestas a la parte impugnante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. Marcial contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cinco de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, en su lugar,

Desestimamos la demanda interpuesta por SPICE OF LIFE, S.L. contra EL MIRADOR DE LA CEA, S.L. con intervención de D. Marcial como parte demandada.

Absolvemos a la demandada de la pretensión ejercitada.

Imponemos a la parte actora las costas causadas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso.

La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito en su caso constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ .

DESESTIMAMOS la impugnación de la mencionada sentencia promovida por EL MIRADOR DE LA CEA, S.L., con imposición a la parte impugnante de las costas causadas a la impugnada.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ . De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.