

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

TSJC.- 0000025/2019
ORIGEN: 2000181/2018 - 00
NIG: 5300542120170003616

PARTS:

Apel·lant : **Sr. SGF**
Procurador : Sra. ECC
Advocat : Sr. RGF

Apel·lat : **S. SL**
Procurador : Sra. EAM
Advocat : Sra. MCP

Apel·lat : **Sr. AD**
Procurador : Sr. ACR
Advocat : Sra. SBA

AUTE 008-2020

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President : **Sr. VINCENT ANIÈRE**
Magistrats: **Sr. CARLES CRUZ MORATONES**
Sr. JAUME TOR PORTA

Andorra la Vella, el 16 de gener del 2020.

En nom del Poble Andorrà.-

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **2000181/2018**.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat **Sr. Jaume TOR PORTA**, el qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

Primer.- En seguiment a la sol·licitud articulada per la representació processal del Sr. AD mitjançant escrit de 14-12-2017 i prèvia audiència del Sr. SGF evacuada mitjançant escrit de 9-1-2018, en data 15-3-2018 requeria Aute amb la següent part decisòria:

“Primer.- Acordar de forma cautelar apartar als Srs. AD i SGF de l’Administració de la Societat S.,S.L.

Segon.- Nomenar de forma cautelar com administradors judicials de dita societat S.,S.L. a la lletrada Sra. CCC i el Sr. PPP, estant obligats els administradors judicials nomenats a aportar un informe trimestral (balanç, pèrdues i guanys i memòria) de la gestió efectuada d’avant d’aquest Hble. Tribunal.

Tercer.- Que els honoraris dels Administradors Judicials Srs. CCC i PPP seran sufragats per la societat S.,S.L.

Quart.- Deixar a criteri dels Administradors Judicials nomenats, prèvia autorització d’aquest Hble. Tribunal, de qualsevol repartiment de beneficis entre els socis de la societat S.,S.L.

Cinquè.- Requerir als gestors actuals de la societat S.,S.L. perquè en el termini més breu possible, informin als Srs. CCC i PPP de la situació actual de la societat i dels seus negocis; sense perjudici de l’anàlisi que han de fer els nous Administradors de l’Estat de la Societat.

Sisè.- Informar al Registre de Societats del M.I. Govern d’Andorra del cessament dels Administradors Srs. AD i SGF i del nomenament com Administradors Judicials Srs. CCC i PPP de la societat S.,S.L.

Setè.- No fer especial imposició de costes processals.

Vuitè.- Notificar la present resolució a les parts interessades.”

Segon.- Per Aute de 11-4-2018 es decidia, entre altres extrems:

“Primer.- Nomenar com a defensora judicial de la societat S.,S.L. en el marc dels presents autes a la Sra. CCC, quins honoraris aniran a càrrec de la mateixa societat.

Segon.- Donar trasllat de l’escrit de demanda presentat pel Sr. AD a la Sra. CCC, als efectes escaients.(···)”

Tercer.- Mitjançant escrit de 16-4-2018, la representació processal del Sr. SGF, formulava oposició a l’Aute de 15-3-2018, tot i sol·licitant es dictés Aute deixant sense efecte la posta sota administració judicial de la societat S., SL tot i revocant les mesures annexes. En el negat cas que no es revoqués la posta sota administració judicial, sol·licitava que es revoqués l’autorització dels administradors judicials per repartir dividendes

de la societat S., SL, Interessava en tot cas que es condemnés la part sol·licitant a satisfer els perjudicis ocasionats per raó de la mesura indegudament acordada, i que consistien en les costes judicials inclosos els honoraris d'advocat i de procurador.

Quart.- En data 15-5-2018, la representació processal del Sr. AD contestava a l'oposició articulada per la representació processal del Sr. SGF plantejant, amb caire preliminar, excepcions de procediment indegut i de cosa jutjada, i oposant-se en quant al fons a la mesura sol·licitada tot i demandant es dictés Aute apreciant les excepcions plantejades o subsidiàriament desestimant l'oposició formulada tot i condemnant el promovent de l'oposició al pagament de les costes ocasionades.

