



Roj: **SAP TF 3054/2015 - ECLI: ES:APTF:2015:3054**

Id Cendoj: **38038370042015100349**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **02/12/2015**

Nº de Recurso: **372/2015**

Nº de Resolución: **322/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76

Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000372/2015

NIG: 3803847120130000498

Resolución: Sentencia 000322/2015

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000464/2013-00

Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Testigo Ismael

Apelado Tinger S.L. Jose Luis Sanchez-parodi Pascua Ana Maria Hernandez Oramas

Apelante Ovidio Nuria Nuñez Fraga María Mercedes Aranaz De La Cuesta

Apelante Víctor Nuria Nuñez Fraga María Mercedes Aranaz De La Cuesta

Apelante Juan Alberto Nuria Nuñez Fraga María Mercedes Aranaz De La Cuesta

**SENTENCIA**

Rollo núm. 372/2015.

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres.

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

En Santa Cruz de Tenerife, a dos de diciembre de dos mil quince.



Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. uno de Santa Cruz de Tenerife en los autos núm. 464/13 seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre **separación de socio** y promovidos, como demandantes, por DON Ovidio , DON Víctor y DON Juan Alberto , representados por la Procuradora doña María Mercedes Aranz de la Cuesta y dirigidos por la Letrada doña Nuria Núñez Fraga contra la entidad TINGER S.L., representada por la Procuradora doña Ana María Hernández Oramas y dirigida por el Letrado don José Luis Sánchez-Parodi Pascua, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres con base en los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1. Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

2. La parte actora presentó demanda en las que los actores pretendían la declaración de su derecho a la **separación** de la sociedad demandada (TINGER S.L.) y al "reembolso del valor aproximado de las participaciones sociales, por el procedimiento legal que dispone la Ley de Sociedades de Capital", ya que en la junta general celebrada el 12 de junio de 2012, se había acordado no repartir ninguna cantidad de los beneficios obtenidos en el ejercicio anterior, sino destinarlos en su integridad a reservas, cumpliéndose todos los requisitos del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital , entonces aplicable.

3. Emplazada la entidad demandada, compareció en los autos y contestó a la demandada alegando, en primer lugar, el sometimiento a arbitraje, y, a continuación, la falta de legitimación activa de dos de los actores al haber sido excluidos de la sociedad en la misma junta mencionada y, por tanto, no tener ya la condición de **socios**; además, opuso (i) la falta de concurrencia de todos los requisitos legales previstos en el art. 348 bis de la LSC; (ii) la retroactividad de la norma que suspende la aplicación de dicho precepto; (iii) la improcedencia de la pretensión de reembolso por el "valor aproximado" de las participaciones sociales, y (iv) el ejercicio del derecho contrario a la buena.

SEGUNDO.- 1. Seguido el procedimiento por sus trámites la Ilma. Sra. Magistrada-Juez doña María Henar Torres Martín, dictó sentencia el quince de diciembre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Se desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Ovidio , D. Víctor Y D. Juan Alberto frente a TINGER S.L. Se absuelve a la parte demandada de todos pedimentos contra ella deducidos con todos los pronunciamientos favorables. Se condena en costas a los actores».

2. Dicha resolución entiende, en síntesis y tras analizar la introducción y vigencia del art. 348.bis de la LSC en nuestro ordenamiento jurídico así como los requisitos exigidos en el mismo para la **separación del socio**, que este precepto estuvo vigente desde el día 2 de octubre de 2011 hasta el día 23 de junio de 2012, y que la fecha a tener en cuenta a los efectos de la **separación** no es la de la celebración de junta sino la de la petición o comunicación por escrito de la **separación**; por ello y como cuando los actores emitieron la comunicación el 10 de julio de 2012, dicho precepto se encontraba suspendido y no era aplicable.

