



Roj: **SAP SS 803/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:803**

Id Cendoj: **20069370022016100327**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **28/09/2016**

Nº de Recurso: **2282/2016**

Nº de Resolución: **247/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación LEC 2000**

Ponente: **FELIPE PEÑALBA OTADUY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA**

**GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-15/008551

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.47.1-2015/0008551

**Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 2282/2016 - R**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / Donostiako 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 632/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: COMUNIDAD DE HEREDEROS DE Clara --

Procurador/a/ Prokuradorea: TERESA ZULUETA CALVO

Abogado/a / Abokatua: MARIA PILAR BERASAIN BIURRARENA

Recurrido/a / Errekurritua: APARTAMENTOS MIGJORN PLAYA S.A., Rosana y Romualdo

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA ZABALETA D ANJOU, MARIA ZABALETA D ANJOU y MARIA ARANZAZU URCHEGUI ASTIAZARAN

Abogado/a/ Abokatua: JOSE MIGUEL PEREZ ARRIETA, JOSE MIGUEL PEREZ ARRIETA y LUIS JESUS LECONA ECHEVERRIA

**SENTENCIA Nº 247/2016**

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dª. YOLANDA DOMEÑO NIETO

Dª. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Juicio Ordinario nº 632/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián, a instancia de la COMUNIDAD DE HEREDEROS DE Clara (apelante - demandante), representada por la Procuradora Dña. Teresa Zulueta Calvo y defendida por la



Letrada Dña. María Pilar Berasain Biurrarena, contra D. Romualdo (apelado - demandado), representado por la Procuradora Dña. María Aranzazu Urchegui Astiazaran y defendido por el Letrado D. Luis Lecona Echeverria, Dña. Rosana y APARTAMENTOS MIGJORN PLAYA S.A. (apelados - demandados), representados por la Procuradora Dña. María Zabaleta D'Anjou y defendidos por el Letrado D. José Miguel Pérez Arrieta; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 15 de abril de 2016 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 15 de abril de 2016 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián dictó Sentencia , que contiene el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Zulueta Calvo, en nombre y representación de Doña Clara , contra APARTAMENTOS MIGJORN PLAYA S.A., D. Romualdo y Doña Rosana , absuelto a éstos de los pedimentos formulados en su contra.

Se condena en costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 20 de septiembre de 2016.

**TERCERO.-** Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D. FELIPE PEÑALBA OTADUY.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Planteamiento del debate en la alzada*

Frente a la sentencia del ilmo. magistrado-juez del juzgado de lo mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián que acuerda desestimar la demanda formulada por la comunidad de herederos de D<sup>a</sup> Clara (la Sra. Clara falleció en el curso del procedimiento) frente a la mercantil APARTAMENTOS MIGJORN PLAYA, S.A., D. Romualdo y D<sup>a</sup> Rosana , ejercitado tres acciones: de disolución judicial de la mercantil, de **impugnación de acuerdos sociales** y de responsabilidad de administradores, se alza el recurso de apelación de la parte actora interesando su revocación y el dictado de una nueva sentencia estimando íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de costas a la adversa en las dos instancias en caso de que se opusiera al recurso.

De la lectura del escrito de recurso se deduce que la parte apelante fundamenta el mismo sobre los motivos que, en síntesis, son los siguientes:

1.- Error en la valoración de la prueba. Las pruebas practicadas acreditan objetivamente que la mercantil no ha ejercido actividad alguna en los últimos cinco años. El juzgado de instancia ha entendido que la actividad no ha cesado, no atendiendo al desarrollo del objeto social de la misma, sino a otras cuestiones propias de la existencia de cualquier persona jurídica, esté activa o no. El juzgado de instancia realiza un conjunto de afirmaciones respecto de su mandante y la letrada que le dirige que no han sido objeto de pleito, ni de prueba, ni de contradicción, consignándose en la sentencia de forma totalmente sorpresiva.

