



Roj: **SAP CS 86/2017 - ECLI: ES:APCS:2017:86**

Id Cendoj: **12040370032017100010**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **905/2016**

Nº de Resolución: **18/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ADELA BARDON MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 905 de 2016

Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón

Juicio ordinario número 149 de 2015

SENTENCIA NÚM. 18 de 2017

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrados:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Don RAFAEL GIMÉNEZ RAMÓN

En la Ciudad de Castellón, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día 17 de febrero de 2016 y el Auto de aclaración de 7 de marzo de 2016 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 149 de 2015.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Altoglass, S.A., representado/a por el/a Procurador/a D/a. M^a Carmen Ballester Villa y defendido/a por el/a Letrado/a D/a. Joaquín A. Remolar Vicent, y como apelados, Pañol, S.L. y Doña Elisabeth, representado/a por el/a Procurador/a D/a. Dolores M^a Olucha Varela y defendido/a por el/a Letrado/a D/a. Antonio Civera García.

Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. ADELA BARDÓN MARTÍNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: "**ESTIMAR INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora Dolores M^a Olucha Varela, en nombre y representación de BYADA S.L y DECLARAR la NULIDAD de las Juntas de 21 mayo 2014, de 2 junio 2014 y de cualquier otra Junta General de ALTOGLASS que hubiere sido celebrada con posterioridad al 8 enero 2014, y por ende de todos los acuerdos en ellas adoptadas, sin especial pronunciamiento en costas.



Firme que sea esta resolución, expídanse oportunos testimonios y mandamientos para su inscripción en el Registro Mercantil y debida publicidad, así como para la cancelación de la inscripción de los acuerdos impugnados que obren inscritos y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con la Sentencia.-"

En fecha 7 de marzo de 2016 se dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "SE RECTIFICA la sentencia nº 51/2016 de 17 de febrero de 2016 en el sentido de que:

1- En el "ANTECEDENTE DE HECHO" QUINTO, donde se dicte "la testifical consistente en la deposición judicial de Elisabeth ;" debe decir "la testifical consistente en la deposición judicial de Mariana ";

2- En el "FUNDAMENTO DE DERECHO" QUINTO donde se dice "la testifigo Mariana , administradora de ALTOGLASS," debe decir "la testifigo Mariana , administradora de BYADA";

3- En el FALLO, donde dice "la demanda interpuesta por la Procuradora Dolores M^a Olucha Varela, en nombre y representación de BYADA S.L" debe decir "la demanda interpuesta por la Procuradora Dolores M^a Olucha Varela, en nombre y representación de PAÑOL S.L. y Elisabeth "-"

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de Altoglass, S.A., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda, imponiendo al demandante las costas causadas en primera instancia.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia confirmando la dictada en primera instancia, con imposición de costas a la parte apelante.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 28 de septiembre de 2016 se formó el presente Rollo y se designó Magistrada Ponente, se tuvieron por personadas las partes y por Providencia de fecha 30 de noviembre de 2016 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 25 de enero de 2017, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los de la resolución recurrida en cuanto resulten contrarios a los siguientes:

PRIMERO.- La mercantil Pañol SL y D^a Elisabeth han planteado demanda frente a la también mercantil Altoglass SA impugnando los acuerdos sociales aprobados en Juntas Generales de accionistas de esta última sociedad, celebradas respectivamente el 21 de mayo y el 2 de junio de 2014 y de cualquier otra junta general de dicha entidad que se hubiera celebrado con posterioridad al 8 de enero de 2014, declarando su nulidad y la de todos los acuerdos adoptados, al no haber sido convocados a las mismas las demandantes a pesar de ser accionistas, nulidad que se interesa con todos los pronunciamientos inherentes a dicha declaración.

La Sentencia dictada en primera instancia ha estimado la demanda y ha declarado la nulidad de las juntas que se solicitaban y de los acuerdos adoptados en las mismas, por haber adquirido las demandantes en fecha 25 de julio de 2013 su condición de **socios** de la demandada, resultando nulas las juntas en las que se haya impedido la asistencia de los actores, si bien no ha impuesto el pago de las costas de la instancia ante la complejidad jurídica de las cuestiones planteadas, teniendo en cuenta para ello que los **socios** que ejercitaron su derecho de **separación** hasta el reembolso del importe de sus acciones han mantenido la totalidad de los derechos, que incluyen la posibilidad de transmitir como han hecho parte de sus acciones, sin que la venta sea contradictoria con la voluntad manifestada de abandonar la sociedad y sin que se haya justificado que la transmisión esconda un propósito fraudulento o malicioso, contrario a lo que aparenta.

