Roj: SJM S 14/2014
Id Cendoj: 39075470012014100002
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Santander
Sección: 1
Nº de Recurso: 256/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: Apelación, Impugnación de acuerdos sociales
Ponente: CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENENDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Juzgado Mercantil de Cantabria.

JUICIO ORDINARIO 256/2013.

SENTENCIA

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. **Carlos Martínez** de **Marigorta Menéndez**.

Demandante: Rosa .

Letrado: Luis Revenga Sánchez.

Procurador: Gloria Payno **Martínez**.

Demandado: Belmorcán S.L..

Letrado: Óscar Buenaga Ceballos.

Procurador: Luis Alberto Gómez Salceda.

Objeto del Juicio: Impugnación de acuerdos sociales por nulidad.

En Santander a 19 de febrero de 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31-5-13 la indicada representación de la parte actora, presentó escrito de demanda ante este juzgado, en la que con fundamento en los hechos y fundamentos legales que cita se concluía solicitando sentencia por la que se acordase la "nulidad del acuerdo para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a doña Rosa adoptado en la junta extraordinaria de socios de Belmorcan S.L. celebrada el 30 de enero de 2013, así como de la destitución de dicha administradora consecuencia del anterior y el nombramiento de las nuevas administradoras", con imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de solicitar sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda con imposición de costas.

TERCERO.- Celebrado el acto de audiencia previa, se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 11 de febrero de 2013, con la concurrencia de todas las partes, practicándose en dicho acto la prueba en su día declarada pertinente, y tras la manifestación de las partes de sus conclusiones, se dio por concluido el acto, y se mandó pasar los autos a la mesa de SSª para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Belmorcan SL tiene cuatro socias, dos las cuales, Sras. Africa y Belen representan cada una un 1,09 % del capital, mientras las otras dos, Sras. Rosa y Jose Ángel , ostentan el 48,9 % cada una.

La sociedad, desde su constitución (con un diferente reparto de participaciones sociales ala actual), optó por el modelo de administrador único, recayendo el nombramiento en la actora, hasta la junta extraordinaria de 30-1-2013, en la que se aprueba el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra la administradora única, con el consiguiente cese de la administradora (art 238.3 LSC) que de otra forma no habría podido

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ

conseguirse sin el voto del 55 % del capital (que no se obtendría nunca con la oposición de la actora con el actual reparto de participaciones. Se designa a las otras tres socias como administradoras.

2. La actora sostiene que el referido acuerdo tenía el único objeto de remover a la Sra Rosa del cargo de administradora única, finalidad para la que no tenía la mayoría suficiente. Destaca así que aún no ha sido emplazada por ninguna demanda, que las cuentas de 2011 se aprobaron en la Junta, y que posteriormente ha sido convocada a junta para el día 20 de abril de 2013 (doc13) en cuyo orden del día se incluye tanto la exclusión de la Sra Rosa de la sociedad como la retirada de la demanda interpuesta por la sociedad frente a la Sra. Rosa , demanda cuya interposición se acordó con el voto favorable de la Sra. Rosa y en contra del resto de socias, en junta de 28 de junio de 2010 (doc. 10) en reclamación de cantidades percibidas por la Sra Jose Ángel por error durante su baja, así como otras pagadas por préstamos personales de la indicada, siendo la SL avalista

3. Funda su demanda en los arts. 204 a 208 LSC en relación con el 7 y el 6.4 CC . Y en la afirmación de que no consta ni se ha mencionado daño o perjuicio alguno para la sociedad derivado de la actuación de la administradora única, ni se ha justificado en absoluto el acuerdo que no constaba en el orden del día.

SEGUNDO.- 1. La demandada se opone, manifestando que si no ha interpuesto aún la acción de responsabilidad es por la falta de documentación necesaria, que la actora retienen y no entrega, pese a lo cual sí ha presentado denuncia, de lo que ha de derivarse la voluntad de interponer la acción social de responsabilidad. Alude a una supuesta mala y opaca gestión de la entidad por la actora.

2. Opone la caducidad de la acción ejercitada, que se reconoce en la demanda es conforme con el art 238 LSC, pero vulnera los estatutos (art 28) de modo que sería anulable, no nula, con un plazo de caducidad de 40 días (art 204.2 y 205.2 LSC).

