



Roj: **SAP TO 19/2013 - ECLI:ES:APTO:2013:19**

Id Cendoj: **45168370012013100019**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2013**

Nº de Recurso: **35/2012**

Nº de Resolución: **5/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EMILIO BUCETA MILLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Toledo, núm. 1, 10-07-2012,  
SAP TO 19/2013**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**TOLEDO 00005/2013**

**Rollo Núm. ....35/2012.-**

**Juzgado Mercantil de Toledo.-**

**J. Ordinario Núm..... 312/11.-**

**SENTENCIA NÚM. 5**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

**D. URBANO SUAREZ SANCHEZ**

**D<sup>a</sup> GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

En la Ciudad de Toledo, a catorce de enero de dos mil trece.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

**SENTENCIA**

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 35 de 2012, contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Toledo, en el juicio ordinario núm. 312/11, en el que han actuado, como apelante AUTOMOCIÓN RUBIO- RODRIGO S.A., AUTOMOCIÓN Y SERVICIOS EBORACAR S.A., EUROMOVIL TALAVERA S.A. y EBORACAR MOTOR SERVICIOS DE AUTOMOCIÓN S.L., representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Rodríguez Martínez y defendido por la Letrada Sra. de la Torre Fernández; y como apelado DON Jorge representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. García del Olmo.-

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO BUCETA MILLER, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES:**

**PRIMERO:** Por el Juzgado Mercantil de Toledo, con fecha 10 de julio de 2012, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Estimo íntegramente la demanda interpuesta por D. Jorge contra AUTOMOCIÓN RUBIO RODRIGO S.A., EUROMOVIL TALAVERA S.A., AUTOMOCIÓN Y SERVICIOS EBORACAR S.A y EBORACAR MOTOR SERVICIOS DE AUTOMOCIÓN S.L. y, en consecuencia:

- Se declara la nulidad de los acuerdos adoptados en el punto segundo del orden del día de las juntas generales ordinarias de las sociedades EBORACAR S.L., RUBIO RODRIGO S.A., EUROMOVIL TALAVERA S.A, EBORACAR S.A., celebradas los días 20, 21, 22 y 23 de junio de 2011, y se condena a las citadas sociedades al reparto de los beneficios del ejercicio 2010.

- Se declara la nulidad del punto primero y segundo del orden del día de la junta general extraordinaria de la sociedad EBORACAR S.L. y el punto segundo y tercero del orden del día de las juntas generales extraordinarias de las sociedades RUBIO RODRIGO S.A., EUROMOVIL TALAVERA S.A., EBORACAR S.A. celebradas los días 20, 21, 22 y 23 de junio de 2011 y se impone a la citadas sociedades la obligación de exigir a los administradores Don Jose Ignacio , Don Adriano y Don Cristobal , las cantidades que hayan percibido como consecuencia de los acuerdos anulados y en caso de que no lo hagan, ejerciten las acciones legales pertinentes.

- Se condena a AUTOMOCIÓN RUBIO RODRIGO S.A., EUROMOVIL TALAVERA S.A., AUTOMOCIÓN Y SERVICIOS EBORACAR S.A. y EBORACAR MOTOR SERVICIOS DE AUTOMOCIÓN S.L. al pago de las costas del presente procedimiento".-

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución y por AUTOMOCIÓN RUBIO-RODRIGO S.A., AUTOMOCIÓN Y SERVICIOS EBORACAR S.A. EUROMOVIL TALAVERA S.A. y EBORACAR MOTOR SERVICIOS DE AUTOMOCIÓN S.L., dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

**SE CONFIRMAN Y RATIFICAN** los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO:** Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que a instancia de uno de los socios estimó íntegramente una demanda de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital demandadas, declarando nulos los acuerdos adoptados en orden a la retribución de cargos directivos propuestos por los respectivos consejos de administración, obligando a los administradores sociales que a su vez eran directivos a devolver a las sociedades las cantidades percibidas como retribución por dicho concepto así como la nulidad de los acuerdos de las sociedades relativos a la aplicación del resultado con condena a reparto de beneficios del ejercicio del 2010.

El recurso dedica su alegación primera a recordar "sucintamente" a lo largo de trece folios los hechos que constituyen el litigio, sin contener motivo alguno de impugnación en ese apartado, invocando en la alegación segunda error del juez en la valoración de la prueba con vulneración del art. 217 de la LEC a la hora de deducir que los acuerdos societarios adoptados lo fueron con abuso del derecho y lesión del socio minoritario demandante, que la sentencia equipara erróneamente a lesión de los intereses sociales.

