

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN

C/ Santiago de Compostela nº 100.
Teléfono: 91 4931988/89

ROLLO DE APELACIÓN: /18

Procedimiento de origen: Expediente de Jurisdicción Voluntaria nº /17

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº de Madrid.

Parte recurrente: DON

Procuradora: Doña.

Letrado: Don

Parte recurrida: DOÑA

Procurador: Don

Letrado: Don

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D.

D.

D.

AUTO Nº /2020

En Madrid, a cinco de junio de dos mil veinte.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo /18, interpuesto contra el auto de fecha 19 de julio de 2018 dictado en el expediente de jurisdicción voluntaria núm. /2017 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, **DON XXXXXX**; y como apelada, **DOÑA XXXXX**; ambos defendidos y representados por los profesionales antes relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante escrito presentado por don XXXXXX por el que promovió expediente de jurisdicción voluntaria en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportuno, solicitó:

*“A) **DECLARE** Que la sociedad XXXXXX. se halla incurso en causa legal de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital por pérdidas que han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.*

*B) **ACUERDE** la disolución judicial de la sociedad XXXXXX*

*C) **ORDENE** al Registro Mercantil la inscripción de la disolución de la sociedad con la tramitación del correspondiente testimonio judicial del auto en la que se declare la misma.*

*D) **NOMBRE LIQUIDADOR** a fin de poder practicar la liquidación de la sociedad en disolución que deberá recaer en la persona del propio Administrador aquí interviniente, Don XXXXXX por así venir determinado en lo dispuesto en el artículo 376 LSC y no estar en contradicción con lo previsto en el artículo 18 de los Estatutos de la Compañía.*

E) Debiendo la sociedad estar y pasar por las anteriores declaraciones.”.

SEGUNDO.- Tras seguirse el expediente por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº de Madrid dictó auto con fecha 19 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“Se acuerda la disolución de la sociedad XXXXXX., por estar incurso en causa legal de disolución por pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

Se acuerda el nombramiento como liquidador de un perito judicial entre los peritos con especialidad en economía que figuran en las listas de este Juzgado, quien, aceptado el cargo, deberá proceder a la liquidación de la sociedad realizando cuantos actos sean necesarios y convenientes a tal finalidad.

Una vez firme esta resolución, procédase a la inscripción en el Registro Mercantil de la disolución de la sociedad demandada.

No se hace especial pronunciamiento en costas.”.

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a los intervinientes, por la representación del solicitante se interpuso recurso de apelación. Admitido el recurso por el mencionado juzgado, al que se opuso doña XXXXXX y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo, finalmente como consecuencia del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el día 4 de junio de 2020.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es magistrado ponente don XXXXXXXX, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Don XXXXXXXX, administrador único y titular del 50% del capital social de la entidad XXXXXX promovió expediente de jurisdicción voluntaria para que se declarara la disolución de la referida entidad por estar incurso en causa de disolución, con apertura de la liquidación, por haber incurrido en en pérdidas que habían reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, interesando que se designara como liquidador al propio administrador solicitante, de conformidad con el artículo 376.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 18 de los estatutos sociales.

Doña XXXXXXXX, titular del otro 50% del capital social de la entidad XXXXXXXX, se personó en el expediente como interesada. En el acto de la comparecencia aquélla no se opuso a la disolución pero manifestó su disconformidad con la designación del

administrador instante como liquidador de la sociedad en atención a la situación de conflicto de intereses que le afectaba, por su condición de acreedor de la sociedad, el desempeño de actividades concurrentes y el enfrentamiento personal que mantenía con la otra socia de la que se hallaba divorciado.

Por el Juzgado de lo Mercantil se dictó auto acordando la disolución de la sociedad, con apertura de la liquidación, rechazando, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017, el nombramiento del administrador solicitante como liquidador, en atención al conflicto existente entre los socios y la participación de aquél en otras sociedades, nombrando como liquidador a un perito judicial a designar entre los peritos con especialidad en economía que figuraran en las listas del Juzgado.

Frente a la resolución se alza el solicitante interesando su revocación para que se deje sin efecto el nombramiento como liquidador de un perito y, en su lugar, se designe para ese cargo al solicitante de conformidad con el artículo 376.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 18 de los estatutos sociales, sobre la base de las alegaciones que serán examinadas a continuación. Subsidiariamente, para el caso de que no se acogiera la pretensión del recurrente, interesa la suspensión por prejudicialidad civil del rollo de apelación al haberse embargado las participaciones de doña XXXXXX en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales, estando pendiente de su avalúo para proceder a la subasta notarial de las participaciones embargadas. Por último, de mantenerse la designación de un perito como liquidador, el apelante solicita que se acuerde que cada una de las partes, titular del 50% del capital social, afronte a su cargo y en la misma proporción, los honorarios profesionales que se devenguen.

