



Roj: **STS 630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:630**

Id Cendoj: **28079110012021100087**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2021**

Nº de Recurso: **3662/2018**

Nº de Resolución: **102/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1933/2018,**
STS 630/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 102/2021

Fecha de sentencia: 24/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3662/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MÁLAGA SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3662/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 102/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 24 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Finca La Albacora S.L., representada por la procuradora D.^a Irene Gutiérrez Carrillo, bajo la dirección letrada de D. Guillermo Martínez Miguel, contra la sentencia núm. 418/2018, de 9 de mayo, dictada por la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación núm. 735/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 474/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga, sobre impugnación de acuerdos sociales. Ha sido parte recurrida D.^a Loreto y D. Gregorio, D. Justiniano, D. Gustavo, D.^a Maribel y D.^a Marisol, herederos de D. Marcial, representados por el procurador D. Santiago Tesorero Díaz y bajo la dirección letrada de D.^a Marta Morales Crespo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. José Domingo Corpas, en nombre y representación de D. Marcial, interpuso demanda de juicio ordinario contra Finca La Albacora S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"comprensiva de los siguientes pronunciamientos:

- Declare la nulidad de pleno Derecho de la Junta General celebrada el 8 de noviembre de 2012.
- Declare la nulidad de pleno Derecho, o subsidiariamente la anulación, de todos los acuerdos adoptados en ella.
- Declare la ineficacia de todos los actos de ejecución de dichos acuerdos.
- Ordene, a costa de la demandada, la cancelación de todas y cada una de las anotaciones registrales que traigan causa de los acuerdos nulos y se hayan inscrito en el Registro Mercantil, así como la de todos los asientos posteriores que resultaren contradictorios con la cancelación de aquéllos.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 22 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga, se registró con el núm. 474/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Alfredo Gross Leiva, en representación de Finca La Albacora S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la imposición de las costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga dictó sentencia n.º 76/2016, de 15 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Domingo Corpas, en nombre y representación de D. Marcial, frente a la entidad Finca La Albacora, S. L., representada por el procurador Sr. Gross Leiva, absolviendo a la sociedad demandada de las peticiones deducidas frente a ella en la demanda. Todo ello, con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte actora."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Marcial.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 735/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Que estimando el recurso de apelación formulado por el procurador D. José Domingo Corpas en nombre y representación de D. Marcial, con revocación de la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 en el Juicio Ordinario n.º 474/2013 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga, debemos estimar y estimamos la demanda formulada por dicha recurrente contra Finca La Albacora, S.L., declarando la nulidad de la Junta social celebrada el 8 de abril de 2013 y de los acuerdos en la misma adoptados, imponiendo a la demandada la costas causadas en la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada."

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Alfredo Gross Leiva, en representación de Finca La Albacora S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Único.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por infracción o aplicación indebida de los artículos 95, letra a) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aplicable al caso que nos ocupa por razones cronológicas, y 179.1 y 188.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital."

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Finca La Albacora, S.L., contra la sentencia n.º 418/2018, de 9 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 735/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 474/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga.

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 20 de julio de 2000, la junta general de la sociedad Borrás S.L. de Productos Alimenticios acordó la ampliación de su objeto social y una ampliación de capital.

El socio D. Marcial votó en contra y decidió ejercer su derecho de separación.

2.- D. Marcial formuló dos demandas contra la sociedad Borrás S.L., que resultaron acumuladas y que dieron lugar a un procedimiento que concluyó con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 438/2010, de 30 de junio, que reconoció el derecho del demandante a separarse de la sociedad demandada y condenó a la sociedad a reintegrarle la suma que había aportado para la suscripción de la ampliación de capital a que se referían las demandas.

3.- Mientras se sustanciaba el mencionado procedimiento judicial, el 18 de diciembre de 2008, en una junta general de Borrás S.L. se acordó una operación de reestructuración por la que se escindió una rama de actividad de dicha sociedad que se traspasó a otra sociedad, Finca La Albacora S.L. Como consecuencia de dicha operación, se adjudicaron al Sr. Marcial 54.998 participaciones sociales, representativas de un 6,66% del capital social en la sociedad beneficiada, Finca La Albacora, S.L.

4.- El 2 de diciembre de 2009, se acordó una reducción de capital de Finca La Albacora S.L., con lo que el porcentaje de participación del Sr. Marcial quedó fijado en el 6,9348%.

5.- La mencionada sentencia del Tribunal Supremo condenó a Borrás S.L. a reembolsar al Sr. Marcial el valor de las participaciones de las que era titular en el momento de presentación de la demanda (cuando ejerció el derecho de separación), más las participaciones suscritas *ad cautelam* (por un importe de 15.840.000 pesetas), en virtud de la ampliación de capital acordada en junta general de 25 de julio de 2000, en la que también se acordó el cambio de objeto social que provocó el ejercicio de separación por el demandante.