TERCERO.- 1. En primer lugar debe abordarse la invocada caducidad de la acción. Siendo el acuerdo de 30-1-2013 y la demanda de 28-5-2013, estaría caducada la acción conforme al art 205.2 en relación con el 204 apartados 1 y 2 LSC por transcurso del plazo de 40 días si se impugnara el acuerdo por ser contrario a los Estatutos.

2. El art 221 LSC, permite para la SL que el cargo de administrador lo sea por tiempo indefinido salvo que los estatutos establezcan plazo. El cese de los administradores según el art 223 puede ser acordado en cualquier momento por la Junta General aun cuando la separación no conste en el orden del día, y en el caso de la SL los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos de Belmorcán así lo hacen en su artículo 28: "El cargo se ejercerá por tiempo indefinido, sin perjuicio de poder ser cesados en cualquier momento, por acuerdo en junta general de los socios que representen el 55 % del capital social."

4. La acción social de responsabilidad (art 238 LSC) contra los administradores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la junta general a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día, sin que los estatutos puedan establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo (1). El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados (3). La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

5. En virtud de lo expuesto considero que sí ha caducado la acción, ya que lo que la parte considera infringido es el precepto estatutario que cualifica la mayoría necesaria para el cese del administrador, admitiendo la corrección formal del acuerdo de la junta para el ejercicio de la acción social de responsabilidad conforme al art 238 LSC, y resultando que conforme a la ley, incluso el acuerdo de cese sería válido, infringiendo únicamente el precepto estatutario.

6. El argumento de que se impugna el acto por ser contrario a la Ley, bien la LSC ya que es la norma que se remite a los estatutos permitiendo y cobijando así que éstos exijan una mayoría cualificada, bien al Código Civil, por incurrir en fraude de ley, no deben tampoco prosperar:

a. En cuanto al primero, porque de ese modo todas las infracciones de norma estatutaria pasaría a ser infracción de ley, desapareciendo la categoría de acuerdo anulable.

b. En cuanto al segundo, porque el resultado perseguido para aplicar el art 6.4 CC habría de ser prohibido por el ordenamiento o contrario a él, lo que nuevamente nos lleva a la contradicción con la norma estatutaria, única que se estaría vulnerando, como resulta de la jurisprudencia que a continuación se señalará

(particularmente la STS de 10-11-2011) ya que la apreciación del fraude de ley, en su caso, llevaría no a nulidad, sino a la aplicación de la norma que se había tratado de eludir, de modo que el plazo de caducidad sería el propio de la norma infringida, en este caso los estatutos, es decir, 40 días.

CUARTO.- 1. En todo caso, a mayor abundamiento, la actora sostiene que el acuerdo incurre en fraude de ley, ya que entiende que no hay ningún fundamento que sostenga el acuerdo de la junta de ejercer acción social de responsabilidad en su contra, que únicamente respondería a intención de removerla del cargo de administrador, para lo cual no alcanzan la mayoría del 55 % necesaria las otras tres socias, que reconocen tener esa intención y estar en contra de la gestión de la actora.

2. La doctrina del ***abuso de derecho*** (STS de 4-3-2013) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho exigiendo su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

3. En cuanto a su eficacia como causa de nulidad de acuerdos sociales, de la STS de 10-11-2011 se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a. Pese a la ausencia de expresa referencia en el art 204 LSC al abuso de derecho o su uso antisocial (art 7.2 CC) como causa de nulidad, "no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días (...) -de hecho, los acuerdos lesivos a los intereses de la sociedad, frecuentemente comportan un abuso por la mayoría de su derecho a decidir, al hacerlo en contra del interés de la sociedad-".

b. Se plantean mayores problemas cuando se pretende que el abuso contraríe la ley (nulidad), ya que: 1) el abuso subjetivo no cuestiona la legalidad de la actuación de quien incurre en él, y 2) de estimarse la conculcación de la norma, no tendría sentido acudir a la doctrina del abuso del derecho, dado que, como afirma la sentencia 127/2009 de 5 de marzo, "un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho".

c. Si cabe entender que resulte no una "contradicción" de la ley sino un ejercicio antisocial de la ley, "superándola", "y, en consecuencia, los acuerdos societarios adoptados mediante el *ejercicio antisocial de un derecho pueden ser impugnados con base en la infracción de ley superada* , hallándose sujeta la acción para impugnarlos al plazo de caducidad fijado a tal efecto en el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital , bien que, en tales supuestos, no cabe sustentar la "nulidad" de los acuerdos sociales en el "abuso de derecho" sin más, ya que es necesario identificar cuál es el derecho ejercitado y precisar porqué es antisocial la concreta forma en la que se ha ejercitado y concretar la norma infringida".