Doña XXXXXX se opuso al recurso de apelación e interesa su desestimación y la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO.- El apelante considera que la resolución recurrida vulnera el artículo 376.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 18 de los estatutos, que reproduce el precepto legal, en tanto que, a falta de nombramiento de

liquidador por la junta general –lo que no es el caso al haberse acordado judicialmente la disolución de la sociedad-, el administrador debió ser designado liquidador.

Disuelta judicialmente la sociedad debe efectuarse el nombramiento de liquidador o liquidadores (artículo 128 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

En principio, a falta de específica regulación estatutaria o de nombramiento en la junta, debería operar la previsión del artículo 376.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según la cual los administradores pasan a convertirse en liquidadores.

Sin embargo, el Tribunal Supremo admite excepciones a la norma cuando concurren determinadas circunstancias.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 11 de abril de 2011, citada por el propio apelante, señala que: *“En principio el supuesto histórico de autos es plenamente subsumible en el supuesto normativo del art. 110.1 LSRL (actual art. 376.1 TRLSC) porque se ha disuelto una sociedad, ésta tiene naturaleza de responsabilidad limitada, no hay previsión estatutaria específica (la general se remite a la normativa legal) y no hubo acuerdo en otro sentido en junta general.*

D. Los supuestos del art. 104.1 c) LSRL, en el caso concreto de dos socios con igual participación social del cincuenta por ciento cada uno, y claramente enfrentados, plantea una cierta singularidad respecto de otras causas de disolución, pero ello no es razón suficiente para objetar con carácter general la aplicación de la norma del art. 110.1 LSR. Puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas (fraude; inidoneidad patente(;) manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.) pueda justificarse una medida judicial -de designación de liquidador, o de intervención-, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo general la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador-liquidador (art. 114 LSRL; art. 375.2 TRLSC).

En el supuesto de autos concurren circunstancias excepcionales, como a las que alude el Tribunal Supremo en la resolución antes citada, derivadas de la inidoneidad patente del administrador para asumir la liquidación, con independencia de que la causa de disolución concurrente en el caso aquí analizado sea la de pérdidas cualificadas.

La sociedad está integrada por dos únicos socios titulares cada uno de ellos del 50% del capital social, que estaban casados y se han divorciado.

Como reconoció don XXXXXXXX en acto de la comparecencia, él personalmente es acreedor de la sociedad y también lo es la entidad XXXX de la que aquél es administrador único y partícipe junto con otros tres socios, sin que conste la participación de cada uno de ellos, ascendiendo el importe de los créditos que ostentan ambos, según manifestó aquél, a más de 900.000 euros.

Por otro lado, la entidad XXXXXX y don XXXXXXXX son propietarios de diversos locales en el mismo polígono en el que se ubican varios locales propiedad de la entidad XXXXXX destinados todos ellos a su explotación mediante alquiler, por lo que con independencia del objeto social de XXXXXXXX ésta desarrolla una actividad en concurrencia con la entidad XXXXXX

Las anteriores circunstancias evidencian la inidoneidad del administrador para convertirse en liquidador y justifican el nombramiento de un tercero para practicar la liquidación, tal y como se ha acordado en la resolución apelada, máxime cuando el propio apelante ha manifestado su intención de abonar mediante daciones en pago los créditos que él y la entidad XXXXXX ostentan contra la sociedad (00:40:16 y ss de la grabación audiovisual de la comparecencia).

Debe recordarse, como lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, la transcendencia de las operaciones de liquidación, que van dirigidas a la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartibles entre los socios, para, previa satisfacción de los acreedores sociales, proceder, en su caso, a su reparto, destacando su finalidad de protección de los intereses contrapuestos de los socios y de los acreedores sociales, lo que exige procurar, dentro

de lo posible, que se efectúe por personas capacitadas y dotadas de las condiciones de objetividad e imparcialidad, que, por lo expuesto, no concurren en la persona del administrador de la sociedad que es acreedor de la sociedad a liquidar, desarrolla actividades en competencia con la misma y mantiene una situación de manifiesto enfrentamiento con la otra socia, siendo irrelevante que ésta no haya allegado a la sociedad más fondos que su participación en el capital social.

TERCERO.- La parte apelante considera que no procede el nombramiento como liquidador de un perito habida cuenta de que ante el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Móstoles se sigue un procedimiento de ejecución de títulos judiciales entre las mismas partes en el que se han embargado las participaciones titularidad de doña XXXXXX en la entidad XXXXX por lo que se produciría una duplicidad en las operaciones de liquidación tendentes a la valoración del patrimonio social.

La alegación debe rechazarse de plano al integrar una cuestión nueva vedada por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, el argumento carece de consistencia pues la circunstancia alegada impediría no ya el nombramiento de un tercero como liquidador sino el nombramiento de cualquier liquidador, incluido el propio apelante, lo que resulta absurdo pues el hecho de que se hayan embargado y se esté procediendo a la venta, al parecer, de las participaciones de uno de los socios, no tiene incidencia alguna en la liquidación más allá de determinar la titularidad de las participaciones si, finalmente, llegan a enajenarse.