TERCERO.- 1. Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandante en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución. En dicho escrito y tras la fijación de los hechos que sirven de antecedentes, se alega que concurren todos los requisitos del art. 348 bis para ostentar y ejercitar el derecho de **separación**, del que se hizo uso y se comunicó a la sociedad en la misma junta que se destinaron los beneficios a reservas, de modo que la comunicación ulterior integraba una mera formalidad para dar cumplimiento a un requisito estatutario, considerando contradictoria la sentencia. Por otro lado, analiza la idoneidad del art. 348 bis de la LSC y la causa de su suspensión así como la interpretación según la doctrina de este precepto, contraria a la mantenida en la sentencia impugnada, y analiza "la práctica jurisprudencial sobre protección de los **socios** minoritarios frente al abuso de derecho por la sociedad", insistiendo por lo demás en la legitimación activa de dos de los actores. Se refiere, además y seguidamente, a la incongruencia de la sentencia así como a la "falta de contradicción de la sentencia y la indefensión de los actores", para, finalmente, relacionar el ámbito de la tutela judicial con la protección del **socio** minoritario.

2. Del escrito del recurso se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandada presentó escrito de oposición al mencionado recurso, insistiendo, en primer lugar en la falta de legitimación activa de dos de los demandantes; niega, por otro lado, la incongruencia de la sentencia, pues se alegó en la contestación la falta de concurrencia de todos los requisitos legales previstos por el art. 348 bis de la LSC y la sentencia constata la falta de concurrencia de uno de estos requisitos; señala, además, la no concurrencia de otros requisitos legales no contemplados en la sentencia y tilda de "alegal" el valor del reembolso pretendido (el "valor aproximado de las participaciones sociales"), sin que se haya acreditado el



valor de reembolso pretendido en la demanda; finalmente considera contrario a la buena fe el ejercicio del derecho llevado a cabo por los actores.

CUARTO.- 1. Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día dieciocho de noviembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

2. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Planteados el litigio y el recurso en los términos que, en síntesis, se han expuesto en los anteriores antecedentes de hecho, hay que referirse, en primer lugar, a las cuestiones procesales suscitadas por las partes, si bien la parte recurrente, invirtiendo quizá su orden lógico jurídico, las relega a las últimas alegaciones del recurso.

2. Pero incluso antes que éstas habría que analizar la alegada falta de legitimación activa de dos de los demandantes (en la medida en que se trata de un presupuesto subjetivo del proceso), a la que alude la parte apelada en su oposición al recurso; no obstante, se podría plantear la pertinencia de su examen en la segunda instancia sin haber formulado expresamente la impugnación de la sentencia con base en el art. 461.1 de la LEC en lo que no haya resultado favorable (cuestión sobre las que puede haber algunas diferencias de matiz entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -sentencia de 23 de marzo de 2009 - y del Tribunal Supremo -sentencias de 25 de noviembre de 2010 y de 19 de septiembre de 2013 -). En cualquier caso y al margen de otras consideraciones (pues incluso cabría la posibilidad de su apreciación de oficio de fundarse, en último término, en la falta de acción), tratándose de una excepción que no ha sido resuelta expresamente en la sentencia apelada (las referencias a las legitimación para el ejercicio de la acción contenidas en el fundamento de derecho tercero no tienen con ver con la base sobre la que se articula la excepción por la demandada), permiten abordar la cuestión.

2. La falta de legitimación se proyecta solo sobre dos demandados, de manera que tampoco excluiría el pronunciamiento de fondo con relación al tercer demandado; en cualquier caso, considera la Sala que la excepción no puede prosperar, porque si bien en la junta general se adoptó el acuerdo de excluir a los dos demandantes de su condición de **socios**, en el punto anterior esos dos demandantes habían comunicado a la misma junta el ejercicio de su derecho a la **separación**, desconocido finalmente por la entidad demandada y que es el objeto de la pretensión actora.

En el desarrollo secuencial de la junta el ejercicio de ese derecho fue previo al acuerdo de exclusión, de manera que su reconocimiento en el proceso (si es que procede, integrando ello la cuestión de fondo) lo que impediría sería justamente la exclusión posterior al no formar parte los **socios** excluidos de la sociedad por su **separación**. Y desde luego, la legitimación de esos **socios** para promover el proceso como titulares del derecho discutido ( art. 10 de la LEC ) aparece fuera de toda duda, naturalmente contemplando ese derecho como deducido y al margen de su procedencia, lo que, como se ha señalado, es la cuestión de fondo. Y todo ello al margen de que la exclusión produce como efecto común con la **separación** el reembolso del valor de la participación social.