Frente a esta resolución interpone recurso de apelación la representación de la mercantil demandada en el que tras hacer un examen de los hechos no controvertidos, básicamente coincidentes con los que se exponen en la Sentencia de instancia, plantea como primer motivo del recurso que ha habido error en la apreciación de la prueba y que se ha vulnerado lo establecido en las normas de derecho sustantivo que se mencionan y la jurisprudencia que las desarrolla por los efectos de la transmisión de las acciones de Byada SL a los actores después de haber ejercitado el derecho de **separación**, al considerar que tras la venta de las acciones también debe entenderse que los adquirentes han ejercitado ese derecho de **separación**, sin que hayan solicitado de forma expresa que se deje sin efecto respecto de los mismos ese proceso de **separación**.



Y en segundo lugar plantea, también denunciando la existencia de error en la apreciación de la prueba y la vulneración de lo establecido en normas de derecho sustantivo que se mencionan y de la jurisprudencia que la desarrolla, en cuanto a la cuestión referida a que el **socio** que ha ejercitado el derecho de **separación** pueda ser convocado a juntas, después de que el auditor nombrado por el Registro Mercantil haya valorado sus acciones y de que se haya puesto a su disposición el precio de esas acciones y se haya procedido a consignarlo. Distingue para ello dos fases o momentos distintos del proceso de **separación**, siendo el primero el que abarca desde la presentación de la solicitud de **separación** de Byada y de otro **socio**, que es cuando por la sociedad demandada se presenta su oposición impugnando y recurriendo el nombramiento del auditor de cuentas, hasta cuando ya se considera consumada totalmente la **separación**, una vez desestimadas esas reclamaciones y cuando se ha procedido a realizar el informe de valoración por el auditor, siendo que en el primer momento se ha convocado a todos los **socios** a las juntas de la mercantil mientras que después de consumado ese derecho de **separación** se ha considerado que ha perdido esa condición de **socio**, por lo que las demandantes carecen de legitimación para impugnar cualquier acuerdo de una mercantil de la que ya no son parte, solicitando por todo ello la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- A fin de resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación debemos partir de los hechos que en la Sentencia de instancia se han establecido como no controvertidos y que resultan de los documentos aportados por ambas partes, si bien corrigiendo una fecha que se ha establecido de forma errónea y añadiendo un hecho no contemplado expresamente en esa relación.

No es controvertido por tanto que fue en la Junta General de Altoglass SA, celebrada el 13 de abril de 2012, cuando se aprobó la propuesta del administrador único y accionista mayoritario de no distribuir dividendos, lo que motivó que mediante comunicación remitidas por conducto notarial en fecha 10 de mayo de 2012 dos de los **socios**, Byada SL y D. Fidel , titulares respectivamente del 41,80 % y del 2,05 %, comunicaran el ejercicio de su derecho de **separación**, solicitando seguidamente del Registro Mercantil el nombramiento de un auditor para la valoración de las participaciones de la sociedad, a lo que se opuso dicha sociedad que interpuso frente a la decisión de acceder a este nombramiento diversos recursos y reclamaciones ante la DGRN y el Ministerio de Justicia.

Seguidamente, en fecha 25 de julio de 2013, Byada SL transmite a quien son aquí demandantes, la mercantil Pañol SL y a D^a Elisabeth , parte de sus participaciones sociales, el 8,81% a la primera y el 16,01% a la segunda, y poco tiempo después se nombra al perito para la valoración de las acciones, siendo en fecha 5 de mayo de 2014 cuando se emite el informe de valoración en el que se establece un valor de 0,02134 euros por acción.

Y es a partir de ese momento cuando la sociedad demandada, que antes se había opuesto al proceso de **separación**, remite una comunicación a cada uno de los **socios** que consideraba que ostentan un derecho de crédito con fundamento en esa **separación**, que son además de los dos que inicialmente habían ejercitado ese derecho los aquí actores que habían adquirido con posterioridad parte de las participaciones, indicándoles el número de acciones de su titularidad y el valor de las mismas así como que el importe de esa valoración lo tenían a su disposición en un cheque bancario y en el horario que se indicaba en el domicilio social de la empresa, con la advertencia de que si no acudían se consignaría dicho importe, indicando por último que el ejercicio de ese derecho supone la pérdida de la condición de **socio**, con todos los efectos que esto conlleva.

Estos hechos, como decimos, se detallan en la Sentencia de instancia si bien por lo que debe ser un mero error se hizo constar que la indicada comunicación y la puesta a disposición del importe de las acciones tuvo lugar en fecha 19 de mayo de 2014, cuando en realidad la fecha de esa comunicación fue del día 9 de mayo de 2014.

Y por otra parte no se hace expresa mención en la Sentencia de instancia a un hecho que también interesa destacar y que consiste en que a continuación, una vez transcurrido el plazo otorgado, se procedió a consignar el valor de las acciones en la sucursal bancaria en fecha 31 de julio de 2014, y que al mismo tiempo, el día 12 de junio de 2014, la sociedad demandada procedió a elevar a públicos los acuerdos sociales adoptados en la Junta General universal y extraordinaria de esa sociedad celebrada en fecha 21 de mayo de 2014, entre los que se encontraban que Altoglass adquiriría las acciones propiedad de los cuatro **socios** que habían dejado de serlo desde que se le puso a su disposición el importe de sus acciones.

A partir de estos hechos debemos entrar a decidir sobre los motivos del recurso de apelación, el primero de los cuales versa sobre los efectos de la transmisión de las acciones de Byada SL a los actores después de haber ejercitado el derecho de **separación**, donde se discrepa de la conclusión alcanzada en la Sentencia de instancia en cuanto a que por la venta de las acciones los adquirentes no se colocan en la posición de los **socios** que han ejercitado su derecho de **separación**, pretensión y argumento que no compartimos.

Destaca la recurrente que cuando se produjo la transmisión de las acciones a los aquí demandantes ya se había ejercitado el derecho de **separación**, entre otros por quien se las había transmitido, y que además se había solicitado al Registro Mercantil el nombramiento de un auditor con la finalidad de las acciones, por lo



que concluye que los actores también habían ejercitado su derecho de **separación**, vinculando de esta forma el ejercicio de ese derecho de **separación** a la acción, con la que considera que se transmite ese derecho ya ejercitado, y no al **socio**, como se denuncia por la otra parte al oponerse al recurso de apelación.

El artículo 348 bis-1 de la Ley de Sociedades de Capital, regula el derecho de **separación** del **socio**, en caso de falta de distribución de dividendos, estableciendo que *"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"*.

No se establece en dicho precepto ni en ninguno de los que le siguen la vinculación que pretende la parte del ejercicio del derecho de **separación** con la propia acción, de forma que pueda concluirse que si se llegare a transmitir la misma el nuevo adquirente deba ser también considerado como un **socio** que ha ejercido este derecho, siendo por el contrario un derecho del que goza el **socio** mientras lo siga siendo y en cuanto a las acciones de las que sea titular.

Cabe recordar lo que esta Sala ya ha expuesto en la Sentencia que se cita en la resolución recurrida, que es la núm. 239 de 8 de julio de 2011, sobre los efectos que produce la **separación** del **socio** en el período que media desde que lo comunica a la sociedad hasta que recibe el reembolso de sus participaciones, siendo la conclusión que allí se alcanza la de que dicha **separación** de la sociedad genera el derecho del **socio** al reembolso del valor de sus participaciones y, mientras tanto, sigue siendo **socio** a todos los efectos, lo que supone que cuando en el caso que nos ocupa en fecha 25 de julio de 2013 Byada transmite parte de sus participaciones a Pañol y a D^a Elisabeth lo hizo dentro del ejercicio de sus derechos de **socio** que aun conservaba, siendo esto admitido por la propia demandada que no negó en momento alguno a estos últimos su condición de **socios**, llegando a convocarles a juntas de la referida sociedad.

No resulta contrario a lo hasta ahora expuesto el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 32, de 23 de enero de 2006, que se cita en el recurso, ya que de la misma lo que se deduce es que la sociedad no puede desistir *"haciendo claudicar"* el derecho de **separación**, como señala la propia parte, y aunque ese derecho de **separación** se configure como un acto unilateral y recepticio, como un derecho potestativo pleno que se ejercita por la sola voluntad del **socio**, momento desde el que vincula a la sociedad y al **socio**, ello no supone que si parte de las acciones se transfieren con posterioridad a su ejercicio también esa transmisión incluya el derecho ya ejercitado de **separación**, quien se separa es el **socio** que es quien queda vinculado por haber ejercitado ese derecho, pero si antes de que se haya concluido ese proceso decide, como aquí ha ocurrido, vender parte de sus participaciones, no puede considerarse que las que transmite lo sea condicionadas a culminar también y en cuanto a los adquirentes el referido proceso.

Pero lo que ha ocurrido en el presente supuesto, es que habiéndose dilatado el proceso de **separación** de los **socios** unos dos años y cuando ya se había producido esa transmisión de parte de las acciones, una vez que la sociedad conoce el contenido del informe de valoración del auditor nombrado por el Registro Mercantil decide continuar con el mismo y en un breve plazo pone a disposición, tanto de los **socios** que habían ejercitado ese derecho como de los que habían adquirido las acciones que fueron transmitidas, el importe de sus acciones, para lo que les remite una comunicación el día 9 de mayo de 2014, en la que entre otros extremos informan de cual es el importe que les corresponde abonar por dichas acciones, que esa cantidad se pone a su disposición en la forma que se indica y a los efectos previstos en el artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital, y se hace expresa advertencia de la pérdida de la condición de **socio**.