2.- Infracción legal por inaplicación de los arts. 362 y 363 de la LSC. En el caso de autos se dan los presupuestos para la disolución de la mercantil. Se ha producido el cese en el ejercicio de la actividad por inactividad de la mercantil durante un período superior a un año (art. 363.1.a) LSC). Se ha acreditado, en relación al único bien propiedad de la mercantil codemandada que, después de treinta años, y siendo un terreno rural, no es posible construir, ni ejecutar obra alguna sobre el mismo. Igualmente, ha quedado acreditado que su representada en dos ocasiones (juntas de fechas 4/12/2014 y 19/6/2015) ha solicitado de forma expresa la disolución y liquidación de la sociedad.

3.- No acordada la disolución de la mercantil demandada por estar incurso en causa legal de disolución, todas las actuaciones posteriores de la misma son nulas de pleno derecho, con la consiguiente responsabilidad del órgano de administración por no convocar la junta para acordar dicha disolución. Además, el acuerdo de ampliación de capital tiene por objeto única y exclusivamente sufragar los gastos futuros de puro mantenimiento de la mercantil, dado que no existe proyecto económico alguno, ni gasto alguno generado pendiente de pago, con el añadido de que por primera vez en la historia de la mercantil en agosto de 2015 se decide por los administradores contratar los servicios de una asesoría. Se ha omitido el informe preceptivo que exige el art. 286 LSC Se trata de un supuesto claro de adopción de un acuerdo que, sin responder a una



necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios contemplado en el art. 204.1 LSC, pues la ampliación de capital ha hecho ganar a cada uno de los socios favorables al acuerdo la cantidad de 5.059,79€ y perder a su representada 9.255,59€ como consecuencia de la mayor y menor participación, respectivamente, en la sociedad y, por tanto, respecto del único bien de la misma. Y, por otra parte, yerra la sentencia al afirmar que el cambio de domicilio social no haya supuesto un incremento de gastos de la sociedad, pues el traslado del domicilio a la sede de una asesoría en Azpeitia en julio de 2015 ha supuesto la creación de unos gastos de la sociedad que antes no existían.

La representación de D. Romualdo se opone al recurso de apelación interpuesto e interesa su íntegra desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida con expresa condena en las costas causadas en grado de apelación a la parte apelante.

Igualmente, la representación de APARTAMENTOS MIGJORN PLAYA, S.A. y D<sup>a</sup> Rosana se oponen al recurso de apelación interpuesto interesando su íntegra desestimación con expresa condena en las costas de la segunda instancia a la parte apelante.

### **SEGUNDO.-** *Acción de disolución judicial*

Las causas de disolución que se invocan en la demanda son las reseñadas en los apartados a) y c) del art. 363.1 LSC, esto es: cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social y, en concreto, por un período de inactividad superior a un año (a) e imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social (c).

Antes de abordar los motivos de recurso invocados por la parte apelante resulta preciso efectuar una serie de consideraciones previas.

Esta sala no va a tener en consideración el documento presentado por la representación de la comunidad de herederos de D<sup>a</sup> Clara junto con su escrito presentado el 7 de marzo de 2016, consistente en sentencia n<sup>o</sup> 99/2016 dictada por la sala de lo contencioso administrativo sección quinta del Tribunal Supremo en el recurso de casación n<sup>o</sup> 1107/2014, porque el juzgador de instancia no se ha pronunciado en la sentencia impugnada sobre la admisión y alcance del mismo, tal y como exige el art. 271 LEC, sin que la parte apelante haya denunciado dicha infracción procesal en su recurso de apelación.

Por tanto, y conforme al principio de perpetuación de la acción (así, STS de 18 de julio de 2013), para la resolución del recurso de apelación planteado deberá atenderse a la situación de hecho existente al presentarse la demanda.

Sentado lo anterior, la parte apelante alega como motivo de recurso, tanto el error en la valoración de la prueba, como la infracción legal por indebida inaplicación del citado precepto, si bien, en relación al primer motivo de impugnación, las consideraciones que efectúa no vienen referidas a la existencia de un error sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión impugnada, sino a la interpretación que hace el juzgado de los hechos probados, denunciando al mismo tiempo que se han tomado en consideración una serie de afirmaciones que no han sido objeto de pleito ni de prueba.