3. En lo que concierne a las infracciones procesales denunciadas por los actores en su recurso (en concreto la incongruencia de la sentencia y la indefensión que se les ha generado), entiende la Sala que no se ha producido ni una ni otra infracción. La sentencia resuelve las pretensiones formuladas en el sentido de desestimarlas, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso la más reciente, ha declarado que las sentencias absolutorias o íntegramente desestimatorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador ( sentencia de 6 de junio de 2013 , de 20 de julio de 2012 y las citadas en ésta).

Nada de ello ocurre en este caso, ni puede aceptarse el argumento en el que se funda la alegación, pues no ha existido ninguna alteración de los hechos integrantes de la casua petendi ni la estimación de una excepción no opuesta, sino que la desestimación tiene como base la improcedencia de la pretensión como consecuencia del contenido de las normas jurídicas aplicables en función de los hechos alegados, aunque el argumento jurídico en concreto utilizado no fuera alegado por la parte demandada (fuera o más allá del incumplimiento de los requisitos legales para la **separación** pretendida), lo que nada tiene que ver con la congruencia (en realidad y aunque la demandada hubiera permanecido en rebeldía, la sentencia podía haber desestimado la pretensión con el mismo fundamento sin ningún reparo). Otra cosa es que esa fundamentación sea o no procedente, pero ello nada tiene que ver con el vicio de la congruencia, sino que integra el fondo de la cuestión.



Por similares razones no cabe hablar de falta de contradicción o de indefensión a los actores; no ha existido ninguna variación de los hechos ni de su componente jurídico o normativo -el fundamento jurídico, que no legal, al que alude el art. 218 de la LEC -, sino que la decisión se ha tomado con base en los mismos hechos alegados por los actores, pero considerando que de los mismos no derivaba como consecuencia el derecho reclamado, y ello al entender que al comunicarse el ejercicio del derecho de **separación** el artículo 384 bis en el que se ampara no era de aplicación por estar suspendida su vigencia.

SEGUNDO.- 1. En realidad, ésta es la cuestión esencial del recurso. Para su resolución hay que tener en cuenta algunas datos que no resultan controvertidos o que se encuentran plenamente acreditados, poniéndolos en relación con el periodo de vigencia del art. 348 bis de la LSC, precepto doctrinalmente discutido, que introdujo el derecho de **separación** en caso de no reparto de dividendo pese a la existencia de beneficios y que, como se ha señalado por algún tribunal, ha sido puesto en cuestión por el propio legislador, que sin derogarlo, ha aplazado ya en dos ocasiones su vigencia; esta consideración no excluye, como es obvio, su aplicación en su período de vigencia.

2. Pues bien, el precepto estuvo en vigor a partir del 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el BOE de la Ley 25/2011) hasta el 23 de junio de 2012, y fue suspendido en su aplicación a partir del 24 de junio de 2012, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (Ley 1/2012) y después hasta el 31 de diciembre de 2016.

Por otro lado, resulta incontrovertido que la entidad demandada (TINGER S.L.) tenía más de cinco años de actividad al finalizar el año 2001, que no es una sociedad cotizada y que en el ejercicio de 2011 obtuvo beneficios por importe de 10.777,37 €. En la junta general de la sociedad celebrada el 13 de junio de 2012, de la que se levantó acta notarial, se aprobó el acuerdo, sobre el primer punto del orden del día relativo a la aprobación las cuentas anuales del ejercicio de 2011 y aplicación de resultados, de "no repartir dividendos" aceptando la propuesta de destinarlos a reservas voluntarias; a continuación se reseña en el acta notarial, bajo el enunciado de "ejercicio del derecho de **separación**", que a la vista del acuerdo anterior, don Ovidio , don Juan Alberto y don Víctor "ejercitan el derecho de **separación** para que se someta al arbitraje prevenido en los estatutos" y tras unas matizaciones sobre tal procedimiento, el Presidente manifiesta que "a la vista del ejercicio del derecho de **separación**, hay que valorar si concurren o no los presupuestos previstos en el artículo 358 bis de la Ley de Sociedades de Capital y, para el caso de que concurren tales presupuestos, se acudirá al procedimiento de valoración previsto en el art. 353 de la misma. dado que no se acepta la propuesta desorbitada de 250.000 euros en la participación que proponen los **socios** que pretenden separarse."

