



Roj: **SAP B 5381/2014 - ECLI:ES:APB:2014:5381**

Id Cendoj: **08019370152014100157**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **07/05/2014**

Nº de Recurso: **295/2013**

Nº de Resolución: **154/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JORDI LLUIS FORGAS FOLCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 295/2013-3ª

Juicio Ordinario núm. 290/2012

Juzgado Mercantil núm. 9 Barcelona

SENTENCIA núm. 154/2014

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JOSÉ Mª RIBELLES ARELLANO

D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a siete de mayo de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número Nueve de esta ciudad, por virtud de demanda de Hortensia contra Juan Enrique y ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la sentencia que dictó el referido Juzgado el día veintiséis de febrero de dos mil trece.

Han comparecido en esta alzada la parte apelante Hortensia, representada por el procurador de los tribunales Sr Ferrando Bertrán de Santamaría defendida por la letrada Sra. Susana Moreno de Lamo y como apelada la parte demandada representada por el procurador de los tribunales Sr. Roger García Girbes y defendida por el letrado Sr Jorge Obón Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: FALLO: << Desestimar la demanda de juicio ordinario promovida por Hortensia contra Juan Enrique y ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandante >>

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la referida parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día diecinueve de febrero pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La parte demandante, Hortensia , en su condición de socia de ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL formuló, al amparo del art. 204 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), acción de impugnación de los acuerdos sociales segundo y tercero aprobados en la junta general de socios de aquella sociedad demandada celebrada el día 22 de junio de 2011. Esos acuerdos sociales trataron, respectivamente, sobre la aplicación de los resultados habidos en el ejercicio 2010 y la aprobación de la gestión social desarrollada durante el mismo periodo por el administrador de la sociedad, el codemandado Juan Enrique . Asimismo y de forma acumulada, la parte actora ejerció acción individual de responsabilidad contra el referido administrador de ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL todo ello al amparo de los arts. 236 y 241 LSC. La sentencia de la primera instancia desestimó íntegramente tales pretensiones, pronunciamiento frente al que recurre en apelación la referida demandante.

SEGUNDO. 1. Antes de entrar en el análisis de los motivos que fundamentan el recurso de apelación deducido por la actora se debe recordar que, en su escrito de demanda, aquélla justificó la primera de las acciones ejercitadas:

(i) en primer lugar, por la falta de reparto de dividendos en la sociedad demandada, ya que desde el año 2004, los beneficios siempre han sido destinados a reservas voluntarias cuando no había justificación alguna para ello ni se han invertido en el desarrollo de la propia sociedad, impidiendo al socio minoritario participar, año tras año, en las ganancias en contra de su voluntad.

(ii) en segundo lugar por abuso de derecho, ya que el administrador social se ha enriquecido injustamente a costa de la sociedad de la que forma parte la demandante. Por todo ello y con base a un derecho abstracto al reparto de dividendos Hortensia solicitó se condene a la sociedad demandada, al amparo del art. 348 bis, a pagarle la cantidad de 57.726,28 euros, equivalente al 30% de los beneficios obtenidos por la sociedad desde 2003 y que fueron destinados a reservas.

2. Los actos que, con base en la acción individual de responsabilidad, la parte demandante imputó al administrador codemandado, fueron los siguientes:

(i) Realizar actos contrarios a los estatutos de ESTRUCTURAS MOVIESTAN SL, ya que en éstos se dispone que el cargo de administrador es gratuito cuando en las cuentas anuales consta que percibe un salario; (ii) Conceder ESTRUCTURAS METÁLICAS a Promociones Inmobiliarias Pérez Barrado SL préstamos irregulares en el año 2009 por importe de 166.817,97 euros, con vencimiento a 20 de octubre de 2010, y con un tipo de interés del 0%. (iii) Sobreendeudar a una tercera sociedad, Promociones Inmobiliarias Pérez Barrado SL por haber aceptado tales préstamos, situándola próxima a incurrir en causa de disolución. (iv) Realizar actos de autocontratación y, por último, llevar a cabo (v) actos contrarios a la Ley, mala fe, abuso de derecho, al haberse enriquecido personalmente a costa de la sociedad, en contra del interés social y de los intereses de la actora y haber mantenido una retribución " *irregular y encubierta* " .

TERCERO. Los motivos que se aducen en el recurso de apelación pivotan sobre la denuncia de error en la valoración de la prueba vinculándolos la parte recurrente a los antecedentes y circunstancias personales de los dos socios litigantes, la actora y el administrador codemandado. En este sentido debe recordarse que Juan Enrique y Hortensia estuvieron casados durante muchos años y, en el año 1992, decidieron crear ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL ostentando él la titularidad del 70% de las participaciones sociales y ella de un 30%, en proporción a sus respectivas aportaciones al capital social. Asimismo, acordaron nombrar como administrador único al referido Sr. Juan Enrique por tiempo indefinido. Asimismo en el año 1998, el matrimonio decide constituir una segunda sociedad denominada Promociones Inmobiliarias Pérez Barrado SL, de la que también eran socios el Sr. Juan Enrique , la Sra. Hortensia y el hijo de ambos llamado Fructuoso . En el año 2003, el matrimonio se separó y, en fecha 30 de enero de 2008, esta Audiencia Provincial dictó sentencia por la cual declaró el divorcio de ambos esposos y, como efectos de la ruptura, entre otros, deniega a la esposa la cantidad reclamada en concepto de compensación económica al amparo del art. 41 CCC pero fija, sin embargo, una pensión compensatoria mensual por importe de 1.000 euros a cargo del Sr. Juan Enrique .

CUARTO. 1.1 Con relación la acción de impugnación de los acuerdos sociales segundo (del que sólo se impugnó el punto referente a la aplicación de resultados) y el tercero (que hacía referencia a la aprobación de la gestión social desarrollada por el administrador de la sociedad), la parte actora señaló que, desde el ejercicio social del año 2003 hasta el 2010, no se habían repartido dividendos y que los beneficios siempre han estado destinados a reservas voluntarias. Asimismo, la parte demandante añadió con base en un informe pericial contable (doc. 16 demanda) elaborado por Justino (economista), que las reservas legales aparecían plenamente cubiertas por lo que, ante la falta de justificación suficiente sobre el no reparto de dividendos y la aplicación sistemática de los beneficios sociales a reservas voluntarias suponía un abuso de derecho.



Asimismo y con relación al acuerdo tercero del orden día alude la parte actora en su demanda que el demandado se ha enriquecido injustamente por lo que no procedería la aprobación de la gestión social como administrador durante el ejercicio 2010. Respecto a esto último no se aportó prueba alguna sobre el enriquecimiento personal del demandado a costa de la sociedad ni que el uso del vehículo de la sociedad, o de la tarjeta VISA, esté siendo utilizado para fines diferentes a los estrictamente profesionales, por lo que no procede la estimación de este acuerdo impugnado.

1.2 El abusivo no reparto de dividendos, como ya hemos dicho, resultó ser la justificación esgrimida en el escrito de demanda para sostener la impugnación del primero de los referidos acuerdos. La STS 26 de mayo de 2005 señala que *" el derecho a participar en las ganancias de la sociedad mercantil se configura como un derecho mínimo, si bien el derecho a los dividendos se presenta como tránsito del derecho abstracto a un derecho de crédito a favor del socio cuando se aprueba el reparto en la junta "*. La STS de 10 de octubre de 1996 indica por su parte que *" no es un derecho absoluto el reparto de todos los beneficios pues aparte de las reservas legales se pueden constituir otras de carácter voluntario (...) Privar al socio minoritario sin causa alguna de sus derecho a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los tribunales pues se trata de una actitud impeditiva afacetada de notoria ilicitud "*.

La sentencia de la primera instancia señaló que se había acreditado la aplicación de un 100% del resultado del ejercicio a reservas voluntarias y que existían ya importantes reservas voluntarias acumuladas provenientes de ejercicios anteriores, que acentuaban la necesidad de justificar ese incremento de reservas. Sin embargo, la sentencia apelada no entendió probada la existencia de un conflicto entre los socios en el que el socio mayoritario impone, de forma abusiva, la no distribución de beneficios así como tampoco entendió acreditada la inexistencia de justificación económica de la dotación a reservas voluntarias.

La parte demandante alega en su recurso que, contrariamente a lo que la sentencia sostuvo, el conflicto personal mantenido entre los ex esposos, la actora y el administrador demandado desde su separación sí se trasladó al ámbito societario en el sentido de que el administrador ha abusado de su mayoría de capital para privar a la actora de su derecho al percibo de dividendos.

En el presente caso lo que revela la situación de abuso de derecho es la inexistencia de justificación alguna de la sistemática dotación de reservas voluntarias de los beneficios sociales obtenidos en cada ejercicio desde el año 2003 y la consecuente falta de reparto de dividendos.

Diversamente a lo que sostuvo la sentencia de primera instancia, el hecho de que la parte actora no participase en alguna de las juntas inmediatamente anteriores a la impugnada o de que, asistiendo, no promoviera posteriormente una acción de impugnación de acuerdos sociales, en realidad, no constituye razón que justifique una reiterada y arbitraria falta de reparto de dividendos con la dotación de reservas voluntarias de los beneficios pues la socio es libre de acudir o no a la junta y de hacerlo y de votar en contra, y/o de impugnarla judicialmente después de su celebración.