Cinquè.- Practicats els mitjans de prova considerats pertinents i evacuat escrit de conclusions per part dels litigants, per Aute de data 20-11-2018 es decidia:

“Primer.- Desestimar les excepcions de procediment indegut i de cosa jutjada formulat per la representació processal del Sr. AD

Segon.- Desestimar l'oposició formulada en data 16 d'abril de 2018 per la representació processal del Sr. SGF, sense perjudici de la sentència o altra resolució futura que resolgui els presents autes.

Tercer.- Reservar la decisió sobre les eventuais costes judicials ocasionades de resultes de la tramitació del present incident a allò que prevegi la sentència que posi fi al procediment.

Quart.- Notificar la present resolució a les parts interessades”.

Sisè.- La representació de la part agent ha interposat recurs contra l'Aute d'instància, interessant per escrit de conclusions de data 21-2-2019, la revocació de la Resolució recorreguda.

La representació processal del Sr. AD, interessa pel contrari, la desestimació del recurs plantejat, confirmant íntegrament la decisió dictada pel Tribunal “a quo”, amb imposició a la part recurrent de les costes ocasionades.

Setè.- Les parts han renunciat a la celebració de la vista oral.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- La representació processal del Sr. AD sol·licitava una mesura cautelar consistent en el nomenament d'un administrador judicial per a la mercantil S., SL per tal de que aquest assumís les funcions pròpies de l'òrgan de direcció de conformitat a la Llei i a les previsions dels estatuts i alhora desenvolupés les funcions de la junta de socis tot i acordant la distribució de dividendes des del compte de reserves per una quantitat mínima de 500.000.- €. Alhora reclamava el cessament dels administradors solidaris que fins la data desenvolupaven les funcions, tractant-se dels mateixos Srs. AD i SGF. Sostenia en essència que per raó de la titularitat que cada soci ostentava de la meitat exacta de les accions de la societat i en atenció de l'enemistat notòria que entre ells existia, S., SL es trobava en una situació de bloqueig absolut, esdevenint necessari que de manera urgent i amb caràcter cautelar s'acollís la mesura que demanava. En aquest sentit destacava que la societat no distribuïa dividendes malgrat disposar de reserves per a fer-ho, el que havia comportat que el seu representat no pogués assumir diferents obligacions econòmiques personals front a una entitat bancària, veient com per aquesta raó les seves accions en la mercantil havien estat embargades, el tot propiciat per l'actitud de l'adversa que de manera incomprensible bloquejava l'activitat de la societat amb el clar ànim de desposseir-lo de les seves participacions en aquesta.

L'Aute dictat el 15-3-2018 acollia substancialment la mesura cautelar articulada: apartava els litigants de l'òrgan d'administració de la societat, i nomenava els Srs. CCC i PPP en qualitat d'administradors judicials en les condicions que en la Resolució s'indiquen, tot i deixant a criteri d'aquests prèvia autorització del Tribunal, l'eventual repartiment de dividendes.

Contra aquesta decisió, la representació processal del Sr. SGF plantejava oposició mitjançant escrit de 16-4-2018 en que fonamentalment sostenia que a diferència del que avançava el Sr. AD, la societat havia repartit dividendes i que les dificultats econòmiques que el demandant travessava sols eren atribuïbles a la deficient gestió dels seus peculi personal. Quant als requisits necessaris a l'adopció de la mesura cautelar que sol·licitava, negava que concorregués "fumus boni iuris" atès que la societat no es trobava bloquejada, i tampoc "periculum in mora": les dificultats econòmiques que l'actor travessava no eren oposables al seu representat ni a S., SL. Tampoc considerava que la mesura cautelar perseguís assegurar la decisió definitiva que en el procediment principal pogués recaure. En quant a la forma, destacava que la pretensió articulada via mesura cautelar i aquella que s'introduïa via demanda principal era idèntica, considerant que aquest procedir era a totes llums irregular. Referia que en realitat el que el Sr. D. pretenia era repartir els dividendes de la societat, però que aquesta decisió escapava al poder dels administradors judicials en ser competència exclusiva de la junta general d'accionistes.