Con posterioridad, don Víctor dirigió comunicación el día 10 de julio de 2012 a TINGER S.L. en la que señalaba que en la junta celebrada había ejercitado su derecho de **separación**, y en la misma fecha, éste y los otros dos actores, solicitaron del Registro Mercantil la designación de auditor para valorar sus participaciones sociales, siendo nombrado auditor por el Registrador; este nombramiento fue recurrido por la sociedad demandada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que desestimó el recurso; sin embargo, el auditor designado renunció a emitir el informe encomendado ya que no se le facilitó por parte de la sociedad la documentación necesaria para su elaboración.

3. Sobre esta base considera la Sala que el recurso debe estimarse; el ejercicio del derecho de **separación** se comunicó en la misma junta, cuando aún no había entrado en vigor la suspensión del art. 348.bis de la LSC; el ejercicio (con independencia de su viabilidad) vino a ser reconocido incluso en el mismo acto por el Presidente de la junta, que lo que no aceptó fue la propuesta de la valoración de la participación, aunque puso sus reparos al señalar que habría que valorar la concurrencia de los presupuestos previstos en dicho precepto.

Sin embargo, el derecho y su ejercicio no reclaman la aprobación de la junta pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006 , "nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la **separación**, desde la aprobación del acta ( artículo 54.3 LSRL ), que no es necesaria cuando sea notarial ( art. 55.1 y 2 de la misma Ley ) y no requiere que la sociedad lo acepte, ya que lo que la ley previene en orden al ejercicio del derecho, que fundamentalmente consiste en dar publicidad (artículo 97, que permite sustituir la publicación en el Boletín por una comunicación a los **socios**), valorar las participaciones (artículo 100), reembolsarlas al **socio** (artículo 101) y reducir el capital (artículo 192) constituye un conjunto de obligaciones de la sociedad, que en ocasiones requieren la cooperación del **socio** (vgr., valoración, que puede obtenerse por acuerdo o por intervención de Auditor si no hay acuerdo)".

Incluso aunque la comunicación se formulara después el 10 de julio siguiente, cuando ya había entrado en vigor la suspensión del precepto (el 24 de junio de 2012) con la publicación de la Ley 1/2012, de 22 de junio, si el derecho ya había nacido con el acuerdo adoptado de los que pretendían la **separación** (como señala la sentencia del Tribunal Supremo citada), no se le puede conferir a dicha Ley efecto retroactivo para privar del derecho nacido al amparo de la normativa anterior, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del Código Civil , de aplicación general.



4. Concurren, pues, todos los requisitos exigidos en el art. 388.bis citado (que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil, que el **socio** hubiese votado a favor de la distribución de dividendos, que la junta no acuerde el reparto de al menos un tercio de los beneficios y que los beneficios sean legalmente repartibles), que se encontraba en vigor en el momento de la adopción del acuerdo, aunque al poco tiempo fuera suspendida su vigencia, de manera que el ejercicio del derecho era procedente.

TERCERO.- 1. La conclusión anterior no se desvanece por las alegaciones de la parte apelada. Esta señala que la entidad demandada arrastraba resultados negativos de ejercicios anteriores. Sin embargo, en los ejercicios anteriores también hubo beneficios con exclusión de alguno aislado; pero es que, por otro lado, el destino acordado de los beneficios no fue el de equilibrar las pérdidas, sino el de reservas voluntarias, tal y como se establecía en la memoria, se propuso en la junta y se acordó en ella; por otro lado, la misma memoria del ejercicio aprobada señalaba -folio 259 de los autos- que "no existen limitaciones para la distribución de dividendos" de manera que la inexistencia de limitaciones legales (por pérdidas o reservas legales o estatutarias), reconocidas expresamente por la sociedad al aprobar la memoria y las cuentas, implicaba que los dividendos fueran legalmente repartibles. Por otro, en el ejercicio de 2012 hubo un incremento de fondos propios (231.337,26 euros) con relación al ejercicio de 2011 (230.068,87 euros), tal y como resulta de la documentación aportado. En realidad y siendo una consecuencia común a la **separación** y a la exclusión del **socio** el reembolso del valor de las participaciones, este reembolso procedería, en todo caso y de no ser procedente la **separación**, como consecuencia del acuerdo de exclusión adoptado en la misma junta, con lo cual la negativa de la sociedad a la **separación** y valoración de las participaciones de los actores (al margen otras consecuencias) no deja de ser un tanto contradictoria al menos en lo que se refiere a esa consecuencia.