4. El ***fraude de ley*** (estudiado en la STS de 10-22-2011 como causa de nulidad de acuerdos sociales) responde a tres características:

1) La presencia de dos normas: la conocida, como «de cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable».

2) La Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le protege suficientemente.

3) La actuación va encaminada a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifiesta de forma notoria e inequívocamente.

5. La consecuencia será "deshacer la apariencia de protección que el acto recibe de una norma de cobertura, para someterlo al imperium de aquella que se trató de eludir. De modo que "se aplica a aquellos actos, uno o varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que de una manera insuficiente por ser otra su finalidad y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo; esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración", de modo que no implica directamente la nulidad del acto fraudulento, sino la aplicación de la norma que se trataba de eludir, "de tal forma que cuando el fraude afecte a una norma imperativa, el acuerdo fraudulento debe reputarse nulo,

sometiéndose la acción de impugnación sujeta al plazo de caducidad de un año, cuando no fuera contrario al orden público".

QUINTO.- 1. Para valorar la concurrencia de un posible fraude o abuso (pese a que la demanda se desestima por caducidad de la acción, que entiendo de nulidad), deben tenerse en cuenta una serie de aspectos:

a. La regla general es la libre revocabilidad o cese de los administradores (art 223 LSC) que obedeciendo a un principio general en materia societaria que lleva a que Diego "Los administradores en las sociedades de capital" (Ed. Thompson Civitas, Capitulo IV, pag 138 ss) considere nulas por ser contrarias el principio de la libre revocabilidad del administrador las cláusulas que establezcan la necesidad de una mayoría especial (se entiende, referido a la SA, no a las SL).

b. La modificación de los estatutos sociales (art 199 LSC y 15 de los Estatutos de Belmorcan) exigen el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital.

c. Con el actual (no original) reparto de participaciones, la sola oposición de la Sra. Rosa (48,9 %) puede impedir su cese como administrador, pero no la modificación de los estatutos (que podría rebajar la mayoría cualificada para el cese de los administradores).

d. Las tres socias restantes (52,1 %) están en desacuerdo con la gestión social, enfrentadas con la actora.

e. El autor y obra arriba citados (capítulo IX, págs 384 ss), recuerda que " *se ha admitido -deformando el régimen de la acción social de responsabilidad- que pueda acordarse sin la imputación de que el administrador haya causado daño a la sociedad y sin el ejercicio de esa acción contra él, sino como simple medio para la destitución del administrador, lo que no parece adecuado, ya que el artículo 131 permite la separación del administrador ad nutum definitiva sin algar causa alguna y la utilización de la vía del art 134 para la destitución del administrador alegando la existencia de una responsabilidad por su parte, siendo tal causa infundada, perjudica el crédito del destituido y sobrepasa por consiguiente el ejercicio normal de la acción social de responsabilidad* ". Lo hace criticando la tesis de la STS de 10-5-2005 , pero reconoce que la jurisprudencia lo ha admitido, y en todo caso se refiere al escenario habitual en el que se exige la misma mayoría para acordar el cese del administrador que para aprobar el ejercicio de la acción social. Lo que separa su crítica del supuesto enjuiciado.

d. Acordado el ejercicio de la acción social de responsabilidad, el único límite temporal a su efectiva interposición es el de la prescripción (4 años), y la aprobación de las cuentas en nada empece (art 238 LSC).

2. No puede por lo tanto decirse que la persecución del cese de un administrador sea contrario a la ley, ni que el acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad social no tenga cobertura o protección o que la única finalidad de su ejercicio sea causar un perjuicio, dado que el beneficiario o perjudicado es la SL, no uno concreto de los socios, y es un hecho que la mayoría del capital no está conforme con la gestión social de la administradora única, más allá de lo fundado o no de esa consideración.