L'Aute de data 20-11-2018 desestima l'oposició articulada per la representació processal del Sr. SGF. En aquesta es destaca que el

procediment de l'oposició emprat per a qüestionar la mesura cautelar inicialment adoptada era l'adequat en atenció a la doctrina d'aquesta Sala. Afegia que en el supòsit examinat concorrien tant el "fumus boni iuris" com el "periculum in mora" atesa la realitat societària de S., SL i que endemés apreciava que entre la demanda de mesures cautelars i la demanda principal existia una perfecta identitat petitòria, destacant alhora que a través d'Autes de 15-3-2018, 11-5-2018 i 12-11-2018, s'acordava el repartiment de dividendes mensuals a alçada de 6.000.- €, s'autoritzava el repartiment de dividendes extraordinaris acordat entre els socis per un import de 120.000.- €, de manera que "en el marc de les actuacions socials practicades la Junta General ha continuat realitzant el seu paper legalment establert". En conseqüència considerava que no concorrien elements que contradiguessin o fessin decaure la mesura cautelar adoptada.

I és contra aquesta decisió que la representació processal del Sr. SGF articula recurs d'apel·lació amb fonament als greuges que seguidament s'exposen.

Segon.- En primer lloc afirma que l'Aute de 15-3-2018 incorria en incongruència extra pètit a atès que resolvia sobre una base legal diferent de la adduïda per la representació processal del Sr. AD en el seu escrit de demanda de mesura cautelar, el que menystenia el dret a la jurisdicció del seu representat. Concretament sustenta que la petició articulada no es fonamentava en la seva condició de soci i administrador mancomunat sinó en el dret que considerava tenia d'obtenir dividendes de la societat. Tampoc denunciava una eventual afectació dels negocis de la societat i de tercers de bona fe arrel del bloqueig de la mercantil, sinó que el "periculum in mora" es relacionava amb una hipotètica pèrdua de les seves participacions socials. Considerava que en haver el Tribunal decidit amb fonament a una base que no havia estat plantejada si incorria en incongruències.

D'altra part considerava que no concorrien els requisits necessaris per a l'adopció d'una mesura cautelar. En primer lloc insistia en què tant la mesura cautelar com la demanda articulada tenien exactament el mateix objecte i que l'òrgan judicial d'instància havia omès pronunciar-se la raó per la qual considerava que la gestió fins llavors realitzada pels administradors mancomunats podia impedir l'eficàcia de la futura sentència que pogués recaure, recordant que en absència d'aquesta vinculació, la mesura cautelar no era procedent. Considerava que tampoc concorrien els requisits relatius a l'aparença del bon dret i al "periculum in mora". En aquest sentit sostenia que el bloqueig existent a la societat no era fruit de cap actuació il·legal dels socis sinó que aquest resultava de la configuració dels seus òrgans socials i que la legislació societària ja contemplava com un supòsit de dissolució de ple dret (art. 85.5 apartats b i d de la Llei 20/2007). Referia que la qualitat de soci del Sr. AD no es veia pertorbada per la situació de bloqueig de la mercantil i no existia cap

mena de dret per tal de que aquest pogués exercir els seus drets inherents a la condició de soci, tampoc el dret a percebre dividendes atès que aquest es configura com un dret abstracte (art. 77 de la Llei 20/2007) que només pot ser el fruit de la voluntat social expressada per Junta general. Pel que respectava el “periculum in mora” tampoc aquest concorria atès que la futura Sentència que resolgués el plet principal, fins i tot si procedia a estimar la demanda, no podia impedir el bloqueig de la mercantil pròpia al seu substrat social. Afegia que el risc abstracte que el Sr. AD denunciava (pèrdua de les accions per raó d'un procediment d'execució instat per un tercer) no permetia acollir la mesura cautelar sol·licitada.

