



Roj: **SAP C 2101/2014 - ECLI:ES:APC:2014:2101**

Id Cendoj: **15030370042014100260**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **21/03/2014**

Nº de Recurso: **404/2013**

Nº de Resolución: **84/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00084/2014**

MERCANTIL Nº 1

ROLLO 404/13

**S E N T E N C I A**

**Nº 84/14**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA (Civil-Mercantil)**

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**CARLOS FUENTES CANDELAS**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

En A Coruña, a veintiuno de marzo de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000295 /2012, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000404 /2013, en los que aparece como parte demandante-apelante, Leon , Adriana , Eloisa , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JESÚS ÁNGEL SANCHEZ VILA, asistido por el Letrado D. ALBERTO PEREZ SAN MARTIN, y como parte demandada-apelada, MANUEL REY, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CARMEN GÓMEZ CORTES, asistido por el Letrado D. MARIA BELEN FERNANDEZ PAREDES, sobre DERECHO DE SEPARACION DE SOCIOS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE A CORUÑA de fecha 3-6-13 . Su parte dispositiva literalmente dice: "desestimo la demanda interpuesta por Leon , Adriana , Eloisa , asistidos por el letrado SR. PEREZ SAN MARTIN y representados por el Procurador SR. SANCHEZ VILA contra la demandada, MANUEL REY S.A. Ferrol, representada por la Procuradora SRA. GOMEZ CORTES y asistida por la Letrada SRA. FERNANDEZ PARADAS.

Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes".



**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Constituye el objeto de este recurso de apelación el procedimiento seguido por los demandantes, D. Leon , D.<sup>a</sup> Adriana y D.<sup>a</sup> Eloisa contra la entidad mercantil "MANUEL REY S.A. FERROL", en el que pretenden se declare su derecho de separación de socio por falta de distribución de dividendos, con amparo en el art. 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , que en la sentencia apelada considera que no es de aplicación al caso, por cuanto el momento temporal que debe ser tenido en consideración es la fecha de la convocatoria de la junta general de socios, esto es, el día 8 de agosto de 2011, mientras que las publicaciones tuvieron lugar los días 12 y 13 de septiembre, cuando no había entrado en vigor dicho precepto legal.

**SEGUNDO.-** A los efectos decisorios de la presente resolución hemos de partir de los siguientes hechos probados:

A) Que los actores son socios de la sociedad demandada "MANUEL REY S.A. FERROL". D. Leon es titular de 1.400 acciones, D.<sup>a</sup> Adriana ostenta 400 acciones y D.<sup>a</sup> Eloisa de otras 1.400 acciones. Representan en total, el 32% del capital social.

B) Que en reunión de fecha 8 de agosto de 2011 el Consejo de Administración de la entidad demandada acuerda convocar Junta General Ordinaria de Accionistas, en primera convocatoria el día 15 de octubre de 2011, a las diez horas, y en su caso, en segunda convocatoria el día siguiente, 16 de octubre, a la misma hora, con asunto a tratar en el segundo orden del día "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.". Las publicaciones tuvieron lugar los días 12 y 13 de septiembre siguiente.

C) Que en fecha 15 de octubre de 2011 se celebra la convocada Junta General Ordinaria de Accionistas de la mercantil demandada, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, aprobándose por socios que representan el 68 por ciento del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas.

D) Que los demandantes en fecha 10 de noviembre de 2011, a medio de burofax, ejercieron el derecho de separación previsto en el art. 348 bis LSC, por causa de falta de distribución de dividendos.

E) En escrito de fecha 29 de marzo de 2012, remitido a través de burofax, el letrado de los demandantes requiere a la Presidenta del Consejo de Administración, que dirija solicitud al Registro Mercantil de A Coruña a fin de que se designe un auditor de cuentas independiente para que proceda a la valoración de las acciones de los demandantes.

F) Que ante la denegación de la mercantil demandada del derecho de separación, los actores solicitaron directamente al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, que fue declarada su procedencia en resolución de fecha 8 de mayo de 2012.

G) Que en fecha 10 de abril de 2010 la DGRN, desestima el recurso de alzada interpuesto contra la anterior resolución por la Presidenta del Consejo de Administración de la mercantil demandada.

**TERCERO.-** El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital fue introducido por el artículo 18 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto , de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, (BOE 2-8-2011), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas en el cual se incluye una nueva causa para el ejercicio del derecho de separación, en caso de falta de distribución de beneficios, y establece:

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.



Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos.

Dicho precepto legal entró en vigor el día 2 de octubre de 2011 y estuvo vigente hasta el día 23 de junio de 2012, por aplicación de una disposición transitoria nueva adicionada en la LSC en artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que decretó la suspensión de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2014. La citada ley de simplificación fue publicada en el BOE el día 23 de junio de 2012, entrando en vigor al día siguiente.

Por tanto, lo que se discute en el recurso es que dicho art. 348 bis es de aplicación al caso, por cuanto la fecha que debe ser tomada en consideración no es la de la convocatoria de la Junta de accionistas, como consideró la juzgadora a quo en la sentencia apelada, sino la de la toma del acuerdo que deniega el reparto de beneficios sociales, no se aduce que no concurren los demás requisitos exigidos en la ley, y la concreta fecha en que se ejercita el derecho de separación, un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios, que en el caso los actores hicieron el día 10 de noviembre de 2011, esto es, cuando estaba en vigor dicho artículo.

Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas. Por todo lo antes expuesto, la demanda inicial debe prosperar, y el recurso ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO** .- Estimado el recurso de apelación interpuesto, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta alzada ( Art. 398 Ley de Enjuiciamiento Civil ), respecto a las de primera instancia al ser estimada íntegramente la demanda procede su imposición a la parte demandada ( art. 394 Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

## FALLAMOS

Con estimación del recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº Uno de A Coruña en fecha 3 de junio de 2013, revocamos la precitada resolución, que dejamos sin efecto, y dictamos otra nosotros en la que con estimación de la demanda formulada por la representación de D. Leon, D.ª Adriana y D.ª Eloisa contra la entidad mercantil "MANUEL REY S.A. FERROL", declaramos el derecho de separación de los demandantes de la entidad mercantil demandada, por no distribución de dividendos, y en consecuencia condenamos a la demandada a reembolsar a los actores el valor razonable señalado en el art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital de las 3.200 acciones que son de su titularidad, a fecha 11 de noviembre de 2011, con expresa imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada; todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en la alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde su notificación

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