



Roj: **SAP AL 1200/2014 - ECLI:ES:APAL:2014:1200**

Id Cendoj: **04013370022014100410**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **2**

Fecha: **28/07/2014**

Nº de Recurso: **348/2012**

Nº de Resolución: **196/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA DE PEDRO PUERTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 196/14

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JUAN RUIZ RICO Y RUIZ MORON

MAGISTRADOS

D.JOSE MARIA CONTRERAS APARICIO

Dª. ANA DE PEDRO PUERTAS

=====

En Almería a 28 de julio de 2014

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, **Rollo nº 348/12** los autos procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería, seguidos con el nº 400/11 sobre Procedimiento Ordinario de impugnación de acuerdos sociales entre partes, de una como parte apelante **JARQUIL ANDALUCÍA, S.A. y IJQ ANDALUCÍA, S.L.**, representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Lina Martínez Giménez y asistida por el Letrado D. Pedro Montoya Soler, y de otra como apelada **ANÓCELES, S.L.**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª María Luisa Alarcón Mena, y asistida por el Letrado D. Anastasio De Haro Rivas, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO .- Por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Almería en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2012 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que desestimando íntegramente la demanda, presentada por Dª LINA MARTÍNEZ GIMÉNEZ, en nombre y representación de JARQUIL ANDALUCÍA SA y IJQ ANDALUCIA SL, contra ANOCELES SL,

1.- Absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

2.- Con imposición de costas a la actora, con expresa declaración de temeridad...".

TERCERO .- Contra la referida sentencia, la representación de la actora interpuso recurso de apelación en el que tras las alegaciones pertinentes interesa se revoque dicha sentencia y se dicte otra, por la que se estime la demanda , se anule el acuerdo impugnado y se impongan las costas.

Admitido el recurso, se presentó escrito de oposición en el que interesa se desestime el mismo.



CUARTO .- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, se formó el rollo de sala, se turnó de ponencia y por auto de 22 de enero de 2013 se inadmitió la documental propuesta.. Con reasignación de ponencia, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 3 de julio de 2014, quedando los autos vistos y conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente la Ilma. Magistrada D^a ANA DE PEDRO PUERTAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercitaba en la instancia, por parte de dos socios y antiguos administradores sociales y frente a la sociedad, una acción dirigida a la anulación del acuerdo adoptado al punto 5 del orden del día de la Junta extraordinaria celebrada el 3 de junio de 2011 sobre ejercicio de la acción social de responsabilidad de administradores sociales, sustentando la impugnación en que el acuerdo es lesivo para los intereses de la sociedad en beneficio de varios socios o terceros. Los actores, la entidad Jarquil, socia al 46% y la entidad IJQ Andalucía SL, socia al 4%, instaron la inclusión como punto en el orden del día de Junta Extraordinaria el sometimiento a aprobación de la Junta del ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores que hayan sido y sean de la sociedad, además de otra información sobre la situación económica, siendo así que los actuales administradores- además de otros puntos, en especial, los relativos a la aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios 2007 a 2009-, incluyeron ese extremo en el orden del día y llegada la celebración a la junta debidamente convocada, la Junta por unanimidad acordó el ejercicio de responsabilidad frente a los administradores que lo fueron Jarquil Andalucía SA e IJQ Andalucía SL y las personas físicas por ellos designadas y, se desestimó con carácter expreso de responsabilidad a los administradores D^a Adelaida , Don Federico y D. Fernando y respecto de quienes son administradores en este momento. Entendían que referido acuerdo era lesivo para los intereses de la sociedad, máxime cuando desde el año 2003 y hasta junio de 2009 en que las actoras y D. Gerardo presentan su dimisión, el órgano de administración funcionaba a través de dos grupos ; el grupo 1 constituido por D. Federico , Adelaida y D. Ismael y el grupo 2, que eran las actoras, exigiendo la actuación mancomunada de un administrador de cada grupo. Además, alegaba que se había vulnerado el derecho de información de los socios en relación con las cuentas anuales, si bien no dedujo en la instancia pretensión alguna al respecto, pues solo se reclamaba la anulación del punto 5.

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda con expresa declaración de temeridad y tras analizar los presupuestos de la acción ejercitada señala que no concurre ninguno de ellos, porque el acuerdo no es lesivo al interés social al no frustrar la obtención de beneficio societario, cual es el ánimo de lucro, ni suponer perjuicio a la sociedad ni beneficio alguno para uno de los socios, pues el hecho de que se haya adoptado un acuerdo de no ejercicio de la acción frente a los Sres. Adelaida , Federico y Fernando , no supone que se haya exonerado de responsabilidad a los mismos quedando abierta la acción a las actoras para entablarla contra esos administradores. Además, califica de temeraria la demanda cuando pese a que conoció la convocatoria y el punto del orden del día de propuesta de exigencia de responsabilidad "a cualquier administrador" y que por tanto, podía el acuerdo afectar a las actoras, no acudieron a la Junta, siendo así que en la misma, validamente convocada y constituida como admiten expresamente, resulta absurdo que se pretenda el ejercicio de la acción contra ellos mismos. Analiza las supuestas alegaciones de falta de información por no entrega de documentación relativa a las cuentas anuales, concluyendo que no existe vulneración del derecho de información y que es una cuestión accesoria que podría haber mitigado si hubiera acudido a la Junta.

Frente a estos pronunciamientos, se alzan las actoras alegando error en la valoración de la prueba de los requisitos de la acción, pues teniendo en cuenta el modo de administración mancomunada que se mantuvo hasta la dimisión de los actores, hay lesión al interés social dado que toda acción de reintegro se ha de referir a una actuación mancomunada de ambos grupos, siendo así que el acuerdo beneficia a uno o varios socios porque exonera de responsabilidad a unos administradores frente a los que, si bien se puede entablar la acción social de responsabilidad, tienen un medio de defensa societario frente a la misma evitando que la misma prospere, cumpliéndose además el tercer requisito, pues no es necesaria que el daño se produzca y el fin último del acuerdo es prevenir un resultado desfavorable para los Sres Federico Adelaida y Fernando a los que se les ha dotado de una defensa adicional con esa declaración de voluntad exculpatoria adoptada en exclusiva de los propios beneficiarios en todo el período que ha durado su administración. Además, insiste en que existe una vulneración del derecho de información de los socios en la junta por parte de los administradores que además son liquidadores y que ni siquiera han dado comienzo a la liquidación, siendo así que se sometió a debate la aprobación de las cuentas anuales, sin que ni siquiera se hubiese permitido a los auditores la comprobación de los saldos, impugnando la valoración probatoria contenida al n^o 10 y 11 de la sentencia.

La parte apelada interesa la confirmación de la sentencia.



SEGUNDO .- Plantea la parte un error en la valoración de la prueba y al objeto, ha de partirse de las facultades revisoras del Tribunal u órgano «ad quem» en relación con dicha materia. En nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades (atinentes a la aportación de material probatorio y de nuevos hechos), no como un nuevo juicio sino como una revisión de la primera instancia en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que sean de aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la "reformatio in peius", y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación.

Ello no obstante, es ciertamente reiterada la doctrina legal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo según la cual la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales de instancia al configurar el «factum» de sus resoluciones es inatacable, salvo en ocasiones excepcionales de interpretaciones totalmente absurdas, erróneas o intemperantes (SSTS, Sala Primera, de 14 de febrero, 7 de marzo y 20 y 24 de abril de 1989, 1 de julio de 1996 y 15 de abril de 2003). Pero ello no significa, pese a lo extendido del errado criterio contrario, que las Audiencias carezcan de esa función revisora respecto de la valoración y apreciación probatoria efectuada por los Juzgados de Primera Instancia con ocasión de los recursos de apelación de los que conozcan, pues, por definición y como el propio Tribunal Supremo tiene declarado, la apelación es un recurso ordinario que somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio, dentro de los límites del objeto o contenido en que se haya formulado el recurso, en términos tales que faculta a aquél para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio dentro de los límites de la obligada congruencia (SSTS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1963; 11 de julio de 1990; 19 de noviembre de 1991; 13 de mayo de 1992; 21 de abril de 1993; 31 de marzo de 1998; 28 de julio de 1998; y 11 de marzo de 2000; entre otras).

Ahora bien, en materia de valoración de prueba tampoco puede olvidarse que la práctica de la prueba se realiza ante el juzgado de instancia y éste tiene ocasión de poder percibir con inmediatez las pruebas practicadas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes. En suma, el principio de inmediatez, que aparece en la anterior LEC y con mayor énfasis en la nueva, que informa el proceso civil debe concluir "ad initio" por el respeto a la valoración probatoria realizada por el juzgador de instancia salvo, excepción, que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio. Prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente. Pero aún más, esta sala viene haciendo hincapié que en modo alguno puede analizarse o, mejor, impugnarse la valoración probatoria del juzgador de instancia mediante el análisis de la prueba (cualquier medio de prueba) de forma individualizada sin hacer mención a una valoración conjunta de la prueba que es la que ofrece el juzgador.