Empezando por esta última cuestión, las consideraciones controvertidas que pone de manifiesto la parte apelante vienen referidas a cuestiones de hecho introducidas por la representación del Sr. Romualdo en su escrito de contestación a la demanda (situación de la mercantil prolongada durante treinta y un años, la actora accionista de la sociedad desde el 30/11/1983 y su letrada ha sido consejera delegada desde el 15/12/1999 hasta el 4/12/2014) y, en su caso, se trata de valoraciones de dichos hechos (la demandante, fallecida durante el curso del procedimiento, consintió la situación de la mercantil y no se ha explicado el cambio de actitud en el sentido que dicha situación sea determinante de causa disolutiva de la sociedad), por lo que nos situamos en el ámbito de la "interpretación" de los hechos que se declaran probados, no propiamente ante un error en la valoración de la prueba.

Por otra parte, ninguno de los hechos que el juzgador de instancia señala en el fundamento jurídico segundo de la sentencia para determinar que no existe causa de disolución de la mercantil ha resultado desvirtuado, por lo que la controversia se ciñe a determinar si ha existido o no infracción legal por inaplicación del art. 362 LSC al darse los presupuestos para ello, sin que esta sala encuentre motivo para apartarse del criterio seguido por el juzgador de instancia.

Constituye objeto social de la mercantil (art. 2 de los estatutos) la construcción y ejecución obras de todo tipo, así como la compraventa de terrenos e inmuebles.

La mercantil es propietaria de un terreno sito en Formentera sobre el que ha llevado una serie de actuaciones administrativas y judiciales para lograr una calificación que permita acometer una actividad de promoción inmobiliaria rentable. De hecho, a fecha de interposición de la demanda que ha dado origen al presente pleito se encontraba pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto por la mercantil codemandada contra la



resolución de fecha 6/2/2014 dictada por el TSJ de las Islas Baleares en el recurso contencioso-administrativo nº 791/2010 con el fin de obtener una calificación urbanística más favorable para el aprovechamiento del citado terreno.

Por otra parte, no resulta discutido que la mercantil no ha llevado a cabo ninguna actividad constructora sobre el indicado terreno adquirido el 11/6/1986, que constituye la única propiedad de la misma, situación con la que se aquietó la actora hasta la junta universal celebrada ante notario el 4/12/2014 para aprobar las cuentas anuales de los ejercicios 2012 y 2013.

Ahora bien, esta sala comparte el criterio del juzgador de instancia que considera que no ha existido inactividad de la mercantil. Aun cuando la mercantil no haya desarrollado una actividad de construcción, sí ha desarrollado una actividad íntimamente ligada con lo que constituye su objeto social, comprensivo de la construcción y venta de terrenos e inmuebles, al estar orientada a obtener una calificación urbanística del terreno que permita obtener la máxima rentabilidad económica.

Por último, no se puede hablar de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, entendido como imposibilidad de obtener ganancias repartibles a través del ejercicio de la actividad social que constituye su objeto, cuando todavía no ha determinado de manera definitiva la calificación urbanística del terreno propiedad de la mercantil y se desconoce, por tanto, la rentabilidad que pueda obtenerse con la construcción (si es posible y en qué términos) o la transmisión del mismo.

### **TERCERO.- Acciones de *impugnación de acuerdos sociales* y de responsabilidad de los administradores**

Habiéndose confirmado el pronunciamiento de la sentencia de instancia relativo a la acción de disolución judicial de la mercantil decae el motivo de impugnación invocado por la parte apelante para justificar las acciones de **impugnación de acuerdos sociales** y de responsabilidad de los administradores ejercitadas (todas las actuaciones llevadas a cabo por la mercantil estando incurso en causa legal de disolución son nulas de pleno de derecho).