6.- El 8 de abril de 2013 se celebró junta general de la sociedad Finca La Albacora S.L., en la que no se permitió la asistencia y voto del Sr. Marcial, por entender que había perdido su condición de socio al haber ejercitado el derecho de separación en Marcial antes de la adjudicación de las participaciones de Finca la Albacora que le correspondían por la escisión.

7.- El Sr. Marcial formuló una demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de todos los acuerdos adoptados en la junta general de Finca La Albacora S.L. de 8 de abril de 2013, por considerar que su constitución estaba viciada de nulidad de pleno derecho, al no haberse respetado los derechos de asistencia y voto del demandante.

8.- Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la impugnación. En lo que ahora importa, consideró que, una vez que el demandante había ejercitado su derecho de separación con antelación a la adjudicación de las participaciones resultante de la reestructuración societaria, carecía de



la cualidad de socio. Así como que el demandante había acudido en varias ocasiones a las ampliaciones de capital advirtiéndole que lo hacía *ad cautelam*, en tanto no se reconociera su derecho de separación, por lo que no podía ir contra sus propios actos.

9.- El demandante interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial. El tribunal de apelación consideró, resumidamente, que: (i) la STS 438/2010, de 30 de junio, al reconocer el derecho de separación, no indicó que surtiera efectos desde su ejercicio, aparte de que se reconoció en una sociedad distinta; (ii) el demandante no suscribió *ad cautelam* las participaciones de la sociedad demandada, sino las de la otra sociedad; (iii) al no haber perdido el demandante su condición de socio de la demandante, deberían haberse reconocido sus derechos de asistencia y voto en la junta general impugnada.

Como consecuencia de ello, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y estimó íntegramente la demanda.

10.- La sociedad demandada ha interpuesto un recurso de casación.

SEGUNDO.- Único motivo de casación. Planteamiento. Admisibilidad

1.- El único motivo de casación denuncia la infracción del art. 93 a) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada -LRSC- (aplicable al caso por razones cronológicas), en relación con los arts. 179.1 y 188.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida se opone a las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero, y 438/2010, de 30 de junio, en cuanto que no reconoce que el derecho de separación del socio surte efectos jurídicos desde su ejercicio y conlleva la pérdida de la condición de socio.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, porque: (i) los preceptos que se citan como infringidos tienen relación con los derechos de asistencia y voto a las juntas generales de las sociedades, pero el recurso no concreta en qué modo han sido vulnerados por la sentencia recurrida; (ii) tales preceptos no constituyen la *ratio decidendi* de la mencionada sentencia, puesto que lo que se discute realmente es si el demandante era o no socio de Finca Albacora S.L.; (iii) inexistencia de interés casacional.

Ninguno de tales óbices puede ser atendido. Para decidir si el Sr. Marcial era socio de la demandada hay que resolver cuándo surtió efecto el derecho de separación ejercitado en la sociedad escindida y en función de ello, habrá que decidir si se vulneraron sus derechos de asistencia y voto, que es a lo que se refieren los preceptos legales citados como infringidos, por lo que su cita es correcta y adecuada. En cuanto al interés casacional, el recurso identifica y cita las sentencias de esta Sala que considera infringidas, por lo que cumple los requisitos de admisibilidad, sin perjuicio de que finalmente prospere o no.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Momento en el que se pierde la condición de socio tras haberse ejercitado el derecho de separación. Calidad de socio del Sr. Marcial en la fecha de celebración de la junta general impugnada

1.- La cuestión nuclear de la que dependen el resto de pronunciamientos -si el Sr. Marcial había perdido o no la condición de socio cuando se celebró la junta general impugnada- ha sido tratada recientemente por las sentencias 4/2021, de 15 de enero, 46/2021, de 2 de febrero y 64/21, de 9 febrero, que han resuelto sobre cuándo se pierde la condición de socio en una sociedad de capital tras ejercer el derecho de separación.

2.- A falta de previsión expresa en la LSC y de solución jurisprudencial previa, consideramos en dichas sentencias que en las sociedades de capital, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Como recordó la sentencia 32/2006, de 23 de enero, "los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas".

Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).



En conclusión, el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.

3.- En aplicación de esta jurisprudencia, cuando se celebró la junta general impugnada, el Sr. Marcial no había perdido la cualidad de socio y conservaba sus derechos de asistencia y voto en la junta general.

Por lo que como la sentencia recurrida se ajusta a dicha conclusión, el recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que deban imponerse sus costas a la recurrente, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, conlleva la pérdida del depósito constituido para su formulación del recurso, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, L

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Finca La Albacora S.L. contra la sentencia núm. 418/2018, de 9 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, en el recurso de apelación núm. 735/2016.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.