

Roj: **ATS 257/2013 - ECLI:ES:TS:2013:257A**Id Cendoj: **28079110012013200189**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2013**Nº de Recurso: **959/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Auto****AUTO**

En la Villa de Madrid, a quince de Enero de dos mil trece.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- La representación procesal de D. Ildefonso presentó el día 7 de marzo de 2012 escrito de interposición del recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2012 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 440/11, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 521/2009 del Juzgado de lo mercantil nº 5 de Barcelona.

2.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 20 de marzo de 2012 se tuvieron por interpuestos los recursos, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

3.- El procurador D. Antonio García Martínez en nombre y representación de D. Ildefonso presentó escrito ante esta Sala con fecha 25 de abril de 2012, personándose en calidad de parte recurrente. La procuradora D.ª María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de "Residencia Verde, S.L." presentó escrito ante esta Sala con fecha 9 de mayo de 2012 personándose en calidad de parte recurrida.

4.- Por providencia de fecha 6 de noviembre de 2012 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

5.- Mediante escrito presentado el día 14 de noviembre de 2012 la parte recurrida manifestó su conformidad con las posibles causas de inadmisión. La parte recurrida presentó escrito el 27 de noviembre de 2012, manifestando su oposición a las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

6.- Por la parte recurrente se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Juan Antonio Xiol Rios, a los solos efectos de este trámite.

**II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal se interponen contra una sentencia recaída en juicio sobre nulidad de acuerdos adoptados por una sociedad de responsabilidad limitada que fue tramitado en atención a la materia, por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).



2.- El escrito de interposición del recurso de casación se estructura en torno a tres motivos. En el primer motivo se cita como vulnerado el artículo 115 LSA en relación al artículo 7 CC . Razona el recurrente que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 19 de febrero de 1991 , 10 de diciembre de 2008 , 10 de noviembre de 2011 y 7 de diciembre de 2011 . Según indica, en estas sentencias se fija como doctrina jurisprudencial que el interés social no puede ser otro que la suma de los intereses particulares de los 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. El segundo motivo del recurso se funda en la infracción del artículo 85 LSA en relación con los artículos 48 y 125 de la LSA y el artículo 7.2 CC , así como en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 26 de mayo de 2005 , 5 de octubre de 2011 y 7 de diciembre de 2011 relativa a que el acuerdo aprobado por una mayoría social de atribuir los beneficios de la sociedad a reservas y negar de hecho el derecho al dividendo sin justificación o sistemáticamente supone una conducta constitutiva de **abuso de derecho**. En el motivo tercero se citan nuevamente los artículos 85 LSA en relación con los artículos 48 y 125 LSA y las sentencias de esta Sala de 26 de mayo de 2005 , 5 de octubre de 2011 y 7 de diciembre de 2011 . Considera el recurrente que como consecuencia de los motivos anteriores, previa declaración de la nulidad del acuerdo, se debe acordar el reparto de los **dividendos** en proporción a las participaciones de cada uno de los socios.

3.- El recurso de casación no puede ser admitido. En el primer motivo del recurso de casación , no ha justificado la parte la jurisprudencia de la Sala Primera del TS que se supone infringida, pues si bien cita hasta cuatro sentencias de esta Sala, lo cierto es que estas sentencias no declaran la doctrina jurisprudencial que identifica el recurrente como vulnerada respecto a que el interés social no puede ser otro que la suma de los intereses particulares de los 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 en ( artículo 481.1 y 483.2.2.º LEC ). Pero es que además, insiste en que el acuerdo cuya nulidad solicita no persigue ni el interés del conjunto de los accionistas, ni de la sociedad y perjudica su propio interés, por lo que resulta abusivo, cuando la Audiencia Provincial, tras analizar la prueba practicada, niega que se den estos presupuestos, por lo que los razonamientos jurídicos de la parte recurrente suponen desconocer el conjunto de hechos que han quedado probados por la sentencia que se recurre, lo que no resulta posible en el recurso de casación. En cuanto a los motivos segundo y tercero igualmente deben ser inadmitidos, pues la doctrina jurisprudencial que se dice vulnerada relativa a que la privación sin justificación, del derecho al reparto de beneficios por parte de la sociedad y la atribución de los mismos exclusivamente a fondos de reserva revela un **abuso de derecho** por parte de la sociedad, no tiene cabida en el asunto que se examina desde el momento en que la sentencia considera probado, que a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, existen causas que justifican la decisión impugnada, centradas en que no se ha producido ninguna disfunción en el patrimonio, al existir importantes cargas financieras y una difícil situación del inmovilizado material, principal activo de la sociedad, que justificaban la decisión mayoritariamente adoptada de no repartir **dividendos**, elementos que impiden la declaración de nulidad del acuerdo, y el consiguiente reparto de beneficios. En definitiva la aplicación de la jurisprudencia invocada en estos motivos, solo podría llevar a una modificación del fallo recurrido, mediante la omisión de los hechos que han quedado probados para la Audiencia Provincial.

4.- La improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000 . Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC , como recoge el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.

5.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC 2000 , dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

6.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 y 473.2 de la LEC 2000 y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

**LA SALA ACUERDA**



1º) NO ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de D. Ildefonso contra la sentencia dictada el 1 de febrero de 2012 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 440/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 521/2009 del Juzgado de lo mercantil n.º 5 de Barcelona, con pérdida del depósito constituido.

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.

3º) IMPONER las costas a la parte recurrente.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a la parte recurrente y a la parte recurrida personadas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en los art. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS