



Roj: **SAP C 173/2018 - ECLI:ES:APC:2018:173**

Id Cendoj: **15030370042018100030**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **534/2017**

Nº de Resolución: **34/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Coruña (A), núm. 1, 24-03-2014,**
SAP C 173/2018,
STS 4108/2020

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00034/2018

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

N.I.G. 15030 47 1 2014 0001121

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000534 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000549 /2014

Recurrente: COMERCIO, TRANSPORTES Y AUXILIARES, S.L.

Procurador: CARMEN GOMEZ CORTES

Abogado: MATILDE MARIA PLATAS CASTELEIRO

Recurrido: Ángel Jesús , Anibal , Carla , Braulio , Demetrio , Eutimio

Procurador: JESUS ANGEL SANCHEZ VILA, JESUS ANGEL SANCHEZ VILA , JESUS ANGEL SANCHEZ VILA ,
JESUS ANGEL SANCHEZ VILA , JESUS ANGEL SANCHEZ VILA , JESUS ANGEL SANCHEZ VILA

Abogado: ALBERTO PEREZ SAN MARTIN, ALBERTO PEREZ SAN MARTIN , ALBERTO PEREZ SAN MARTIN ,
ALBERTO PEREZ SAN MARTIN , ALBERTO PEREZ SAN MARTIN , ALBERTO PEREZ SAN MARTIN

S E N T E N C I A

Nº34/17

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA



CIVIL-MERCANTIL

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN

En A CORUÑA, a uno de febrero de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000549 /2014, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000534 /2017, en los que aparece como parte apelante, COMERCIO, TRANSPORTES Y AUXILIARES, S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CARMEN GOMEZ CORTES, asistido por el Abogado D. MATILDE MARIA PLATAS CASTELEIRO, y como parte apelada, Ángel Jesús , Anibal , Carla , Braulio , Demetrio , Eutimio , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JESUS ANGEL SANCHEZ VILA, asistido por el Abogado D. ALBERTO PEREZ SAN MARTIN, sobre **DERECHO DE SEPARACION**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DE LO MERCANTIL N° 1 DE A CORUÑA se dictó resolución con fecha 30-6-17, la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Que estimando íntegramente la demanda promovida por D. Anibal , DÑA. Carla y DÑA. Carla , sucedida procesalmente por causa de fallecimiento por D. Ángel Jesús , D. Eutimio , D. Braulio Y D. Demetrio representados por el Procurador Sr. Sánchez Vila contra COMERCIO, TRANSPORTE Y AUXILIARES, S.L. representada por la Procuradora Sra. Sánchez Gómez debo declarar y declaro el derecho de los actores a separarse de la sociedad por no proceder al reparto de dividendos a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración reembolsar a los actores el valor razonable previsto art. 353 LSC de las 27.819 participaciones tituladas por la entidad a fecha de 10 de noviembre de 2011, con imposición de costas".

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

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Del planteamiento del litigio en la alzada.-

Es objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en esta alzada, la demanda que es formulada por D. Anibal , D^a Carla y D^a Amanda , que falleció durante la sustanciación del litigio, siendo asumida su posición en juicio, por sucesión procesal del art. 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), por su marido D. Ángel Jesús y sus hijos D. Eutimio , D. Braulio y D. Demetrio , contra la mercantil COMERCIO, TRANSPORTES Y AUXILIARES S.L. (COTRASA), a los efectos de ejercitar el **derecho de separación** del socio, establecido en el 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), solicitando en el suplico de la demanda que se declare que corresponde a los actores el ejercicio de tal derecho, y, en consecuencia, se condene a COTRASA a reembolsar el valor razonable señalado en el art. 353 de la LSC de 27.819 participaciones tituladas, a 10 de noviembre de 2011, fecha en que se hizo efectivo tal derecho.

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, con la oposición de la parte demandada, se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, que estimó la demanda, pronunciamiento judicial contra el que se interpuso por la sociedad demandada el presente recurso de apelación, en el que se instó la íntegra desestimación de la acción ejercitada.

El mentado recurso se fundamentó en los siguientes causales de apelación:

- 1) Excepción procesal de cosa juzgada, derivada de la eficacia expansiva de la sentencia de 24 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña .
- 2) Caducidad del ejercicio del **derecho de separación**.



3) Inaplicabilidad del art. 348 bis de la LSC, al acuerdo de la Junta de fecha 15 de octubre de 2011, por referirse al ejercicio 2010. Irretroactividad de las leyes. Aplicación impropia al no tratarse del ejercicio en curso al entrar en vigor la Ley, esto es, a las cuentas del ejercicio 2011.

4) Infracción del art. 348 bis de la LSC por considerar no necesaria la existencia y constancia del voto a favor de la distribución de beneficios.

5) Error de hecho por considerarse probado el voto a favor de la distribución de resultados.

6) Infracción del art. 394 de la LEC, considerando, en cualquier caso, improcedente la condena en costas impuestas.

Analizaremos por separado dichos motivos de apelación para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, que le corresponde a la parte demandada recurrente.

SEGUNDO: De los hechos declarados probados.-

A los efectos resolutorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de los siguientes hechos, que expresamente declaramos probados:

A) La entidad demandada la mercantil COMERCIO, TRANSPORTES Y AUXILIARES S.L. (COTRASA) fue constituida, bajo forma jurídica inicial de sociedad anónima, por escritura pública de 29 de marzo de 1979, con un capital social de 1.000.000 de ptas., correspondiendo el 75% del mismo a D. Raimundo, a su esposa D^a Africa, el 15% y a una hija del matrimonio D^a Camila, el 10% restante.

B) Tras su conversión en sociedad limitada, por escritura de dos de diciembre de 1992, autorizada por el Notario de Betanzos Sr. López Rodríguez, nº 3340 de su protocolo, y sucesivas ampliaciones, el capital social quedó fijado en 8.353.827,83 euros, instaurándose un órgano de gobierno formado por un Consejo de Administración, constituido por el matrimonio y sus cinco hijos.

C) El 12 de febrero de 2003 falleció D. Raimundo, bajo testamento de 8 de abril de 1969, autorizado por el Notario de Betanzos Sr. Prego Meirás, formalizándose la partición de la herencia, mediante escritura pública de 25 de abril de 2005, autorizada por el Notario de esta ciudad Sr. Lois Puente, nº 1339 de su protocolo, conforme a la cual el capital social de COTRASA quedó constituido de la forma siguiente:

D^a Africa, el 66,64% del capital social, con 92631 participaciones sociales, y sus cinco hijos D. Anibal, D^a Carla, D^a Camila, D^a Rafaela, D^a Amanda, 6,67% del capital social cada uno de ellos, equivalente a 9.273 participaciones sociales.

D) En Junta General de 29 de julio de 2006, con el voto en contra de los actores, se modifica el art. 22 de los estatutos sociales relativo a la retribución de los administradores, dejándose sin efecto la redacción vigente, que establecía que la misma no podía ser superior al 10% de los beneficios repartibles de los socios, por la siguiente: "la retribución del consejero cuyo cargo esté vigente en cada momento consistirá en una remuneración dineraria fija anual en euros que será determinada por la Junta General en función de los méritos atribuibles a cada uno de ellos. La Junta General establecerá asimismo los plazos para la fijación de dicha remuneración. Todo ello sin perjuicio de la satisfacción de los gastos de viaje y manutención en los que incurran en el ejercicio de su cargo, previa justificación de los mismos". A tal efecto se aprobó una retribución fija anual, para el ejercicio 2006, de 27.104 euros.

E) En Junta General Extraordinaria de 16 de diciembre de 2006 se acordó el cese de los actores como administradores sociales. El 8 de septiembre de 2007 se celebra Junta de aprobación de las cuentas del ejercicio 2006, en la que se acuerda el nombramiento de un nuevo Consejo de Administración formado por 7 miembros, entre los que se encuentran los hijos de las consejeras D^a Rafaela y D^a Camila, D^a Ascension y D. Fernando, de 21 y 19 años de edad respectivamente, siendo la Presidenta D^a Africa y sin que los demandante sean designados administradores sociales.

F) En fecha 15 de octubre de 2011, se celebra Junta General de socios, en la que concurren el 100% del capital social, cuyo punto segundo del orden del día consistía en: "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010", que resultó ser de 23.640,11 euros de beneficios, constando, en el acta levantada al respecto, por el Notario de Pontedeume Sr. Quintanilla-López Tafall, núm. 1581 de su protocolo, que "todos los asuntos que componen el orden del día se adoptan con el voto favorable de D^{ña}. Africa, D^{ña}. Rafaela Y D^{ña}. Camila, que representan más del 50% del capital social, en total el 79,7718% del capital social, votando en contra D. Anibal, D^{ña}. Carla Y D^{ña}. Amanda".

G) Con fecha 10 de noviembre de 2011 se remite por los actores burofax a la entidad COTRASA por el que manifiestan que ejercitan el **derecho de separación** previsto en el art. 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, habida cuenta que



el reparto de dividendos fue solicitado en Junta General Ordinaria celebrada el 15 de octubre de 2011, sin que se haya aprobado en tal sentido, ofreciendo alcanzar un acuerdo en relación al reembolso, o en su defecto, iniciar los trámites legales y estatutarios oportunos a estos efectos. Las referidas comunicaciones fueron recepcionadas por la sociedad dentro del plazo del mes siguiente a la adopción del referido acuerdo social.

H) Por medio de escrito datado el 29 de marzo de 2012, los demandantes, ante la falta de acuerdo sobre el valor razonable de su participación social y el procedimiento a seguir para su valoración, en virtud de lo dispuesto en el art. 353 de la LSC, requieren a la demandada para que dirija solicitud al Registro Mercantil de A Coruña a fin de que designe un auditor de cuentas independiente que proceda a la valoración de sus participaciones sociales.

I) Los demandantes, ante la pasividad de la mercantil interpelada, presentan escrito en el Registro Mercantil, solicitando la designación de auditor, formulando la demandada la correspondiente oposición a dicha solicitud, recayó resolución por la Registradora Mercantil de A Coruña, en la que declara la improcedencia del nombramiento solicitado, por estimar que el mismo no está basado en los requisitos exigidos en el art. 348 bis de la LSC, dado que en la Junta General no se solicitó reparto de dividendos, según resulta del acta notarial cuya copia acompañan, por lo que es incongruente el escrito que dirigen con posterioridad a la sociedad solicitando su **derecho de separación**, que deberá ejercitarse en la próxima Junta General.

Contra la referida resolución se interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

J) En Acta notarial de 25 de mayo de 2012, autorizada por el Notario de Pontedeume Sr. Quintanilla López-Tafall, núm. 753 de su protocolo, compareció D. Eutimio , que expone que el 15 de octubre de 2011 se celebró en el domicilio social de la mercantil "COMERCIO TRANSPORTE Y AUXILIARES S.L.", Junta General, en la que el compareciente actuó en nombre y representación de la socia Dña. Amanda , y hace constar el fedatario que fui requerido por los administradores para levantar acta notarial, que se llevó a cabo a través del acta por mí autorizada bajo el núm. 1581 de mi protocolo, de fecha 15 de octubre de 2011. Con posterioridad a la celebración de la Junta y de acuerdo con las notas por mí tomadas se cerró el acta a través de diligencia y se expidió la copia autorizada.

Que en el punto segundo del orden del día se discutió el examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010 y en dicha sociedad D. Anibal , DÑA. Carla Y DÑA. Carla , votaron en el mismo sentido y en contra de la aplicación del beneficio a reservas. Asimismo, tal y como se recoge en acta de Manuel Rey Ferrol S.A. por mí autorizada, los socios anteriormente indicados manifestaron su queja por el no reparto de dividendos.

Que se grabó, sin advertir tal hecho al Notario autorizante y mediante un dispositivo de audio, la Junta General de la sociedad. Acepto el requerimiento y transcribo después de escuchar la grabación de la Junta de Cotrasa. Según la misma, el Notario, D. Alvar Quintanilla:

"La propuesta de aplicación del resultado...

¿Qué propuesta es?

A reservas.

A reservas voluntarias.

A reservas.

No. Nos oponemos. Exigimos dividendo.

No estamos de acuerdo. No.

Yo también me opongo y exijo dividendo".

K) Por resolución de la Dirección General de Registros de 10 de abril de 2013 se estimó el recurso de alzada interpuesto por los actores, solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales en COMERCIO, TRANSPORTE Y AUXILIARES S.L., anulando la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 8 de mayo de 2012.

En dicha resolución del Centro Directivo se señalaba que, en el caso presente, del Acta autorizada por el Notario no se deduce en qué términos se debatieron los distintos asuntos del orden del día, ni cuál fue el acuerdo concreto aprobado por la mayoría respecto del resultado obtenido en el ejercicio económico, sino que dicha acta se limita a relacionar las cinco propuestas sometidas a votación, así como el resultado de la misma que fue la aprobación por la mayoría del capital social de todos los puntos sometidos a votación y el voto en contra de los socios que solicitaron el nombramiento del auditor de cuentas.



En cambio, sigue diciendo la referida resolución, se deduce de la restante documentación obrante en el expediente, que en el punto segundo del orden del día, relativo a la aplicación de resultados, la mayoría acordó imputar los mismos a reservas, con el voto en contra de los solicitantes del nombramiento de auditor. Por tanto, debe serles reconocido, en base al fundamento jurídico que alegaron, el derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que, en contra de lo que la sociedad entiende, el precepto legal invocado, el art. 348 bis de la LSC, no exige al socio que haya votado en contra del acuerdo de no repartir beneficios, el comunicar en esa misma Junta General su decisión de separarse de la compañía, ni tampoco les exige que insten a la Administración Social para la inclusión de un nuevo punto del orden del día que, expresamente indique "reparto de dividendos", sino que, por el contrario, establece y habrán de votar en contra de la propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos y que habrán de comunicarlo a la sociedad en el plazo de un mes, como así lo hicieron los solicitantes y recurrentes.

L) En fecha 10 de enero de 2014, la representación de COTRASA S.L. presentó demanda de impugnación de la referida resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, sustanciándose el correspondiente procedimiento de Juicio Verbal 12/2014 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, al que no fueron emplazados los demandantes, y en el que se allanó la Abogacía del Estado en representación del Centro Directivo, al ser ineficaz, por extemporánea, la resolución de la Dirección General de Registros, ordenando la cancelación del nombramiento de auditor efectuado por la Registradora Mercantil de A Coruña, en fecha 21 de mayo de 2013 a favor de D. Jose Pablo .

Contra dicha sentencia se presentó incidente de nulidad de actuaciones, por indefensión de los demandantes, al no haber sido parte en el procedimiento seguido, que fue inadmitido a trámite por providencia de 28 de mayo de 2014.

LL) Con fecha 22 de diciembre de 2014 se formula por los demandantes la presente demanda.

TERCERO: Sobre la excepción de cosa juzgada.-

En este primer motivo de apelación, se pretende la aplicación de tal instituto con base en el argumento de que la valoración de las participaciones sociales exige la designación de auditor de cuentas, y que, por sentencia firme, se ratificó la decisión de la Registradora Mercantil de que no procedía su nombramiento, al no darse el supuesto de hecho del art. 348 bis de la LSC, alegando, en consecuencia, la fuerza expansiva de la cosa juzgada a tenor del art. 222.3 de la LEC .

Tal motivo de oposición, que ya fue desestimado por auto del Juzgado de 30 de junio de 2017 , no debe ser acogido, en función de las consideraciones siguientes.

En primer término, dado que la referida sentencia fue dictada en el procedimiento de impugnación de las resoluciones registrales del art. 328 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), con incumplimiento de lo normado en su párrafo tercero, conforme al cual el Secretario judicial a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el expediente, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días. Trámite esencial del procedimiento que fue omitido, en tanto en cuanto la mentada impugnación se solventó exclusivamente con la sociedad demandada y la Abogacía del Estado en representación de la Dirección General de Registros, a espaldas pues de los demandantes, pese a su condición de recurrentes y parte interesada.

Circunstancia que no es baladí, sino de una extraordinaria importancia, dado que la fuerza de cosa juzgada afecta a quienes hayan sido parte en el proceso según el art. 222.3 de la LEC , y no se trata el presente de un caso de sentencia sobre impugnación de acuerdos sociales, que afecta a todos los socios aun cuando no hubiera litigado a tenor del párrafo tercero del mentado precepto.

Por otra parte, la sentencia dictada por el Juzgado no entra en el fondo del asunto, resolviendo sobre si se ejercitó con corrección el **derecho de separación**, sino sobre una cuestión puramente formal, derivada de que la resolución de la Dirección General de Registro, que precisamente revoca la decisión de la registradora mercantil, se dictó fuera del plazo fijado por el artículo 327, párrafo noveno, de la LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, lo que implica, según la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 887/2010, de 3 de enero de 2011 : "que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo".

Además, el último párrafo del art. 328 LH , expresamente proclama "lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo", que es lo que han hecho los actores para obtener un pronunciamiento judicial sobre el legítimo ejercicio del **derecho de separación**, tras la negativa registral, no fiscalizada judicialmente por razones formales, sin que obviamente una resolución administrativa



le corresponda enjuiciar definitivamente derechos de naturaleza privada, al margen de los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

CUARTO: Sobre la caducidad del ejercicio del derecho de separación.-

Tampoco este motivo de oposición ha de ser estimado, en primer término, dado que se trata de una cuestión nueva sujeta a la regla «lite pendente nihil innovetur», en relación con los principios de preclusión y de congruencia; conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 15 de febrero , 22 de marzo y 12 de julio de 2002 , 28 de mayo y 3 de noviembre de 2004 , 9 de marzo de 2011 y 18 de febrero de 2014 entre otras).

En segundo lugar, como resulta de la declaración de hechos probados y de la documental obrante en autos, el ejercicio del **derecho de separación** sí que se planteó en el plazo del mes al que se refiere el art. 348 bis 2 de la LSC, que es el que constituye el objeto del proceso, sin que, tras la resolución registral y sentencia del Juzgado, se deba reproducir la comunicación de un derecho ya ejercitado en tiempo y forma, relativo a una concreta Junta de 15 de octubre de 2011 , en la que se acordó no repartir beneficios, presupuesto normativo del que nace el **derecho de separación** y no de la fecha en la que son elaboradas las cuentas anuales o del ejercicio económico al que correspondan.

QUINTO: Inaplicabilidad del art. 348 bis de la LSC, al acuerdo de la Junta de fecha 15 de octubre de 2011, por referirse al ejercicio 2010. Irretroactividad de las leyes. Aplicación impropia al no tratarse del ejercicio en curso al entrar en vigor la Ley, esto es, a las cuentas del ejercicio 2011.

Tampoco consideramos concorra tal motivo de oposición. No estamos aplicando retroactivamente el art. 348 bis de la LSC, dado que el supuesto de hecho de tal precepto constituido sobre la base del acuerdo de la Junta general no acordando 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 se produjo el 15 de octubre de 2011 bajo la vigencia de tal precepto.

Solución la que adoptamos que es concorde con lo normado en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil , cuando señala que: "Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen".

Precisamente tal cuestión la hemos resuelto además, en el sentido expuesto, en la sentencia de esta sección 4ª, 84/2014, de 21 de marzo , con respecto al ejercicio del **derecho de separación** por parte de los actores con respecto a otra sociedad del grupo, cuya junta general se celebró en la misma fecha, que la que nos ocupa, y sobre el reparto de dividendos del ejercicio económico de 2010, y en ella señalamos:

"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".

SEXTO: Motivos de apelación consistentes en la infracción del art. 348 bis de la LSC por considerar no necesaria la existencia y constancia del voto a favor de la distribución de beneficios y error de hecho por considerarse probado el voto a favor de la distribución de resultados.-

Estos motivos de oposición serán objeto de examen conjunto al estar íntimamente ligados entre sí.

El **derecho de separación** en caso de falta de distribución de dividendos se encuentra regulado en el art. 348 bis de la LSC, siendo introducido en la Ley por mor del art. 1.18º de la Ley 25/2011, fruto de una enmienda en trámite parlamentario, posibilitando, en definitiva, que la falta de reparto de beneficios, en determinadas condiciones, genere un derecho del socio a separarse de la sociedad, con el correlativo reintegro de sus participaciones o acciones, es decir del reembolso al que se refiere el art. 356 LSC. Todo ello por la todopoderosa voluntad del legislador.

La separación o exclusión trae consigo la pérdida de la condición jurídica de socio de quienes han tomado libremente la decisión de abandonarla, en los casos legal o estatutariamente previstos, o han sido apartados de la sociedad en contra de su voluntad. Lógica consecuencia de tales actos jurídicos es la obligación social de restituir al socio el valor de sus acciones o participaciones sociales como dispone el art. 356 de la LSC. Y tras ello, habrá de procederse a la reducción del capital social (art. 358 LSC) o a la adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones de los socios afectados (art. 359 LSC).

Es cierto que la separación o exclusión de un socio supone una cierta descapitalización de la sociedad, ya que el reembolso de las participaciones o acciones habrá de hacerse a cargo de recursos financieros del patrimonio social, lo que puede afectar a las expectativas de cobro de sus acreedores.

Ahora bien, no por ello éstos quedan dispensados de protección jurídica, sino que pueden ejercer su derecho de oposición (arts. 333, 334 y 356.3 LSC), así como, en las sociedades de responsabilidad limitada, es aplicable el régimen del art. 357 LSC, conforme al cual los socios a quienes se hubiere reembolsado el valor de las participaciones amortizadas estarán sujetos al régimen de responsabilidad por las deudas sociales establecido para el caso de reducción de capital por restitución de aportaciones; si bien hasta el límite del importe de lo recibido al que se refiere el art. 331.

Además nos encontramos ante una sociedad patrimonial, que no tiene o no tenía deudas bancarias.

Pues bien, efectuadas las consideraciones anteriores no estimamos tampoco que concurra la infracción denunciada. No nos ha de ofrecer duda que pese a que, en el orden del día de la Junta de 15 de octubre de 2011, figurase un genérico "examen y aprobación, en su caso de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010", los socios mayoritarios, en porcentaje del 79,7718 por ciento del capital social, acordaron que el destino del resultado fuera a reservas, y ello porque no se repartieron en tal ejercicio dividendos, lo que le sería en caso contrario fácilmente demostrable a la sociedad, por lo que el destino de tal resultado tuvo que ser necesariamente a reservas, así como que los socios se tuvieron que pronunciar al respecto, habida cuenta que tal punto del orden del día se debatió y votó.

No nos ha de ofrecer duda tampoco que los demandantes votaron en contra, lógicamente de la decisión mayoritaria de no repartirlos.

La acta notarial de 25 de mayo de 2012, aunque no se trata de una rectificación formal de errores, realmente la otra acta de 15 de octubre de 2011 no los contiene, sino que, si peca de algún defecto, es de ser excesivamente escueta, permite concluir, de las afirmaciones del fedatario interviniente en ambas, que los demandantes exigieron el reparto de dividendos, como hace constar el notario en aquélla: "asimismo, tal y como se recoge en acta de Manuel Rey Ferrol S.A. -el referido día se celebraron las juntas de las 7 sociedades del grupo familiar consecutivamente- por mi autorizada, los socios anteriormente indicados -los actores- manifestaron su queja por no reparto de dividendos".

Igualmente consta que se grabó, sin advertir de tal hecho al notario, la junta de socios litigiosa, y el fedatario escucha la grabación, y transcribe su contenido, lo que implica refrendar su realidad, pues fuera de tal caso advertiría de la mendacidad de su contenido, otra hipótesis alternativa es realmente difícil de asimilar, incluso en la grabación se refiere a la intervención del notario Alvar Quintanilla. Pues bien, en dicha transcripción de lo grabado, así como de la audición de la misma por el tribunal, consta como se opusieron al acuerdo de destinar los dividendos a reservas interesando su percepción.

La grabación de la junta por quienes intervinieron en ella para dejar constancia de lo acontecido en la misma, sin trascendencia pública a terceros, no implica la vulneración de ningún derecho fundamental, ni constituye



una prueba ilícita que deba ser expulsada del procedimiento por aplicación de lo normado en los arts. 287 y 433.1 LEC .

Acerca de la validez probatoria de las grabaciones entre particulares se ha pronunciado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo varias veces, entre ellas en la STS 652/2016, de 15 de julio , con cita de otras anteriores. Siendo reiterada la jurisprudencia que permite aportar al proceso grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de los interlocutores. En este sentido, la STC 114/1984, de 29 de noviembre , manifestó que "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige" y que: "Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE . Por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado". En el mismo sentido, con cita de la anterior, la STC 56/2003, de 24 de marzo .

