



Roj: **SAP AL 370/2013 - ECLI: ES:APAL:2013:370**

Id Cendoj: **04013370022013100134**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Almería**

Sección: **2**

Fecha: **14/01/2013**

Nº de Recurso: **66/2012**

Nº de Resolución: **5/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS DURBAN SICILIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 5

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JUAN RUIZ RICO RUIZ MORON

MAGISTRADOS

D. MANUEL ESPINOSA LABELLA

D. LUIS DURBAN SICILIA

En la ciudad de Almería, a 14 de enero de 2.013.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación, Rollo nº 66 de 2012, los autos procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 7 y de lo Mercantil de Almería seguidos con el número 129/2007, sobre juicio ordinario entre partes, de una como demandante y apelada la mercantil BEDRIJFSLABORATORIUM VOOR GROND-EN GEWASONDERZOEK B.V. (en adelante BLGG), representada por la procuradora D^a. María de Mar Bretones Alcaraz y dirigida por el letrado D. Boris Mulder, y de otra, como demandadas y apelantes, la mercantil UIS UMWELTINSTITUT IBÉRICA, S.A. (en adelante UIS), representada por el procurador D. José Molina Cubillas y defendida por el letrado D. Borja Sainz de Aja Tirapu, y D^a. Mónica , representada por la procuradora D^a. María del Mar Gázquez Alcoba y defendida por el letrado D. Agustín Capilla Casco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO. - Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 7 y de lo Mercantil de Almería, en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha de 6 de octubre de 2011 cuyo fallo dispone: "Que estimando sustancialmente la demanda, interpuesta por D^a. MARIA DEL MAR BRETONES ALCARAZ, en nombre y representación de BEDRIJFSLABORATORIUM VOOR GROND-EN GEWASONDERZOEK B.V. contra UIS UMWELTINSTITUT IBÉRICA, S.A. y D^a. Mónica ,

1.- Declaro que BEDRIJFSLABORATORIUM VOOR GROND-EN GEWASONDERZOEK B.V. es y debe ser considerado legítimo titular de las acciones número NUM000 - NUM001 ambos inclusive y NUM003 - NUM002 ambos inclusive, de UIS UMWELTINSTITUT IBÉRICA, S.A.

2.- Condeno a UIS UMWELTINSTITUT IBÉRICA, S.A. y D^a. Mónica a estar y pasar por la anterior declaración.

3.- Declaro la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 8 de enero de 2007 que dio lugar a la inscripción nº 11 de la hoja abierta a la mercantil número AL-14.311, Tomo 565, Sección 8, del Registro Mercantil de Almería.



- 4.- Condeno a UIS UMWELTINSTITUT IBÉRICA, S.A. y D^a. Mónica a estar y pasar por la anterior declaración.
- 5.- Ordeno la cancelación de la inscripción nº 11 antes indicada y de todos los que se hayan adoptado en su ejecución.
- 6.- Desestimo la demanda en todo lo demás.
7. Con imposición de costas a los demandados."

TERCERO .- Contra la referida sentencia presentaron las representaciones de UIS y de D^a. Mónica escritos preparatorios de recurso de apelación y, una vez emplazadas para ello, lo interpusieron pidiendo su revocación y el dictado de otra por la que se desestimase la demanda. Conferido traslado, la parte actora presentó escrito oponiéndose a las apelaciones, tras lo cual fueron elevadas las actuaciones a esta Sala.

CUARTO .- Recibidos los autos, se formó el rollo de sala, se turnó de ponencia y, personados los apelantes, se señaló el día 14 de diciembre de 2012 para votación y fallo, quedando vistos y conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, debido a la existencia de actuaciones penales de preferente tramitación.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS DURBAN SICILIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En síntesis, exponía la mercantil BLGG en la demanda rectora del procedimiento, dirigida frente a la mercantil UIS, que aquélla era la legítima titular de las acciones número NUM000 a NUM001 y NUM003 a NUM002 -las cuatro inclusive- de dicha sociedad, lo cual representaba un 64 por ciento, estando repartido el resto del siguiente modo: los administradores solidarios de UIS y a su vez esposos, D. Jacobo y D^a. Mónica ostentaban cada uno el 16,6 por ciento, correspondiendo el 2,4 por ciento restante a D^a. Sacramento . No había títulos impresos y entregados, por lo que acreditaba la titularidad de las acciones mediante la escritura pública en que se describen.

Añadía la actora que el mandato de los administradores de UIS terminaba el 3 de octubre de 2006. Sin embargo, tuvo conocimiento de su renovación como consecuencia de la celebración de una junta universal el 8 de enero de 2007, dándose la circunstancia de que la actora no había estado presente en dicha junta, que, en consecuencia, no podía ser tenida por válida.

Por estas razones, finalizaba pidiendo que se declarase su condición de socio y la nulidad de los acuerdos de 8 de enero de 2007, así como que se ordenase la convocatoria de una junta general extraordinaria para decidir sobre la renovación de los cargos de los administradores.

En su escrito de contestación, la mercantil UIS oponía la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegando que las acciones de las que la actora manifestaba ser titular habían sido transmitidas a D^a. Mónica como consecuencia del ejercicio de los derechos de adquisición preferente contemplados en el artículo 8 de los estatutos de la sociedad. Consideraba, pues, que la Sra. Mónica debía ser demandada, so pena de constituir irregularmente la relación jurídico procesal. Igualmente, se oponía en cuanto al fondo.

El Juzgado rechazó la excepción y continuó la tramitación del procedimiento con las partes iniciales hasta dictar sentencia por la que vino a estimar sustancialmente la demanda. No obstante, con motivo del recurso de apelación deducido por la demandada, esta Sala admitió la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, declaró la nulidad de las actuaciones y acordó que se diera traslado de la demanda a la Sra. Mónica . Así se hizo por el Juzgado y, tras la oportuna tramitación, se dictó nueva sentencia en los términos que han quedado transcritos más arriba.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia se alzan ambos demandados.

La representación de D^a. Mónica estructura su recurso en las siguientes alegaciones: 1^a) Infracción del derecho a un juez imparcial; 2^a) Infracción de los artículos 218 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; 3^a) Incorrecta interpretación del artículo 8 de los estatutos de UIS; 4^a) Errónea valoración de la prueba en lo referente al valor de las acciones; y 5^a) Incorrecta valoración de la prueba en relación a la condición de tercero de TNO BLGG AgriQ BV. Interesa por ello que se anule la sentencia -conforme al primer motivo- y, subsidiariamente, que se revoque y dicte otra por la que se desestime la demanda.

Por su parte, la representación de la mercantil UIS alega en su recurso: A) En lo concerniente a la consideración de TNO BLGG AgriQ BV como no tercero: 1^a) Infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC ; 2^a) Subsidiariamente, infracción de la reglas de valoración de la prueba; B) En cuanto a la oponibilidad del pacto de recompra: 1^a) Infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC ; 2^a) Subsidiariamente, las condiciones pactadas



con el tercer adquirente no vinculan a los accionistas que ejercitan el derecho de adquisición preferente; 3ª) Subsidiariamente, tales condiciones deben tenerse por no puestas; C) En cuanto al valor real de las acciones: 1ª) Infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC ; 2ª) Subsidiariamente, improcedencia de la valoración por parte del juez a quo del precio de venta de las acciones, 3ª) Infracción de los artículos 336 , 337 y 338 de la LEC por la admisión del informe pericial aportado por el actor en la audiencia previa; 4ª) Subsidiariamente, infracción del artículo 217 de la LEC por incorrecta aplicación de la carga probatoria y de las reglas de valoración probatoria; 5ª) Subsidiariamente, el precio fijado por BLGG se correspondía con el valor real de las acciones al tiempo de la comunicación de la intención de venderlas; 6ª) Subsidiariamente, a falta de acuerdo en torno al precio, lo procedente era su fijación por un experto independiente, sin que quepa hablar de nulidad de la adquisición preferente; D) Motivos comunes a los anteriores: 1ª) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2008 , y 2ª) La adquisición de las acciones por la Sra. Mónica fue consentida por BLGG según se deriva de sus actos propios. E) Conclusión: adquisición por la Sra. Mónica de las acciones el 6 de noviembre de 2006 y validez de la junta universal de 8 de enero de 2007; F) Improcedencia de la condena en costas, al ser la estimación de la demanda sólo parcial. Con base en estas alegaciones finaliza interesando que se revoque la sentencia apelada y se desestime la demanda interpuesta por la mercantil BLGG.

TERCERO.- Alega en primer lugar la representación de la Sra. Mónica que la sentencia apelada ha vulnerado los derecho de defensa y a un juez imparcial. No duda de la imparcialidad del juez a quo desde el punto de vista subjetivo pero sí afirma que quedó comprometida la imparcialidad objetiva, por entender que el juzgador había tomado postura y decidido antes de la celebración del juicio, según se desprende de las manifestaciones que hizo en la audiencia previa y de la propia sentencia. Por ello interesa que se declare la nulidad de la sentencia y, sin necesidad de devolver las actuaciones a la instancia, la Sala dicte otra nueva resolviendo la controversia.

Hemos de avanzar que la petición de la parte en modo alguno puede prosperar. De apreciarse la concurrencia de la infracción denunciada, lo procedente sería declarar la nulidad de las actuaciones, retro trayéndolas al momento inmediatamente anterior a su comisión, en este caso a la audiencia previa, conforme a los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial , disponiendo que un juez distinto conociera de nuevo de la causa, habida cuenta del motivo de nulidad que se alega.

Con independencia de ello, entendemos que no procede entrar a valorar la infracción alegada, puesto que la parte no la denunció en el momento procesal oportuno, esto es, en la misma audiencia previa, pese a que pudo hacerlo. En consecuencia, el recurso no se ajusta en este punto a las exigencias del artículo 459 de la LEC . Como acertadamente expone la parte apelada en su escrito de oposición, si la recurrente consideró que por las manifestaciones del juez a quo en la audiencia previa quedaba comprometida su imparcialidad objetiva, debió denunciarlo en ese acto, recusándolo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la LEC . Dado que no lo hizo, no puede pretender ahora, conocida la sentencia, que en vía de apelación se declare nulo lo actuado con base en ese motivo. Por lo tanto, la primera alegación del recurso de la Sra. Mónica debe ser rechazada.

CUARTO.- Aduce en segundo lugar dicha parte infracción del artículo 218 de la LEC , por entender que el juez a quo se aparta de la causa de pedir al entrar a considerar el valor de las acciones objeto de la adquisición preferente y si TNO BLGG AgriQ BV, a la que se hizo la oferta de venta, merecía o no la consideración de tercero a los efectos previstos en el artículo 8 de los estatutos de la sociedad.

El recurso no puede prosperar en este particular. Lo que el citado precepto establece en el párrafo segundo del apartado 1 es que "el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes". En el caso que nos ocupa se discutía la titularidad de una serie de acciones, al existir discrepancias sobre si se debía entender correctamente ejercido un derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos. A fin de pronunciarse sobre este extremo, el juez a quo consideró oportuno valorar si las acciones habían sido ofrecidas por la actora a su precio real o de mercado, así como si el comprador era realmente un tercero o podía interpretarse que, en gran medida, seguía siendo la propia actora, puesto que se trataba de una "join venture" (TNO BLGG AgriQ BV) formada por la misma y otra sociedad. Con independencia de la opinión que merezca este planteamiento -cuestión que abordaremos más adelante- entendemos que la sentencia apelada no incurre en infracción del precepto citado, ya que tanto el precio como la condición del adquirente de las acciones son conceptos contemplados en el artículo 8 de los estatutos a la hora de regular el ejercicio del derecho de adquisición preferente que, en consecuencia, el juzgador está facultado para interpretar.