Esta comunicación fue entregada a Pañol SL y a D^a Elisabeth el día 16 de mayo de 2014, procediendo después como se ha dicho a consignar el importe de la valoración de las acciones y a elevar a públicos los acuerdos de una junta de accionistas de la mercantil demandada de fecha 21 de mayo de 2014, a la que ya no se convoca a los demandantes, y en la que se aprueba la adquisición por la sociedad de las acciones propiedad de los cuatro **socios** respecto de los que ésta consideraba que habían ejercitado su derecho de **separación**.

Todo esto tiene lugar con anterioridad a que se presente la demanda origen de este procedimiento en fecha 6 de marzo de 2015, por lo que en ese momento los demandantes, que nada opusieron a la comunicación de la sociedad, habían perdido su condición de **socios** lo que supone que ya no podían impugnar los acuerdos sociales, no teniendo legitimación activa, como se denuncia en el segundo motivo del recurso por la parte apelante.

Establece en este sentido el artículo 206-1 de la Ley de Sociedades de Capital que *"Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital"*, lo que supone que los



demandantes, siendo **socios** que han perdido esta condición desde que se le notifica esta circunstancia sin que se haya opuesto a esa decisión, tampoco pueden tener legitimación para impugnar un acuerdo de una sociedad en la que ya no tiene participación, no pudiendo limitarse a impugnar los acuerdos adoptados en juntas a las que no han sido convocados cuando nada oponen a la comunicación de que han dejado de ser **socios** de esa mercantil.

La sociedad ha culminado el proceso de **separación** de los **socios**, tras haber seguido los trámites previstos en el artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital, con el otorgamiento de la escritura pública de adquisición de participaciones, estableciendo en este sentido el artículo 359 de la citada norma que *"En el caso de adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones de los **socios** afectados, efectuado el pago del precio o consignado su importe, los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la junta general, otorgarán escritura pública de adquisición de participaciones sociales o de acciones, sin que sea preceptivo el concurso de los **socios** excluidos o separados, expresando en ella las participaciones o acciones adquiridas, la identidad del **socio** o **socios** afectados, la causa de la **separación** o de la exclusión y la fecha de pago o consignación"*, por lo que dicha escritura se pudo incluso haber otorgado sin el acuerdo específico de la junta general y sin que fuera necesario el concurso de los **socios** excluidos o separados, que ninguna participación tienen por tanto en esta última fase del proceso.

Finalmente cabe señalar que a los efectos previstos en el artículo 271-2 de la LEC se ha aportado por la parte apelada con su escrito de oposición al recurso de apelación una copia de una Sentencia, también dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Castellón, en fecha 16 de febrero de 2016, un día antes de que se haya dictado la resolución aquí recurrida, pero que no entendemos que sea decisiva o condicionante de lo que aquí hemos resuelto porque en nada altera lo hasta ahora expuesto que se haya acordado en una resolución que no es firme que se haya declarado la nulidad e ineficacia del informe de valoración del experto independiente, lo que supondrá una nueva valoración, sin que afecte ni condicione la pérdida de la condición de **socios** de los aquí demandantes, máxime cuando ni siquiera fueron parte en aquel procedimiento.

Procede por todo ello y en definitiva estimar el recurso de apelación interpuesto, revocar la resolución recurrida y desestimar en consecuencia la demanda presentada.

TERCERO.- En cuanto a las costas de la primera instancia no se realiza expresa imposición, al amparo de lo establecido en el artículo 394-1 de la LEC, al apreciar en el presente supuesto la concurrencia de dudas de derecho por la peculiaridad de la cuestión planteada y teniendo en cuenta que de acuerdo a lo razonado el motivo de no haber estimado la demanda ha sido por la propia actuación de la parte demandante que nada opuso cuando la sociedad decide privarle de su condición de **socio**, siendo que en otro caso sería cuanto menos dudoso que pudiera considerarse que se tratara de accionistas que también habían ejercitado su derecho de **separación**.

No se efectúa tampoco expresa imposición de costas de la alzada, al estimar el recurso de apelación y de acuerdo con lo establecido en el artículo 398-2 de la LEC.

Por otro lado, deberá procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Altoglass, S.A., contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha 17 de febrero de 2016 y el Auto de aclaración de 7 de marzo de 2016, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 149 de 2015, **REVOCAMOS** la resolución recurrida que dejamos sin efectos desestimando la demanda presentada.

No se realiza expresa imposición de costas de ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.