2. Por otro lado, es cierto que la pretensión sobre el reembolso del valor "aproximado" de las participaciones sociales puede introducir un concepto o una petición "alegal", pero en realidad se trata o responde más bien a una imprecisión terminológica y puramente formal (incluso cabría plantearse la posibilidad de un "lapsus calami") del suplico, ya que en los fundamentos de derecho claramente se alude al valor "razonable" de las participaciones y el proceso o mecanismo para su determinación; esa imprecisión o error no excluye la pretensión en la materialidad de su contenido procedente, pues en otro caso se incurría en un rigor formal exacerbado que sí que pondría en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva.

Y en relación con ello, el hecho de no se haya acreditado (ni siquiera de que se haya propuesto prueba al respecto) de la falta de acreditación "del valor de reembolso pretendido en la demanda", no deja de ser irrelevante; porque en ésta no se pretende la condena de la sociedad al pago de una determinada cantidad en ese concepto (aunque sea el fin último pretendido), es decir, como valor de reembolso, sino que se declara "el derecho al reembolso. por el procedimiento legal que dispone la Ley de Sociedades Capital", procedimiento previamente desconocido por la sociedad demandada y que puede imponerse a ésta.

Por lo demás y a los solos efectos dialécticos, habría que plantearse las consecuencias de una pretensión con reserva de liquidación que permitiría su determinación en un proceso ulterior de acuerdo con lo establecido en el art. 219.2, último párrafo, de la LEC .

3. La posibilidad de que el ejercicio del derecho de **separación** por los actores sea contrario a la buena fe o abusivo ( arts. 7 del CC y 11 de la LOPJ ) no se compadece bien con la propia actuación de la sociedad que acordó su exclusión de la sociedad, exclusión que, como se ha señalado, tiene como efecto común con la **separación**, el mismo reembolso que pretenden los actores con ésta; en realidad, esa imputación de actuación abusiva y contraria a la buena fe concierne más que al ejercicio del derecho, a su contenido pecuniario, con el que no está de acuerdo la demandada por la cuantía, que considera desorbitada, de 250.000 euros pretendida por cada uno de los actores cuando los fondos propios o patrimonio neto de la sociedad ascendía a 230.088,87 euros en el ejercicio de 2011. Pero se trata esa de una discrepancia a la que el propio procedimiento establecido en la LSC trata de poner remedio a través de la designación de un auditor independiente que valore las participaciones, y fue precisamente la sociedad demandada la que boicoteó ese procedimiento no suministrando al auditor designado por el Registrador los documentos precisos para emitir su informe.

CUARTO.- 1. Procede en virtud de lo expuesto estimar el recurso y, consecuencia, revocar la sentencia apelada para estimar en su integridad la demanda.

2. La estimación íntegra de la demanda implica que las costas de primera instancia deban imponerse a la demandada de acuerdo con lo establecido en el art. 394 de la LEC . Sin embargo, no cabe imposición especial sobre las originadas en segunda instancia como consecuencia de la estimación del recurso al disponerlo así el art. 398.2 de la misma Ley .

## FALLO



En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE: 1. ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, REVOCAR la sentencia apelada que se deja sin efecto.

2. ESTIMAR la demanda interpuesta por los actores DON Ovidio , DON Víctor y DON Juan Alberto , y DECLARAR HABER LUGAR a la **separación** de los mismos de la entidad demandada, TINGER S.L., y al reembolso del valor razonable de sus participaciones sociales por el procedimiento establecido en la Ley de Sociedades de Capital al efecto, IMPONIENDO a la mencionado entidad las costas de primera instancia.

3. NO HACER IMPOSICIÓN especial sobre las costas devengadas en segunda instancia, CON DEVOLUCIÓN del depósito que se haya constituido para recurrir

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional ( art. 477.3 de la LEC ) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél ( Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC ), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

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