Tampoco ha de tener acogida la pretendida infracción del artículo 217 de la LEC . Alega la recurrente que, ante las dudas suscitadas en torno al hecho del valor de las acciones, el citado precepto debió llevar al juez a quo a desestimar las pretensiones del actor y no a suplir mediante valoraciones propias las carencias del informe pericial. Nuevamente sin perjuicio de lo que diremos al abordar posteriores alegaciones del recurso, entendemos que el juez a quo no incurre en la infracción reseñada, sino que aplica las reglas de la sana crítica



y su propio criterio para salvar carencias que aprecia en los informes periciales, por lo que la pretensión del recurrente debe ser rechazada.

QUINTO.- Entramos así en lo que se denuncia como incorrecta interpretación del artículo 8 de los estatutos de UIS. Insiste la recurrente en que, en contra de lo que se afirma en la sentencia, la Sra. Mónica ejerció de manera correcta el derecho de adquisición preferente que, en su calidad de socio, le confería el precepto citado cuando tuvo conocimiento -tras la oportuna comunicación del administrador de UIS- de que BLGG había acordado vender sus acciones a TNO BLGG AgriQ BV.

La Sala, revisado el contenido de la norma estatutaria y teniendo en cuenta que las acciones de la mercantil UIS no están representadas mediante títulos impresos y entregados, considera que asiste la razón a la recurrente en este punto.

Los hechos probados 8 a 13 de la sentencia, respecto de los cuales no existe controversia, evidencian -en síntesis- que, después de informar BLGG a UIS de que pretendía vender sus acciones a TNO BLGG AgriQ BV y de que la administración de UIS trasladara dicha notificación a los socios, unos de ellos, la Sra. Mónica, comunicó al administrador de UIS que ejercía su derecho de adquisición preferente. El administrador de UIS, D. Jacobo, tras comprobar que no había otros socios interesados, notificó a BLGG la intención de compra de la Sra. Mónica e inscribió la transmisión de las acciones a favor de ésta en el libro de acciones nominativas.

Lo anterior evidencia que la Sra. Mónica devino propietaria de las acciones en el mismo momento en que la administración de la mercantil UIS comunicó a BLGG que aquella estaba interesada en la compra de las acciones por el precio que BLGG había fijado. Así resulta, como acertadamente alegó la recurrente en su escrito de contestación y reiteró en el recurso, de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas (entonces vigente), según el cual, "mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales", añadiendo que "tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas". Esta remisión debe entenderse hecha a los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, que no establecen la exigencia de forma o solemnidad alguna para la válida transmisión de este tipo de acciones. En consecuencia, la misma opera por el mero consentimiento de las partes (artículo 1.261 del CC), que a su vez se manifiesta por el concurso de la oferta (BLGG la hizo mediante la notificación a la administración de UIS de su intención de transmitir) y la aceptación (la Sra. Mónica aceptó mediante la comunicación que remitió a la administración de UIS, que fue notificada por carta a BLGG, por lo que desde este último momento se puede hablar de concurso de voluntades, conforme al artículo 1.262 del CC).

Éste es el criterio seguido por doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que atinadamente cita la representación de la Sra. Mónica en el escrito de contestación, al que nos remitimos en aras de la brevedad.

La existencia de un pacto de recompra en el acuerdo de BLGG con TNO BLGG AgriQ BV no obsta a la apreciación que acabamos de hacer. La Sala coincide con la recurrente en que dicho pacto sólo despliega efectos en el ámbito de las relaciones internas de las partes. En modo alguno se puede pretender que afecte a los socios interesados en ejercer el derecho de adquisición preferente. De lo contrario, quedaría en manos de los socios la facultad de vaciar de facto el contenido de la cláusula estatutaria, a través de pactos con potenciales adquirentes dirigidos a desincentivar la adquisición preferente, pactos que, una vez superado el escollo de la tramitación del procedimiento estatutario en cuestión, las partes podrían dejar sin efecto, en claro perjuicio de los socios. Así se explica que el artículo 8 de los estatutos de la sociedad no contemple la obligación de comunicar el contenido íntegro del acuerdo de transmisión entre el socio y el tercero, sino sólo "el número de acciones que se propone vender, el nombre y circunstancias personales del comprador inicialmente elegido y el precio fijado para la venta". Todo lo demás carece de trascendencia, porque no es oponible a los socios.

