



Roj: **AAP B 1156/2020 - ECLI:ES:APB:2020:1156A**

Id Cendoj: **08019370152020200038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **25/02/2020**

Nº de Recurso: **2142/2019**

Nº de Resolución: **43/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120198007978

**Recurso de apelación 2142/2019 -3**

Materia: Medidas cautelares

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: P.S. Medidas cautelares coetáneas 24/2019**

Parte recurrente/Solicitante: Leopoldo

Procurador/a: Maria Del Carme Cararach Gomar

Abogado/a: CRISTINA SAULA MARGINET

Parte recurrida: FLIPPER & CHILLER, SL, Marcos , Mauricio , PANCRACIO GESTIONINMOBILIARIA, SL

Procurador/a: Ines Casado Güell, Jaume Castell Nadal

Abogado/a: JOSÉ-FELIX ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, ALBERT TORTOSA DÍAZ, JOSE Mª BARGALLO FERRER

Cuestiones: Sociedades. Medidas cautelares. Impugnación de acuerdos sociales. Ejercicio de derecho de adquisición preferente.

**AUTO núm. 43/2020**

**Composición del tribunal:**

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

MANUEL DÍAZ MUYOR

MARTA CERVERA MARTÍNEZ

Barcelona, a veinticinco de febrero de dos mil veinte.

**Parte apelante:** Leopoldo

**Parte apelada:** Flipper & Chiller SL, Marcos , Mauricio , San Pancraccio Gestión Inmobiliaria SL

**Resolución recurrida:** Auto



- Fecha: 21 de junio de 2019
- Parte demandante: Leopoldo
- Parte demandada: Flipper & Chiller SL, Marcos , Mauricio , San Pancraccio Gestión Inmobiliaria SL

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente: " *Desestimar la petición de medidas cautelares solicitadas por parte de D. Leopoldo contra la sociedad FLIPPER & CHILLER, S.L. contra D. Marcos , D. Mauricio y la entidad PANCRACCIO GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L. absolviendo a todas ellas de la referida solicitud. Se imponen las costas del incidente a la parte actora* ".

**SEGUNDO.** Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la resolución recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 6 de febrero de 2020 pasado.

Ponente: magistrado Luis Rodríguez Vega.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

1. La actora Leopoldo presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad Flipper & Chiller, S.L. para que se declararan nulos los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria celebrada el día 29 de marzo de 2019. Dichos acuerdos consistían en: (i) la renuncia por parte de la entidad demandada en ejercer el derecho de suscripción preferente sobre las participaciones representativas del 66,66% del capital social; (ii) el acuerdo relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra D. Leopoldo ; y (iii) la separación del Sr. Leopoldo como administrador de la entidad demandada.

2. Al tiempo presentó solicitud de medidas cautelares consistentes en: (i) la anotación preventiva de la demanda y (ii) la suspensión de los acuerdos impugnados, lo que supondría, a su juicio, mantener al Sr. Leopoldo como administrador de la compañía.

3. La parte actora presentó escrito de ampliación de demanda, que dirigió contra la sociedad San Pancraccio Gestión Inmobiliaria, S.L. y Flipper & Chiller, S.L., así como contra D. Marcos y D. Mauricio , socios de esta última y titulares de las participaciones vendidas a San Pancraccio. En esta ampliación se ejercitan tres nuevas acciones: (i) Acción de impugnación de acuerdo social (cese y nombramiento de administrador) adoptado en la Junta General Extraordinaria de 17 de abril de 2019. (ii) Acción declarativa del válido ejercicio del derecho de preferente adquisición sobre las 200 participaciones sociales de Flipper & Chiller S.L. puestas a la venta por los socios D. Marcos y D. Mauricio . (iii) Acción declarativa de nulidad de la compraventa de las referidas participaciones a favor de la entidad San Pancraccio Gestión Inmobiliaria, S.L.

4. Igualmente se amplió la solicitud de medidas cautelares. En concreto se pidieron: (i) La administración judicial de la empresa, (ii) la anotación preventiva de la demanda, (iii) la prohibición de realizar por el administrador actos de disposición de los bienes y derechos de la sociedad o cualesquiera otros pagos a los socios. (iv) Finalmente, se solicitó la prohibición de la entidad demandada de disponer de sus participaciones en favor de cualquier tercero, de gravarlas o pignorarlas o menoscabarlas.

5. En la vista convocada para resolver sobre las medidas cautelares solicitadas comparecieron los demandados que se opusieron a aquéllas.

6. El auto desestima las medidas y la actora recurre en apelación insistiendo en sus argumentos para que se adopten las medidas desestimadas, recurso al que se oponen los demandados.

7. Las sociedades recurridas Flipper y San Pancraccio, el 29 de enero de 2020, presentaron ante este Tribunal un auto del juzgado de lo mercantil núm. 2, de fecha 11 de noviembre de 2019, por el que, resolviendo la excepción opuesta, declara mal acumuladas las acciones dirigidas a declarar el derecho de adquisición preferente del actor Sr. Leopoldo sobre las 200 participaciones vendidas por los Sres. Marcos y Mauricio a San Pancraccio, así como la nulidad de dicha compraventa. Escrito que fue contestado por otro del recurrente de fecha 4 de febrero de 2020 en el que insiste en las medidas solicitadas, pero advierte que se ha interpuesto una nueva demanda en la que se pide la nulidad de la compraventa de participaciones.