Al respecto tenemos declarado en reiteradas resoluciones como las sentencias de 6 de Marzo y 22 de Abril de 2.008 , 29 de septiembre y 30 de noviembre de 2009 y 14 de enero . 29 de abril , 22 de junio y 23 de noviembre de 2010 y 10 de febrero de 2011 entre otras, que al no ser la apelación un segundo juicio no se puede pretender, cuando se argumenta el mismo con base en un error en la valoración de las pruebas, que el Tribunal de segunda instancia asuma las funciones de examen de todos y cada uno de los medios y los valore, con sustitución de la función que tiene encomendada el juez de instancia. Lo que corresponde, en este punto, al órgano de apelación es verificar que se han valorado todos los medios que se han practicado, que no se ha valorado alguno que debió serlo, y que tiene influencia en el relato de hechos, que no se ha privado del valor que legalmente se de a un determinado medio de prueba y, por último, que en el proceso de valoración no se han alcanzado resultados absurdos, ilógicos o contrarios a las leyes físicas. Si no se da ninguno de tales supuestos el Tribunal que conoce de la apelación no puede modificar el criterio alcanzado por el juzgador de instancia, menos aun cuando ello se pretende para sustituirlo por el parcial e interesado.

También decíamos en la sentencia de 6 de julio de 2006 entre otras cuando se alega error en la valoración de la prueba que la revocación de la apreciación de la misma que razona el Juez de Instancia no puede prosperar



si simplemente las conclusiones fácticas a que llega el Juez a quo, a través de la valoración del conjunto de prueba, se pretenden desarticular en vía de recurso apoyándose en documentos y pruebas ya examinados y tenidos en cuenta en la Sentencia, para interpretarlos a fin de obtener conclusiones más favorables a los intereses de parte, siendo que solamente cabe dicha revisión de la valoración probatoria de la sentencia si queda patente un error en la misma, o bien por la omisión de la consideración de alguna prueba esencial que arroje un resultado incontrovertible, o bien porque se haya apreciado la prueba de forma ilógica, arbitraria o contradictoria, por lo que no puede producirse tal revisión si se funda en la mera discrepancia personal con la valoración que de la prueba ha realizado el órgano judicial, en sustituir el criterio objetivo del Juez por las interpretaciones interesadas y subjetivas de la parte.

En el caso presente, por más empeño que pone la parte recurrente a lo largo de su extensísimo recurso en justificar que ha existido error en la apreciación de la prueba, la Sala no solo no constata el mismo sino que antes al contrario, percibe una encomiable labor de deducción realizada por la juzgadora a partir de unos datos objetivos que obran en autos y de los que se deduce sin temor a equivocarse que los acuerdos adoptados son claramente abusivos y lesivos para el socio impugnante.

Lo cierto es que hasta el mes de marzo de 2010 el demandante D Carlos Rubio, socio minoritario de las sociedades demandadas ocupaba un cargo directivo en las mismas por el que percibía una retribución semejante o muy similar a las de los otros socios de las mismas que a su vez son sus hermanos D Adriano , D Jose Ignacio y D José Luis y el otro socio D. Cristobal , de unos 35.000 € anuales en el conjunto de la sociedades, las cuales no repartían beneficios y destinaban los mismos a reservas voluntarias. Sin embargo, tras el cese del demandante en sus cargos directivos de las sociedades, estas siguen sin repartir beneficios pero por el contrario los restantes socios pasan a ocupar unos cargos directivos que hasta entonces no existían como director general, financiero, comercial y post venta, por lo que pasan a percibir unas retribuciones anuales de más de 136.000 €, en el caso de D Jose Ignacio y más de 152.000 en el de D. Cristobal y D. Adriano , que pretenden justificar en el gran aumento de trabajo que les supone el desempeñar el que hasta entonces realizaba el demandante como directivo que había sido cesado.

Aportan como documental un estudio sobre retribuciones de directivos similares, que podrá ser correcto o no, pero que desde luego no puede explicar la razón por la que de un ejercicio para otro se pasa de percibir unos ingresos de 35.000 € a otros incrementados un 400 o 500 %. Tampoco se consigue explicar en el recurso cual es la razón por la que si hasta entonces se había venido funcionando en todas las sociedades correctamente gracias al trabajo desarrollado por los propios administradores, a partir del cese del demandante como tal administrador se hace necesario el contar con directivos como los antes mencionados, que lo serán los propios administradores y con una remuneración como la también mencionada. La explicación de que los nombramientos obedecieron a la necesidad de clarificar sus relaciones con las compañías a raíz de impugnar D Jorge en vía laboral su cese señalando el Juzgado de lo social que existía una relación laboral con las sociedades tampoco explica la existencia de los cargos directivos creados ante la sentencia del TSJ de castilla la Mancha de 24 de enero de 2012 que cita el recurso y que estableció la existencia de una relación especial de alta dirección subsumida y absorbida por la relación societaria como parte de los órganos de administración de las sociedades.