Tercer.- Pel que es refereix a l' absència de congruència invocada, entre la motivació de la mesura cautelar adoptada i el fonament jurídic en que aquesta es justificava per la part instant.

Aquest argument ha estat introduït per primer cop en aquesta alçada, sense que mai hagués estat plantejat amb anterioritat durant el procediment d'oposició substanciat, i en conseqüència no podrà ser valorat en mèrits de la regla “pendente appellatione, nihil innovetur”. En mèrits d'aquesta, les parts en la segona instància del procés no poden sol·licitar la reforma de la sentència de primera instància invocant fets, proves o excepcions noves, sinó només per les mateixes adduïdes oportunament en la primera instància del procés, en els límits de la pretensió impugnatòria. I, correlativament, no pot el Tribunal “ad quem” conèixer i resoldre qüestions o problemes diferents dels plantejats en la primera instància, o fets nous introduïts extemporàniament en el procés, ja que al Tribunal de segona instància se li ha de proposar la mateixa “res iudicanda” sobre la qual ha jutjat el jutge “a quo”.

Quart.- Quant a la naturalesa de les mesures cautelars

Les mesures cautelars tendeixen a garantir la viabilitat dels efectes de la resolució judicial que es pronunciï definitivament sobre l'objecte d'un procés determinat, i sorgeixen en els ordenaments processals com a mecanisme pal·liatiu a la durada excessiva dels processos amb vocació a fer front al risc de que durant el lapse de temps que transcorre entre l'inici d'un procés i la resolució que li posa fi es produeixin circumstàncies que puguin impedir la seva execució efectiva. En definitiva, a través del recurs a les mateixes es pretén assegurar que el conflicte que han de resoldre els òrgans jurisdiccionals pugui ser examinat amb normalitat, assegurant provisionalment alguns dels efectes característics de la resolució definitiva, possibilitant que la mateixa en el futur es compleixi íntegrament.

El fonament de les mesures cautelars rau en la tutela judicial efectiva de l'art. 10 de la Constitució, que imposa a l'Estat l'obligació d'assegurar una solució efectiva als conflictes entaulats en el si de la societat, obligació

que en darrer terme sols podrà assolir-se mitjançant l'execució efectiva de les Sentències dictades pels òrgans jurisdiccionals, i en determinats supòsits al recurs a les mesures cautelars enteses com a una tutela anticipada i asseguradora esdevé imprescindible per assolir aquest deure fonamental.

Afegirem finalment que les mesures cautelars no són autònomes: no disposen de virtualitat pròpia, sinó que es troben directa i indissolublement associades a un procés concret (quina resolució definitiva pretenen garantir), subjectant-se a les contingències i vicissituds que en aquest darrer intervenen (es parla del caràcter accessori o instrumental de les mesures cautelars).

Cinquè.- Pel que es refereix a la concurrència (negada per la part recurrent) dels requisits necessaris per a l'acolliment de la mesura cautelar sol·licitada.

Aquesta Sala ha tingut ocasió en reiterades vegades, d'interpretar les exigències de l'article 2 del Decret de 1-05-1922, segons les quals es precisa per a donar lloc a l'embargament preventiu la concurrència del "fumus boni iuris" o aparença de bon dret i del "periculum in mora" o risc que es pugui produir la ineficàcia de l'execució del pronunciament judicial per absència de béns. En relació a aquests requisits, en el recent Aute de 27-9-2019 (rotlle TSJC-430/2018) sosteníem que *"El primer, ve referit a que, en un judici provisional i indiciari que no ha de prejudicar la decisió final, sembla que la part sol·licitant pot tenir ben fonamentada la seva pretensió en el plet principal. Dit en altres paraules, a priori la seva pretensió principal de la demanda pot tenir algun fonament sòlid abans que encara s'hagi sentit la part contrària (si la mesura es demana inaudita parte) o bé encara que sentida la part contrària encara no s'ha practicat la prova. El segon, el denominat periculum in mora, no té altra finalitat que l'actuació o resposta judicial ràpida del Poder Judicial en adoptar mesures que, de no prendre fins esperar al resultat definitiu del litigi, farien inefectiva la protecció dels Tribunals. Lògicament la previsió del legislador és que davant una situació imminent i aparentment justificada s'adopti una decisió judicial provisional, cautelar i amb contrapesos (caució a la sol·licitant, per exemple, o la possibilitat d'oposició de la part afectada) que permeti comprovar que la tutela dels òrgans judicials es fa efectiva, real i no merament teòrica o simbòlica perquè arriba tard"*.