8. Se nos plantea un serio problema procesal, ya que el procedimiento principal, como consecuencia de esa discutible decisión, tiene un objeto diferente del cautelar, al haber sido desacumuladas una de las acciones, la



correspondiente a la nulidad de la compraventa de participaciones, que se ha ejercitado en un procedimiento independiente. Lo cierto que no parece haberse desacomulado del pleito principal es la acción declarativa del efectivo ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte del actor, declaración que determinaría, la nulidad de la renuncia de la sociedad a su ejercicio y la nulidad de la compraventa. Por lo tanto, creemos que hemos de resolver esta cuestión partiendo de la situación procesal existente cuando se resolvieron las medidas, ya que la supuesta indebida acumulación de acciones, no fue opuesta en las medidas cautelares, de hecho ni en el auto ni en los recursos se menciona. Pero es que además, provisionalmente, a salvo de lo que se resuelva definitivamente en el eventual recurso, no nos parece que haya motivo alguno, para impedir la acumulación subjetiva de las acciones, puesto que todas ellas están estrechamente relacionadas, de conformidad con lo previsto en el art. 72 LEC, situación que podría solucionarse acumulando los autos.

#### **SEGUNDO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.**

**9.** La sociedad FLIPPER & CHILLER, S.L. se constituyó por tres socios: D. Marcos , D. Mauricio y D. Leopoldo , cada uno de los cuales era titular del 33,33 % del capital social. Al mismo tiempo se firma un pacto parasocial conforme al cual, entre otras cuestiones, se acuerda que la administración continuaría a cargo de dos administradores solidarios, los Sres. Marcos y Leopoldo , mientras que el Sr. Mauricio se ocuparía de la promoción y publicidad del negocio.

**10.** El objeto social de la entidad es la explotación de un negocio en la playa de Mitjorn de Formentera. El negocio, cuya titularidad formal seguía a nombre de Blas , estaba sustentado en tres derechos: (i) la propiedad del inmueble, inscrita en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que está condicionada por la (ii) concesión administrativa de Costas (Ministerio de Fomento) que permite la existencia de la edificación y su explotación como bar restaurante por un plazo de 30 años + 30 adicionales (octubre de 2027 el primer plazo y octubre de 2057 la prórroga) y (iii) la licencia municipal de actividad.

**11.** Ante las desavenencias en la gestión del negocio, los socios decidieron vender el negocio y transmitir sus participaciones, pero no llegaron a ningún acuerdo conjunto para ejecutarlo. Sin embargo, de forma paralela, llegan a un acuerdo con el titular formal de la concesión administrativa, por el que éste se compromete a vender la propiedad (con la concesión implícita) al comprador de Flipper & Chiller, SL, por un precio de 200 mil euros.

**12.** Dos de los socios, D. Marcos y D. Mauricio , vendieron sus participaciones a la sociedad SAN PANCRACIO GESTIÓN INMOBILIARIA, S.L. por un importe de 1.500.000 euros, compraventa que se celebró el día 19 de febrero de 2019, pero que se condicionó a que ni el tercero de los socios el Sr. Leopoldo ni la propia sociedad ejercieran su derecho de adquisición preferente. Dicha escritura fue notificada al Sr. Leopoldo , como este reconoce en su demanda, el día 25 de febrero de 2019.

**13.** El Sr. Leopoldo remitió, el día 21 de marzo de 2019, un burofax a los socios vendedores en el que comunicaba su voluntad de ejercitar su derecho de adquisición preferente. Con tal finalidad, el día 26 de marzo de 2019, el actor compareció ante notario otorgando escritura pública ejercitando el derecho de adquisición preferente. Sin embargo, dado que no aceptaba el precio pactado por las participaciones el actor acudía al trámite previsto en el art. 8 de los Estatutos sociales, en virtud del cual, el socio discrepante puede solicitar el nombramiento de un auditor que tase el valor razonable de estas participaciones, anunciado que de forma inmediata procederá a solicitar al Registro Mercantil su designación.

**14.** El día 27 de marzo de 2019, el actor Sr. Leopoldo solicitó al Registrador Mercantil la designación de un auditor. Dicha solicitud fue posteriormente desestimada, mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2019. En ella el registrador entiende que lo que los Estatutos prevén es que fuese la sociedad quien nombrara auditor y no el registrador.

**15.** El día 29 de marzo de 2019, se celebró junta de socios, en la que por mayoría la sociedad acuerda renunciar al ejercicio de su derecho de adquisición preferente de las participaciones vendidas por los socios, en defecto de ejercicio en tiempo y forma de tal derecho por el Sr. Leopoldo .