En general y aplicable a todos los acuerdos impugnados el recurso alega que las mayorías obtenidas para su adopción no solo se conforman por el voto favorable de los tres administradores hermanos del demandante D Cristobal , D Jose Ignacio y D José Luis y el otro socio D. Cristobal , sino que el porcentaje de capital social que aprueba los acuerdos, de entre un 80 y un 85 %, es muy superior al que ostentan a título individual cada uno de ellos, ya que solo la herencia yacente de D. Armando , fundador del grupo de sociedades y padre de los hermanos Adriano Jorge Jose Ignacio constituye el 51% de las anónimas y el 20% de la limitada. Ello es así en efecto, pero se trata de una alegación retórica, ya que la herencia yacente aludida está formada por el demandante y por sus tres hermanos y la madre de todos ellos, luego en realidad la herencia yacente lo que representa en su inmensa mayoría son los intereses de los propios demandados a los que al parecer se han unido los de la madre de todos ellos, lo que viene a poner de manifiesto una vez más una confluencia de voluntades de tres de los hermanos más el otro socio D. Cristobal más la madre de aquellos D<sup>a</sup> Adelaida frente a los intereses del demandante.

En definitiva, del análisis de la prueba lo que se desprende es que las sociedades, que nunca han repartido beneficios a lo largo de los años pero han venido pagando unas remuneraciones moderadas a todos los socios administradores por el trabajo de gestión que desarrollaban en ellas, a partir del cese del demandante han pasado a incrementar enormemente las retribuciones de los socios administradores atribuyéndoles unos cargos directivos que hasta entonces eran inexistentes, remunerados con cantidades anuales que multiplican por cuatro y hasta por cinco las cantidades anteriores.



**SEGUNDO:** Sentado lo anterior, la sentencia establece que dichos acuerdos de no repartir beneficios y por el contrario de crear cargos directivos remunerados de forma desproporcionada y ocupados por los demandados son acuerdos abusivos y perjudiciales para el actor.

El recurso alega que la doctrina del abuso del derecho como cauce de impugnación de los acuerdos societarios al amparo del art 204 de la vigente Ley de Sociedades de Capital exige la lesión de los intereses de la sociedad y no los del accionista en particular, y mantiene que en este caso no se prueba que tales acuerdos de no repartir **dividendos** y de establecer nuevos cargos directivos remunerados hayan perjudicado el interés social.

Al respecto señala la STS de 7 de diciembre de 2011 al estudiar la posibilidad de impugnación de acuerdos lesivos para la minoría que no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991, según la que "(e)n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social", a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.

El artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio - hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, parece inclinarse por un concepto institucionalista -(l)os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..." -, sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios", y la referida sentencia 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que " éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"-.

También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis " en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como **abuso de derecho**, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "**abuso de derecho**" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre -.

Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios -a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg-, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo, que "(p)rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría".

Aplicada la doctrina anterior al caso presente, es claro que el acuerdo de la mayoría de no repartir **dividendos** pese a los beneficios que todas la sociedades obtuvieron en el ejercicio, considerado en el contexto de creación de nuevos cargos directivos para los administradores y cuantiosas retribuciones asociadas a los mismos persigue una finalidad exclusiva, cual es la de privar al demandante de toda participación en el rendimiento económico de las sociedades mientras sus hermanos y el otro socio obtienen por vía salarial unas retribuciones de entre 136.000 y 152.000 € por el desempeño de un trabajo que hasta el cese del demandante se pagaba con unos 35.000 € anuales, lo que evidencia un clarísimo ánimo defraudatorio.



La aplicación de los arts 190.1 y 220 de la LSC lo ha sido a mayor abundamiento, por lo que aunque solo fueran aplicables a la sociedad EBORACAR SL y no a las anónimas nada influiría en el argumento esencial de la sentencia, que no es que los propios socios con conflicto de intereses hayan votado a favor del acuerdo que les nombra directivos y establece sus retribuciones, sino que ni los cargos ni las retribuciones aparecen justificadas si no es para perjudicar al demandante.

**TERCERO:** Las costas procesales se impondrán al recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil.-

#### **FALLO:**

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de AUTOMOCIÓN RUBIO-RODRIGO S.A., AUTOMOCIÓN Y SERVICIOS EBORACAR S.L., EUROMOVIL TALAVERA S.A., EBORACAR MOTOR SERVICIOS DE AUTOMOCIÓN S.L., debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Toledo, con fecha 10 de julio de 2012 , en el procedimiento núm. 312/11, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. EMILIO BUCETA MILLER, en audiencia pública. Doy fe.-