En el supòsit que ara examinem la part recurrent admet la situació de bloqueig societari en que la mercantil S., SL es troba immersa, fruit de la impossibilitat, per part dels seus òrgans, d'assolir cap mena d'acord. Aquesta situació és el resultat de dues circumstàncies cumulatives: cada litigant ostenta el 50% del capital social de la mercantil S., SL i entre els dos concorre una animadversió exacerbada que ha comportat fins i tot la intervenció dels òrgans penals per uns fets molt greus comesos pel Sr. AD en la persona del Sr. SGF que comportaren fins i tot el seu internament al centre penitenciari.

Malgrat aquesta realitat, el recurrent considera que la gestió que venia sent realitzada pels administradors mancomunats no impedia l'eficàcia de la futura sentència que pogués ser adoptada i aquest argument no el podem compartir. En efecte, el conflicte existent impedeix l'adopció de qualsevol acord tant per part de l'òrgan màxim de govern de la societat (junta general) com també pels òrgans d'administració en ser aquesta mancomunada, modalitat aquesta que afavoreix el control dels administradors en detriment de l'operativitat de la societat i malgrat l'administració s'hagi pogut anar desenvolupant, això obeïa a que el Sr. SGF va passar a assumir la de fet a partir del moment en que l'altre partícip ingressava al centre penitenciari, sense que aquesta actuació però es trobi autoritzada ni per la Llei, els estatuts de la societat o per una decisió judicial. En aquest sentit convenim amb la jutjadora "a quo" que el nomenament d'un administrador judicial que administrés la mercantil de manera neutral, tot i preservant els drets i interessos d'ambdós litigants en aquesta, durant la substanciació del litigi que enfronta els seus partícips resultava a totes llums necessària. Poc importa que el bloqueig de la societat sigui fruit de la pròpia estructura societària i no el resultat de cap actuació irregular d'un o ambdós litigants o que el bloqueig de la societat pugui ser causa legal de dissolució d'aquesta: es tracta d'assegurar el funcionament de la mercantil fins a definitiva resolució que posi fi a les controvèrsies que enfronten les parts, sense que les qüestions que la part suscita puguin ser examinades en seu de mesures cautelars, sinó que aquesta tasca correspondrà a la Sentència definitiva que en el seu dia pugui recaure.

D'altra part sosté la part recurrent que el risc que el Sr. AD denunciava era abstracte i no era oposable ni al Sr. SGF o a la societat S., SL. No obstant el que pretén la Resolució dictada en seu de mesures cautelars és d'assegurar els drets socials del Sr. AD (també els del Sr. SGF) en la societat que participa fins a definitiva Resolució del litigi, moment en que correspondrà verificar si les pretensions contingudes en la demanda principal resulten fonamentades i poden prosperar. Tota decisió en aquesta alçada suposaria un prejudicament impropï.

Sisè.- Per tot l'exposat, escaurà desestimar el recurs d'apel·lació articulat per la representació processal del Sr. AGF contra l'Aute de data 20-11-2018 quina part dispositiva confirmem íntegrament.

Setè.- La desestimació del recurs comporta que les costes processals causades en aquesta alçada hagin de ser imposades a la part recurrent en mèrits de la regla del venciment objectiu.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, ha pres la següent

DECISIÓ

Primer.- DESESTIMAR el recurs interposat per la representació processal del Sr. SGF contra l'Aute, de data 20-11-2018, dictat pel Tribunal de Batlles quina part dispositiva confirmem íntegrament.

Segon.- Imposem a la part recurrent les costes ocasionades en aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-