Además, conviene destacar dos hechos que la sala considera esenciales al objeto de delimitar esta alzada; primero, que pese al alegado supuesto error en la valoración de la prueba, las recurrentes no combaten en modo alguno el relato fáctico de la sentencia contenido en los números 1 al 23, los cuales resultan de la documental aportada por ambas partes como única prueba admitida; segundo, que no obstante la valoración que efectúa la resolución de instancia del derecho de información de los socios e inexistente vulneración por parte de los administradores contenida al nº10 y 11 de la sentencia que lo califica como "accesorio", esta Sala considera irrelevante su análisis de cara a la única acción ejercitada, máxime cuando ni siquiera hicieron uso de ese derecho en forma, ni asistieron a la Junta en la que alegan que hubo ocultación de información, admitiendo su válida convocatoria, además de obviar que el derecho de información comporta un deber que ha de ejercerse en forma y de buena fe; huelga toda consideración y debate de esas supuestas vulneraciones del derecho de información en relación a la única pretensión ejercitada, pues esa vulneración se plantea en relación a la situación económica de la entidad y a las cuentas anuales de tres ejercicios aprobadas, planteando ahora en el recurso y no en la instancia, nuevas cuestiones relativas a la liquidación de la entidad y a la actuación de los administradores- liquidadores que ni siquiera fueron suscitadas en la instancia y lo más relevante, se insiste, sin que deduzca pretensión alguna en relación a esos acuerdos sobre aprobación de cuentas. Como puso de relieve la sociedad en la instancia e invoca nuevamente en el trámite correspondiente en la alzada, la única pretensión ejercitada lo es la impugnación del punto 5 de los acuerdos adoptados en materia de la acción social de responsabilidad de los administradores por supuesta lesividad del acuerdo a los intereses sociales y respecto de esa acción, ninguna relevancia tienen las demás cuestiones planteadas, ni por supuesto las nuevas alegaciones efectuadas en sede de recurso.

TERCERO .- Presupuesto el análisis de la alzada y la acción ejercitada, como señala la resolución de instancia, para que se pudiera apreciar el motivo de anulabilidad del acuerdo descrito al nº 23 de los hechos probados, sería imprescindible, en primer lugar, que se constatare una lesión (o riesgo cierto de lesión), consecutiva



al acuerdo impugnado, del interés de la sociedad (si bien reseñamos que la jurisprudencia - sentencias de la Sala 1ª del TS de 10 de noviembre de 2011 y de 17 de enero de 2012 - reconoce que no existe una posición uniforme sobre lo que debería entenderse por tal, si el interés común de todos los socios de la misma -teoría contractualista- o el de la propia empresa de la que ellos son partícipes -teoría institucionalista-, o incluso según otras posturas doctrinales -monistas, dualistas, pluralistas, finalistas, en función del acto o acuerdo, etc). Pero también resultaría necesario poder constatar que de ello derivaría además la obtención de un provecho particular por parte de socios o terceros, y, finalmente, que concurriese una relación de causalidad entre aquella y éste.

No resultaría anulable, por lo tanto, en aplicación del referido precepto legal, un acuerdo que resultase lesivo para un socio o grupo de socios si al propio tiempo no perjudicase el interés social ni generase beneficio alguno para otros socios o terceros. Como tampoco entraría dentro de la órbita de la citada norma el acuerdo perjudicial para unos socios y provechoso para otros que, sin embargo, no lesionase el interés de la sociedad.