**16.** En la misma junta, en ruegos y preguntas, se acuerda cesar en el cargo de administrador al Sr. Leopoldo y ejercitar la acción de responsabilidad contra el mismo.

**17.** El día 1 de abril de 2019, se llevó a cabo la venta de las participaciones del Sr. Marcos y del Sr. Mauricio en favor de la entidad San Pancraccio Gestión Inmobiliaria.

**18.** El día 17 de abril de celebró junta de socios en el que se procede al nombramiento de la sociedad SAN PANCRACIO como administradora única, y se designa como persona física encargada de la administración a Dña. Gabriela .

#### **TERCERO. La apariencia de buen derecho.**



**19.** La adopción de medidas cautelares depende de que el demandante justifique dos requisitos, conforme al art. 728 LEC, en primer lugar, que el tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, pueda emitir un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión (apariencia de buen derecho). En segundo lugar, que durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, pueda producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (peligro en la demora procesal).

**20.** El actor en su solicitud basa su pretensión cautelar en el ejercicio efectivo de su derecho de adquisición preferente de las participaciones vendidas por los otros dos socios Sres. Marcos y Mauricio. Por lo tanto, en la nulidad de la transmisión a San Pancracio, al haber desconocido ese derecho y en el riesgo su derecho pueda verse burlado durante la tramitación del proceso. El juez de primera instancia desestimó las medidas por falta de esa apariencia de buen derecho del demandante, al considerar que no se había ejercitado el derecho de adquisición preferente por falta de determinación del precio.

**21.** El art. 8 de los Estatutos sociales reconoce a los socios un derecho de tanteo sobre la venta de participaciones sociales a un tercero, ese derecho tendría que ejercitarse dentro de los treinta días a contarse desde el día en que el socio conozca el precio y los datos del adquirente. Dicho precepto también prevé que, caso de no ejercitar ese derecho ninguno de los socios podrían ejercitarlo la sociedad. Por último el artículo estatutario prevé que el socio no esté de acuerdo con el precio que pida el vendedor, en cuyo caso los estatutos prevén que pueda solicitar a la sociedad, no al registrado mercantil, el nombramiento de un auditor que fije el precio razonable.

**22.** El actor recibió la notificación fehaciente de escritura de fecha 19 de febrero de 2019 el día 25 de febrero de 2019, conforme reconoce en su demanda. Por lo tanto, contaba con 30 días naturales, conforme a lo establecido en el art. 5 CC, por lo que el plazo empezaba a computar el día 26 de febrero y concluía el 27 de marzo. El día 28 de marzo, es decir, fuera de plazo, el actor notificó mediante correo con acuse de recibo a la sociedad y su administrador el Sr. Marcos su voluntad de ejercitar el derecho de tanteo que le reconocen los estatutos, pero al no estar de acuerdo con el precio fijado por los vendedores, anunciaba que se dirigiría al registrador mercantil para pedir la designación de un auditor.

**23.** En principio, con la provisionalidad que estas medidas plantean, parece que el ejercicio del tanteo, primero, se hizo fuera de plazo y, segundo, no se solicitó el nombramiento de auditor a la sociedad, que es quien debía nombrarlo ( art. 8 de las Estatutos). El tanteo se hizo fuera de plazo por ser una declaración recepticia, es decir, que produce efectos desde que la conoce el oferente ( art. 1262 CC), en este caso, la sociedad, que era quien debía de transmitir la oferta a los demás socios, y los socios oferentes.

**24.** A ello hay que añadir que, en contra de lo que excepcionalmente prevén los estatutos, el socio Sr. Leopoldo no pidió a la sociedad designación de auditor, sino que lo hizo al registro mercantil, petición que lógicamente fue rechazada sobre la base de los términos de la previsión estatutaria.

**25.** Por último, hay que señalar que para rechazar el precio de una compraventa condicional, por lo tanto, una compraventa real, y acudir a la determinación de un valor razonable por un auditor, es necesario que haya motivos para pensar que el precio pactado no es razonable. Pues bien, el actor parece que considera que el precio es excesivo, ya que no habría que tener en cuenta la opción de compra firmada entre el titular formal de la concesión administrativa, el Sr. Blas y San Pancracio, afirmación en la que en absoluto podemos estar de acuerdo. En primer lugar, antes de la firma de dicha oposición y de la compraventa de participaciones, Flipper o sus socios ya tenían un compromiso con el Sr. Blas, para que éste transmitiera al futuro comprador de las participaciones la titularidad de la concesión. Por lo tanto, si el Sr. Leopoldo adquiriese dichas participaciones podría reclamar ese mismo compromiso. Segundo, San Pancracio ha querido proteger su inversión (1.500.000 euros) y reforzar la obligación del Sr. Blas con una opción de compra, por lo tanto, el precio razonable tendría que incluir también esta circunstancia.

**26.** En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar la decisión de primera instancia, por falta de apariencia de buen derecho.

#### **CUARTO. Costas.**

**27.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

#### **PARTE DISPOSITIVA**



Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Leopoldo contra el auto del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 21 de junio de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso extraordinario alguno.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Así lo pronunciamos mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