Deducir de lo expuesto, en una valoración conjunta de la prueba, como exige el art. 218 de la LEC , que los demandantes votaron en contra del acuerdo social de no repartir dividendos, exigiendo su percepción, en un contexto de claro enfrentamiento social con imposición de la mayoría, no supone atentar en modo alguno a los principios de la lógica y la razón, que presiden la apreciación probatoria, sino llevar a cabo una utilización racional de los criterios valorativos de la actividad probatoria desplegada por las partes en el proceso, compartiendo en tal sentido la valoración previamente efectuada por la Dirección General de Registros.

El orden del día relativo a "la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010" requiere necesariamente pronunciarse al respecto y, por ende, incluye resolver sobre el reparto de dividendos. La LSC no exige que los socios minoritarios insten a la Administración Social para la inclusión de un nuevo punto del orden del día que, expresamente indique "reparto de dividendos", sino que, por el contrario, establece y habrán de votar en contra de la propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos, ni que hagan constar en Junta su **derecho de separación**, sino que basta con que lo ejerciten en el plazo legal del mes al que se refiere el art. 348.2 LSC.

SÉPTIMO: Sobre las costas procesales.-

Finalmente, en cuanto este último causal de impugnación, indicar que la condena en costas es una cuestión derivada imperativamente del artículo 394.1 LEC . A este respecto la STS 798/2010, de 10 diciembre , señaló que: "El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 394.1, primer inciso, LEC , se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones. Esta previsión tiene su precedente inmediato en el artículo 523, I LEC 1881 -en el que se contemplaba la facultad de juez de apreciar circunstancias excepcionales que justificaran la no imposición de costas- y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado (STS 14 de septiembre de 2007, RC n.º 4306/2000).

Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de

2009, RC n.º 532/2005, 10 de febrero de 2010, RC n.º 1971/2005), discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes".

En este mismo sentido, la STS 452/2015, de 16 de julio , nos enseña que: "Los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen, como criterio general en materia de costas, el principio del vencimiento total, inspirado, como recuerdan las sentencias núm. 597/2006 de 9 junio , y 715/2014, de 16 de diciembre , en la regla de que «la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien la tiene». Solo excepcionalmente, en caso de que el tribunal aprecie la concurrencia de "serias dudas de hecho o de derecho", puede no hacer expresa imposición de las costas.

Por tanto, habiendo sido desestimados tanto la demanda como el recurso de apelación, la consecuencia natural era la imposición de las costas al demandante y recurrente en apelación, y solo muy excepcionalmente, si concurrían a juicio del tribunal sentenciador serias dudas de hecho o de derecho, procedía hacer un pronunciamiento que no impusiera las costas a ninguna de las partes".

Las serias dudas de hecho y de derecho que operan como excepción al régimen del vencimiento objetivo sería el caso de lo que, en las fuentes romanas clásicas, se denominaba "anceps causa" o "causa con dos cabezas", en los que la solución de la litis se ofrece oscura y dudosa para el juez, que en tales condiciones carece de fuerza moral para la expresa condena en costas al litigante vencido. El propio legislador da un criterio, al respecto, al normar en el párrafo II del art. 394.1, que "para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares".



Pues bien, en el presente caso, los hechos declarados probados están claros, con reflejo documental público, y la conclusión fáctica de que los actores votaron en contra del acuerdo de no reparto de dividendos, la decisión mayoritaria de destinarlos a reservas y la exigibilidad de aquéllos por los actores, así como el ejercicio en plazo del **derecho de separación**, no exigen especiales esfuerzos valorativos. Ni los temas jurídicos planteados en el proceso son especialmente complejos, sin que se cite al respecto jurisprudencia menor contradictoria.

En definitiva, no consideramos se deba efectuar excepción al régimen impositivo de las costas regido por el principio del vencimiento objetivo.

OCTAVO: Sobre las costas de la alzada y depósito para recurrir .-

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas del recurso de apelación deben ser impuestas a la recurrente.

También procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de ambas instancias a la parte demandada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Contra esta resolución cabe recurso de casación a interponer en el plazo de 20 días, ante este mismo Tribunal, y, en tal caso, recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento corresponde a la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

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