Como es obvio, la ejecución de las participaciones embargadas no impide el nombramiento de liquidador ni la realización de las operaciones de liquidación.

CUARTO.- Con carácter subsidiario el apelante interesa la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil con fundamento, precisamente, en el proceso de ejecución de títulos judiciales en el que se han embargado las participaciones de la otra socia y que deben ser valoradas para su enajenación en subasta notarial.

La pretensión de suspensión del rollo de apelación por prejudicialidad civil carece de rigor y debe ser rechazada por muy diversas razones.

Conforme al artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.”*

El Tribunal Supremo, en auto de 24 de mayo de 2005, con ocasión de resolver sobre una cuestión prejudicial judicial civil planteada en fase casacional, señala que: *«Es difícil pensar que tenga acogida el supuesto planteado por el recurrente en la configuración procesal que tanto de la segunda instancia como de la casación prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil. En tal sentido, del propio tenor literal del artículo 43 puede colegirse la restricción a la sustanciación del procedimiento en primera instancia de la posibilidad de suspender un procedimiento por prejudicialidad civil. Es, en tal momento procesal, en el que la parte demandada- apelante, hoy recurrente, podía plantear la cuestión ahora discutida, siendo competencia de ese órgano de instancia la apreciación de la existencia o no de tal prejudicialidad y, confiriendo o no efectos suspensivos a tal apreciación. Apoya la anterior argumentación, el que la cuestión prejudicial prevista en el tantas veces mentado artículo 43 de la LEC 2000, sea subsidiaria de la acumulación de autos, pues tan sólo procede caso de no haber esta última, respecto de la que, la Ley Rituaria, de forma expresa, en su artículo 77.4, sí exige “.. que los procesos se encuentren en primera instancia, además de no haber finalizado en ninguno de ellos el juicio a que se refiere el artículo 433 de esa Ley”».*

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en auto de 11 de noviembre de 2008.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2010 reitera el criterio señalado en los siguientes términos: *“Sentado que no se trata de supuestos de litispendencia, por no reunirse los requisitos necesarios para ello, ha de considerarse*

acertada la afirmación de la Audiencia recurrida en el sentido de que no cabe solicitar tal suspensión una vez que ha finalizado la primera instancia por haberse dictado sentencia en la misma. Sin duda dicha sentencia ya habrá resuelto sobre el antecedente lógico de carácter civil que influye en la decisión del objeto del proceso y a partir de ese momento únicamente cabe ya la revisión de lo resuelto mediante los recursos ordinario y extraordinario. A ello contribuye también la propia posición adoptada por el legislador, a la que la Audiencia atribuye especial significación, en el sentido de que contra la resolución que acuerde la suspensión cabe recurso de apelación, lo que únicamente resulta comprensible si el pleito se encuentra en primera instancia”.

Tampoco tiene el menor sentido plantear la suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil con carácter subsidiario a la petición principal consistente en que se nombre liquidador al administrador, pues idéntica situación de prejudicialidad se daría, de aceptarse la tesis del apelante sobre la prejudicialidad, en la hipótesis de que se nombrase liquidador al apelante, al margen de que no cabría que el tribunal se pronunciara sobre el fondo para luego suspender el procedimiento por prejudicialidad civil como pretende el recurrente.

Por lo demás, no se aprecia situación alguna de prejudicialidad. Las operaciones de liquidación no integran un litigio en el que haya de decidirse algo que sea objeto principal de otro procedimiento. Tampoco es objeto de las operaciones de liquidación la valoración de las participaciones sociales. Menos aún, el avalúo de las participaciones sociales es objeto principal de otro procedimiento. Cuestión distinta es que la valoración de las participaciones para su enajenación exija determinar el valor del patrimonio social. Por los mismos argumentos alegados por el apelante podía invocarse en el procedimiento de ejecución la prejudicialidad derivada de la liquidación, lo que no se sostiene y evidencia la inexistente prejudicialidad invocada.

QUINTO.- Por último, el apelante introduce en el suplico del recurso de apelación una petición novedosa para el caso de que se confirme la resolución apelada. Se interesa en ese caso que se acuerde que cada una de las partes, titular del 50% del capital

social, afronte a su cargo y en la misma proporción, los honorarios profesionales que se devenguen.

La petición pudo y debió efectuarse en la instancia precedente, integrando ahora una cuestión nueva que debe rechazarse de plano de conformidad con el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, los gastos de la liquidación son a cargo de la sociedad.

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto por el solicitante determina la imposición a dicha parte de las costas procesales causadas con el mismo de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña XXXXXXXX en nombre y representación de **DON XXXXXXXX** contra el auto dictado el día 19 de julio de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil nº de Madrid, en el expediente de jurisdicción voluntaria nº /2017.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.