SEXTO.- 1. Para concluir el examen de la cuestión, entiendo que nada obliga a justificar expresa y detalladamente los motivos por los que la junta acuerda el ejercicio de la acción social contra el administrador, lo que podrá condicionar el éxito futuro de la tal acción, pero no la validez del acuerdo en que se autoriza su ejercicio (que no está condicionado a un examen de su viabilidad). Acuerdo que la ley quiere facilitar cuando permite su adopción sin necesidad de constancia previa en el orden del día, e incluso a instancia de un solo socio. Sin perjuicio de que, al menos apriorísticamente y sin valorar sus posibilidades futras de éxito, se relatan y acreditan procedimientos penales, desaparición de documentos, requerimientos de documental, bloqueos de cuentas y procedimientos sancionadores de las entidades públicas.

2. La STS de 10-5-2005 respecto de si "el acuerdo de la junta general de promover la acción de responsabilidad contra un administrador exige fundarse en algo más que la "actitud obstruccionista y perjudicial" de éste para, así, evitar que un acuerdo tan sumamente genérico se convierta en vía para destituir a los administradores no afines al Presidente del Consejo (...) según resultaría de la falta de ejercicio efectivo de la acción social de responsabilidad, de la falta de debate previo a la adopción del acuerdo de debate y de la "forma extraordinariamente singular" en que se fundamentó por el Presidente del Consejo la propuesta del mismo acuerdo , limitándose a señalar la "actitud obstruccionista y perjudicial" del hoy recurrente "a la marcha social", es decir, sin mayor detalle sobre el contenido de esa actitud y sin mención alguna al daño causado", desestima el motivo al permitir el art 134 LSA (hoy 238 LSC) renunciar al ejercicio de la acción en cualquier

momento, sin obligar irrevocablemente a su ejercicio, y, el 131 (hoy 238) faculta a la junta general para separar a los administradores también "en cualquier momento".

3. En las audiencias, la SAP Bcn 15 de 13-11-2013 frente a la argumento de que "la validez del acuerdo presupone la "viabilidad de la acción", lo que exigiría un análisis a limine litis sobre si concurren los presupuestos de esa acción -acto ilícito que se imputa al administrador, daño y nexo causa-" indica que "el acuerdo de la junta general es un presupuesto de la acción social, conforme al artículo 238 del TRLSC y que, adoptado válidamente con las mayorías exigidas por la Ley, será en el procedimiento posterior donde haya de analizarse si la acción tiene o no fundamento". La SAP Madrid 28, de 29-11-2013 , si bien reconoce que sí se había aportado información, insiste: "sin que en el proceso de impugnación del acuerdo social por el que se decide ejercitar la acción social proceda examinar la realidad de las conductas que se reprochan al administrador al integrar el contenido propio del litigio en que tal acción se ejercite".

4. La citada SAP Badajoz 1-3-2007 ante la alegación de fraude "por el carácter puramente instrumental y torticero con que el ejercicio de la acción de responsabilidad se habría acordado, sin base legítima ninguna y sin ánimo de llegar de veras a efectuar la reclamación en vía judicial, sino, precisamente, con el de dar cobertura legal, aparente y abusiva, a la destitución, que de otro modo se habría visto obstaculizada por el modo de la designación minoritaria del administrador cuestionado", lo desestima atendiendo a "la existencia de hondos y prolongados enfrentamientos entre el consejero ahora apartado de su cargo y los órganos societarios, en cuyo curso se han visto puestas en entredicho, con o sin razón suficiente en el fondo, la lealtad y eficacia mercantiles (...) al menos en el sentir del sector mayoritario del accionariado, el cual no es este proceso cauce adecuado para enjuiciarlo", "todo ello, evidentemente, sin que proceda entrar en este momento a analizar los motivos de la Junta General para adoptar dicho acuerdo", como indica la SAP Murcia 4ª, de 3-4-2007 .

5. En similar sentido la SAP Asturias 1ª de 19-7-2007 destaca que "el cumplimiento de ese trámite necesario no reviste dimensión alguna ni restringe las posibilidades de planteamiento de la acción social frente a los administradores de sociedades capitalistas", permitiendo por ello fundar o ampliar la reclamación al socio en hechos o motivos no indicados inicialmente.

SÉPTIMO.- Siendo íntegra la desestimación de la demanda, se imponen las costas a la parte actora (art 394 LEC).

FALLO

DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Rosa contra Belmorcan S.L., con imposición de las costas procesales a la parte actora.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme.

MODO DE IMPUGNACIÓN : mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Cantabria (artículo 455 LEC).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número _____ , consignación que deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª LOPJ), especificando en el campo "CONCEPTO" que se trata de un recurso, seguido del CÓDIGO 02 CIVIL-APELACIÓN.

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita

Así, por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