La sentencia respecto al dictamen pericial aportado junto a la demanda (en el que el perito claramente concluyó *"que las reservas no se han destinado al desarrollo de la propia compañía"* o que *" no era necesario destinarlo todo a reservas "* y que *" en todo el período analizado, tanto el fondo de maniobra como el ratio de test ácido muestran que la sociedad está muy por encima de los parámetros considerados como óptimos para la empresa, con lo que incluso se podría entender que la empresa corre el "riesgo" de tener activos ociosos "*), señaló que el perito no se reunió con el administrador demandado a fin de verificar tales extremos por lo que no tuvo en consideración las conclusiones del mismo. Sin embargo esa circunstancia, como denuncia la parte apelante, no tiene relevancia suficiente como para no tener en cuenta las conclusiones de dicho dictamen que, por otro lado, se nutrió de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.

También se aludió por la sentencia de la primera instancia al hecho de haber concedido diversos préstamos a una sociedad vinculada a la demandada (Promociones Inmobiliarias Pérez-Barrado SL) por un importe de 634.507,92 euros y a un interés casi nulo. Es decir, antes de repartir los beneficios obtenidos en el ejercicio 2007, la administración de la demandada prefirió otorgar esos créditos a una sociedad vinculada. Lo anterior no tiene la relevancia pretendida pues amén de referirse a un ejercicio social tres años anterior, no queda justificada la necesidad o tan siquiera su oportunidad de llevar a cabo esas operaciones antes de repartir dividendos.

La sentencia también aludió a una política de ahorro empresarial que justificaría esa reiterada falta de reparto de dividendos; sin embargo la referida conclusión pericial, que fue contundente al respecto, se halla contrastada con los datos contables de la sociedad demandada, datos que contradicen la justificación de esa política de ahorro que resulta, además, poco comprensible que se adoptasen antes de concurrir la presente situación de recesión económica .



El dictamen pericial, ratificado en el acto del juicio, señaló que *"Tras el análisis realizado podemos concluir que no existe ninguna limitación para la distribución de dividendos (...) en el período analizado. Se cumplen los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital por cuanto los balances de la sociedad no muestran pérdidas de ejercicios anteriores pendientes de compensar la sociedad no tiene gastos de establecimiento, gastos de investigación y desarrollo y fondo de comercio pendientes de amortizar y a 31 de diciembre de 2010, los fondos propios de la sociedad son los siguientes. 23.800,08 euros, reservas 1.108.299,11 euros y los fondos propios 1.133.257,78 euros; fuente Audita a partir de datos los datos contenidos en las cuentas anuales de la sociedad"*.

Añadiendo en sus conclusiones ese dictamen contable que *"En base a la información analizada, que se desprende de las cuentas anuales de la sociedad, en el periodo analizado (2003-2010), podemos concluir que la sociedad muestra liquidez suficiente a corto plazo para haber atendido el pago de dividendos en cada ejercicio; la falta de reparto de dividendos no está justificada por la realización de grandes inversiones y/o por el pasivo de la sociedad y concluyó por tanto, las inversiones a largo plazo realizadas, tanto de inmovilizado material como inmovilizado financiero se encuentran sobradamente cubiertas con los fondos propios disponibles de la sociedad, y tampoco se observa ningún pasivo de importe significativo que no pueda ser atendido en sus correspondientes vencimientos"*.

Todo ello lleva a considerar que el primero de los acuerdos impugnados resulta nulo por infringir el art 7.2 del CC (*" La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso "*) al no haber resultado acreditada justificación alguna para el no reparto de dividendos a los socios de la sociedad demandada.

Por último resaltar que la parte demandante/apelante tiene impugnadas en otro procedimiento una variación introducida por la sociedad demandada en la contabilización de las existencias con relación al ejercicio 2010, por lo que debemos considerar pertinente el dictamen que se realizó con las propias cuentas anuales facilitadas en su momento por ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL.

2. Con relación a la acción de resarcimiento por daños y perjuicios en la demanda, de acuerdo con la pericial contable practicada, se reclama con base al derecho abstracto al reparto de dividendos, la cantidad de 57.726,28 euros en el periodo analizado (2003-2010) en el que la sociedad ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL acumularía unos dividendos mínimos legalmente repartibles que ascenderían a un total de 192.520,94 euros, resultando la referida cantidad reclamada en función del porcentaje de participación sobre el capital de la sociedad (30%) de la actora. Tal y como ya señaló la sentencia de primera instancia al respecto no puede sustituirse la voluntad de la junta sobre el alcance del *quantum* ahora pretendido. De ahí que, aun habiéndose declarado abusivo el acuerdo de reparto de beneficios por no resultar justificado, no procede esa reclamación dineraria sino solo la pretensión declarativa de nulidad del primero de los acuerdos impugnados.