Es obvio que la viabilidad de la causa legal de impugnación de que se trata, fundada en el art. 204 "in fine" de la L.S.C., no puede conducir a la suplantación por parte del juez de la figura del empresario en la adopción de sus particulares decisiones estratégicas a la hora de valorar la eventual lesividad para el interés social de un determinado acuerdo. Ello lo pone de relieve el examen de los antecedentes legislativos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y, como indica el profesor Garrigues, se trataba de evitar la conversión del juez en órgano fiscalizador "del desacierto económico" de las decisiones empresariales o en órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad. También lo recordaban las STS de 18 de marzo de 1981, 12 de julio de 1983 y 17 de abril de 1997. Así pues, para que se pueda apreciar este motivo de anulabilidad es imprescindible, como pone de relieve con acierto el juzgador a quo, que se constate una lesión, consecutiva al acuerdo impugnado, del interés de la sociedad entendido como el agregado de los intereses particulares de sus socios y además, que de esa lesión al interés social deriva la obtención de un provecho particular por parte de determinados socios, y, por lo tanto, que concurre relación de causalidad entre aquella y este (S.T.S. de 18 de septiembre de 1998). Es por ello que no resultaría anulable en aplicación del referido precepto legal un acuerdo que resultase lesivo para un socio si al propio tiempo no perjudicase el interés social, y tampoco entraría dentro de la órbita de la norma el acuerdo perjudicial para unos socios y provechoso para otros que, sin embargo, no entrañase riesgo alguno de que los intereses sociales se vean menoscabados.

Pues bien, aplicando sendos principios en la revisión que comporta la alzada, coincidimos plenamente en las afirmaciones contenidas en la resolución de instancia de inexistencia de perjuicio o lesividad para los intereses de la sociedad y al objeto, destacamos con aquella tres afirmaciones que la Sala considera esenciales en torno a la acción; primero, que ese acuerdo transcrito al nº23 en modo alguno, exonera de responsabilidad a los actuales administradores, pues su supuesta responsabilidad podrá ser juzgada en el correspondiente procedimiento en que se ejercite la acción social de responsabilidad de los administradores instada por socios o acreedores -con el correspondiente debate contradictorio u otras acciones de responsabilidad frente a los mismos previstas en la ley, sin que el acuerdo de no ejercicio frente a los actuales administradores, cercene el posible éxito de la acción que dependerá de la prueba de sus presupuestos, ni suponga un mecanismo adicional de defensa, subrayando nuevamente que la legitimación para instar la acción ex art 239 de la LSC pese al acuerdo impugnado está incólume y aquella acción completamente imprejuizada de cara a la defensa del interés social; segundo, que el hecho de que hasta una determinada fecha (29 de junio de 2009) los actores y los hoy administradores actuasen mancomunadamente dentro de sus grupos, no es óbice material para la prueba de los presupuestos de la acción si se ejercita; tercero, que como destaca la resolución de instancia, carece de lógica y comporta una actuación contraria a las reglas de la buena fe, que los hoy actores insten la inclusión como punto de debate en una Junta la aprobación del ejercicio de una acción social de responsabilidad, ésta se incluya como de posible extensión a todos los administradores, reciban la convocatoria en tiempo y forma, conozcan que les pueda afectar por el período en que lo fueron y no acudan a esa Junta para además de ejercitar su derecho de información en cualquier materia, contribuir con su voz y voto a la deliberación y acuerdos al objeto, un voto además, sumamente cualificado al representar el 50% del capital social.

Por tanto, en la revisión que comporta la alzada, consideramos sin atisbo de error valorativo o de derecho alguno, que la resolución de instancia hace análisis exhaustivo de la acción ejercitada y colegimos que no se da ninguno de los presupuestos para combatir el único acuerdo impugnado. En evitación de innecesarias reiteraciones, bastaría con dar por reproducida la fundamentación que se contiene en la sentencia apelada para desestimar el recurso de apelación; debiéndose recordar que la jurisprudencia viene afirmando que es motivación suficiente de las sentencias la remisión hecha por el Tribunal superior a la sentencia de instancia que era impugnada (S.T.S 174/1987; 146/1990; 27/1992, 11/1995, 115/1996, 105/1997, 23/1997 y 26/1998), precisando la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 que: "Si la resolución



de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene porque repetir o reproducir los argumentos de aquella, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario, según tiene declarado reiteradamente esta Sala respecto a la fundamentación de la sentencia por remisión (aparte de otras, TS SS 16 Oct. 1992 , 5 Nov. 1992 y 19 Abr. 1993).".

CUARTO. - De conformidad con el art 398 de la LEC , dada la íntegra desestimación del recurso, se imponen las costas a las recurrentes; respecto de las de instancia en las que consta expresa declaración de temeridad, pese a ser un pronunciamiento expresamente impugnado, el recurrente no concreta razón alguna de impugnación, siendo así que conforme a lo expuesto en el fundamento anterior, procede confirmar la imposición con todas sus consecuencias.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA** del recurso de apelación deducido frente a la sentencia de 13 de junio de 2012 dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Almería, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la resolución, con imposición de costas de la alzada al recurrente.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución a los efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.