No obstante lo anterior, si bien la propia parte apelante manifiesta en su recurso que la acción de **impugnación de acuerdos sociales** es única y exclusivamente consecuencia de la acción de disolución judicial de la mercantil, esto no es así, pues también considera que el acuerdo de ampliación de capital no tiene justificación legal o empresarial alguna (además no se ha elaborado informe de justificación del mismo, tal y como exige el art. 286 LSC) y se ha realizado en perjuicio de ella, no teniendo razón de ser llevar a cabo actuaciones que generan más gastos para una sociedad que no cuenta con ingresos, como es el cambio de domicilio.

La alegación del incumplimiento de la exigencia contenida en el art. 286 LSC constituye una cuestión nueva que se plantea por vez primera de manera extemporánea en el escrito de recurso de apelación, por lo que no procede su examen por esta sala.

El art. 204.1 LSC determina que son impugnables los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Como señala la STS de 17 de enero de 2012 en relación a un supuesto en que resultaba de aplicación por razones temporales la Ley de Sociedades Anónimas, pero cuyas consideraciones son aplicables al caso debatido, "para la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de, los siguientes requisitos: 1.º Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2.º Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios"; y en la 193/2000 de 4 de marzo, reiterada en la 1131/2002, de 29 de noviembre, que es preciso que el acuerdo sea lesivo "para el interés social (...); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio", señalando la indicada resolución que no basta su mera alegación, sino que será preciso la prueba de la totalidad de los indicados requisitos para la viabilidad de la impugnación.

En 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.

En concreto, y en relación a la protección de los socios minoritarios, la indicada STS de 17 de enero de 2012 con cita de la STS de 7 de diciembre de 2011, señala que "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".

La parte apelante mantiene que el acuerdo de ampliación de capital no responde a una necesidad razonable de la sociedad. Ahora bien, las sociedades necesitadas de financiación disponen por regla general de dos posibilidades: acudir al crédito, obteniendo recursos ajenos que deberán restituir en su momento, o aumentar el capital, para recabar nuevos recursos propios que por principio quedan afectos de manera permanente a la explotación de la actividad social. Pues bien, si se ha entendido que no existe motivo para disolver la sociedad, la misma carece de ingresos, y no consta que los socios estén dispuestos a efectuar aportaciones voluntarias con las que sufragar los gastos derivados de la actividad social, la decisión de ampliar el capital resulta totalmente razonable.

Igualmente, mantiene la parte apelante que dicho acuerdo se ha adoptado en detrimento injustificado de los demás socios, porque la ampliación de capital conlleva una pérdida para ella, que ve minorada su participación en el activo de la sociedad constituido por el referido terreno en Formentera a diferencia de lo que sucede con los accionistas que han votado favorablemente a la ampliación de capital. Ahora bien, el "beneficio" obtenido por los socios favorables al acuerdo deriva del hecho de haber suscrito la ampliación de capital y haber desembolsado la cantidad correspondiente para la adquisición de las nuevas acciones (el incremento de participación de unos socios tiene como contraprestación el desembolso económico efectuado por ellos), lo que la actora, pudiendo haberlo hecho, decidió no hacerlo, por lo que no puede concluirse que el acuerdo se ha adoptado en detrimento injustificado del socio minoritario.

Por último, si antes el domicilio social estaba ubicado en el domicilio particular de uno de los socios que, por razón de las desavenencias surgidas, no está dispuesto a mantener dicha situación, y toda sociedad debe contar con uno (art. 9 LSC), no cabe entender que la decisión de fijar el mismo en la asesoría contratada para asesorar a la mercantil sea contraria al interés social.

En consecuencia, y por todo lo anteriormente expuesto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia impugnada.

#### **CUARTO.- Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, por remisión del art. 398.1 LEC, la desestimación del recurso determina que se condene a la parte apelante en las costas derivadas del recurso.

#### **QUINTO.- Depósito**

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía popular

### **FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación de la comunidad de herederos de Dª Clara contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2016 por el magistrado-juez del juzgado de lo mercantil nº 1 de San Sebastián en autos número 632/2015, **CONFIRMANDO** la misma, y condenando a la parte apelante a las costas causadas en la presente alzada.

Transfírase el depósito por el letrado de la administración de justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