Del mismo modo, la transmisión operada como consecuencia del ejercicio de la adquisición preferente no adolece de defecto alguno relacionado con el precio de la venta ni con la condición del tercero inicialmente interesado en las acciones.

En cuanto al precio, la única alusión que se hace en el artículo 8 de los estatutos a posibles discrepancias está pensada para supuestos en los que el socio interesado en la adquisición preferente considera que es excesivo. Lógicamente, la previsión estatutaria dispone que en tales casos el precio será fijado por el auditor de cuentas de la sociedad o aquél que a solicitud de cualquier interesado designe el Registrador Mercantil, pues sólo de este modo se conjura el riesgo de comunicaciones fraudulentas dirigidas a desincentivar la adquisición preferente. Nada contemplan los estatutos para el caso de que las acciones se pretendan vender por precio inferior al de mercado. Lo cual es del todo razonable y no parece responder a un olvido involuntario. El mercado se rige por la oferta y la demanda y, en condiciones normales, lo razonable es que el que pretende vender trate



de hacerlo al precio más alto posible. Por ello, la Sala entiende que la norma estatutaria es clara y no requiere interpretación alguna, lo que obliga a estar al sentido literal de sus cláusulas (artículo 1.281 del CC).

Lo mismo cabe decir respecto de la consideración del inicial destinatario de las acciones. La actora acordó transmitir las a TNO BLGG AgriQ BV, que, como recuerda la sentencia apelada en el hecho probado número 10, es una "join venture" constituida por las mercantiles TNO (que participa con un 60 por ciento) y BLGG (que lo hace con un 40 por ciento). Quiere ello decir que, con independencia de la calificación que merezca desde el punto de vista doctrinal la referida institución, que no deja de ser una suerte de unión o cooperación temporal entre dos sociedades, lo cierto es que se trata de un tercero a los efectos contemplados en el artículo 8 de los estatutos, por estrictas razones de orden lógico. No cabe tenerla por socio porque, insistimos, con independencia del concepto que se tenga de esta forma importada del mundo anglosajón, es algo distinto de las propias sociedades que lo componen. Buena prueba de que así le constaba a la propia actora es que comunicó a la administración de UIS su intención de transmitir a dicha "join venture" sus acciones, algo que no habría hecho de no considerarla un tercero.

En consecuencia, la Sala entiende que procede estimar el recurso de D^a. Mónica en lo relativo a la alegación tercera, lo cual convierte en innecesario entrar a valorar las restantes alegaciones del mismo.

SEXTO.- Los razonamientos del fundamento de derecho anterior sirven de base para estimar igualmente el recurso deducido por la representación de la mercantil UIS. En particular, acogemos las alegaciones relativas al error en la valoración de la prueba sobre la consideración de TNO BLGG AgriQ BV como no tercero (alegación A, 2^a), la no oponibilidad del pacto de recompra entre actor y tercero a los accionistas que ejercitan el derecho de adquisición preferente (alegación B, 2^a) y las consecuencias de la adquisición por la Sra. Mónica de las acciones el 6 de noviembre de 2006, con la consiguiente validez de la junta universal de 8 de enero de 2007 (alegación E). Ello sin que proceda valorar, por innecesarias, las restantes alegaciones.

SÉPTIMO.- En razón de cuanto se ha expuesto, venimos a estimar ambos recursos de apelación en los términos indicados, lo que conlleva la desestimación de la demanda en su día interpuesta por la mercantil BLGG y, con ello, la imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora, sin hacer expresa imposición de las de esta alzada (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que, con **ESTIMACIÓN** de los recursos de apelación deducidos por las representaciones procesales de la mercantil UIS UMWELTINSTITUT IBÉRICA, S.A. y D^a. Mónica frente a la sentencia de 6 de octubre de 2011 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 y de lo Mercantil de Almería en los autos de juicio ordinario número 129/2007, de los que deriva la presente alzada, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución, desestimando la demanda en su día interpuesta por la mercantil BEDRIJFSLABORATORIUM VOOR GROND-EN GEWASONDERZOEK B.V., a la que imponemos el pago de las costas de la primera instancia, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, acompañados de certificación literal de esta resolución a los efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.