QUINTO. 1. En el penúltimo motivo que fundamenta su recurso se vincula a la prosperabilidad de la acción individual de responsabilidad ejercitada contra el administrador codemandado. En él la parte apelante alega que la Magistrada Juez valoró erróneamente la prueba practicada con relación con este punto, ya que omitió las sentencias citadas en el procedimiento de divorcio y añade al respecto que esa omisión y el error padecido en la valoración de la prueba impidieron la prueba de la efectiva concurrencia del daño moral.

En su demanda la parte actora pretendió, con base en lo que establece el art. 241 de la LSC, el pago de la cantidad de 30.000 euros en concepto de daño moral, al haber ignorado el administrador Juan Enrique el trabajo de toda la vida de la actora y la inversión mutua realizada por ambos cónyuges constante el matrimonio, y por realizar una gestión arbitraria de la sociedad.

Asimismo, reclama la cantidad de 80.100 euros, equivalentes al 30% de 267.000 euros, cantidad percibida por el demandado Sr. Juan Enrique en concepto de remuneración desde el año 2003, fecha de la separación.

Los hechos que imputó al administrador codemandado se han referido en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, pero que dados los términos a los que se circunscribe el recurso sólo debe analizarse el último apartado (v) de aquéllos y solo con relación a la reclamación del daño moral.

Por último recordar que en la demanda se indicó que el daño producido a la socia actora es consecuencia de los actos realizados por el administrador de la sociedad quien ostenta, a su vez, la condición de socio mayoritario, aprovechándose de dicha circunstancia para actuar y gestionar la sociedad perjudicando los intereses del socio minoritario, la parte actora.



2. En cuanto a las imputaciones que sostenían la acción individual de responsabilidad, la sentencia señaló que, en el caso de autos, el daño que en todas ellas se decía inferido se ubicaba en realidad no en el patrimonio de la parte actora sino en el de la sociedad, por lo que no existía nexo causal de clase alguno en sede de la acción individual de responsabilidad. En particular, sobre la imputación al administrador codemandado Juan Enrique de realizar actos contrarios a la ley, mala fe, abuso de derecho, al haberse enriquecido personalmente a costa de la sociedad, en contra del interés social y de los intereses de la actora y por haber mantenido una retribución "irregular y encubierta" debemos señalar que dicha retribución no era encubierta pues la parte demandante sabía de su existencia y figuraba en las cuentas anuales de cada ejercicio y, además, en su caso, el presunto daño no se situaba en el patrimonio de la demandante sino en el de la sociedad demandada por lo que hubiera sido pertinente la acción social de responsabilidad, no ejercitada en las presentes actuaciones lo que debería llevar a la desestimación de la misma. Por último, sólo añadir que si por daño moral se entiende aquel que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama o prestigio no se advierte en las presentes actuaciones el inexorable nexo causal directo entre ese daño y las conductas imputadas al administrador demandado por lo que procede, en definitiva, confirmar la desestimación de dicha acción de responsabilidad.

Todo lo anterior lleva a estimar el recurso en parte y a declarar la nulidad del primero de los referidos acuerdos sociales impugnados.

SEXTO. En el último motivo se impugna el pronunciamiento sobre costas, interesándose que se no impongan las costas ya que concurren al caso dudas de hecho y de derecho que permiten la no aplicación del principio general de vencimiento objetivo. En este motivo, al que solo analizamos respecto a la confirmación de la desestimación de la acción de responsabilidad ejercitada contra el administrador, la parte expone que esa regla general de vencimiento no es aplicación al caso dadas las sentencias de divorcio, los datos contables reflejados en las cuentas anuales de la sociedad y del hecho que la actora es la socia minoritaria de la sociedad codemandada. No se advierte qué relación guardan esas alegaciones con la generación de dudas jurídicas o fácticas en el caso ya que los antecedentes de la situación matrimonial respecto de la acción individual de responsabilidad no son relevantes por cuanto la misma solo se asienta en actos u omisiones realizados desde la condición de administrador por lo que solo se analiza la conducta infractora desde una perspectiva meramente corporativa.

SÉPTIMO. Conforme al art. 394 LEC procede imponer las costas devengadas en la primera instancia por la demanda formulada contra ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL a ésta litigante e imponerlas a la parte actora al haberse desestimado las pretensiones contra el administrador demandado. No se hacen imposición de las costas de esta instancia al haberse estimado en parte el recurso (art.398 LEC).

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Hortensia contra la sentencia del Juzgado Mercantil número Nueve de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y se dicta otra por la que estimando en parte la demanda promovida por Hortensia contra Juan Enrique y ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL se declara nulo el acuerdo segundo adoptado en la junta general de socios de aquella sociedad demandada celebrada el día 22 de junio de 2011, con imposición de costas a la sociedad litigante en primera instancia y se desestima íntegramente la demanda deducida por la apelante contra Juan Enrique con imposición de costas devengadas por esta demanda a la parte demandante y todo ello sin hacer imposición respecto de las costas de esta alzada. Con devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.