



Roj: **SAP MA 1933/2018 - ECLI: ES:APMA:2018:1933**

Id Cendoj: **29067370062018100410**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **735/2016**

Nº de Resolución: **418/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA; SECCIÓN SEXTA

JUZGADO MERCANTIL Nº 2 DE MALAGA

JUICIO ORDINARIO Nº 474/2013

ROLLO DE APELACIÓN Nº 735/2016

SENTENCIA Nº 418/18

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

En Málaga, a 9 de mayo de 2018.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, el Juicio Ordinario Nº 474/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, sobre impugnación de acuerdos sociales, seguidos a instancia de D. Geronimo , representado en el recurso por el Procurador D. José Domingo Corpas y defendido por la Letrada Dª Marta Morales Crespo, frente a la mercantil Finca La Albacora, S. L., representada en el recurso por el Procurador D. Alfredo Gross Leiva y defendida por el Letrado D. Guillermo Martínez Miguel, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga dictó sentencia el 15 de marzo de 2016 en el Juicio Ordinario Nº 474/2013 del que este Rollo dimana, cuyo Fallo es el siguiente:

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

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se formuló recurso de apelación por la demandante, del que se dio traslado a la otra parte, presentando escrito de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse admitido la prueba propuesta y no considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala el 8 de febrero de 2018, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.



TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Iltra. Sra. D^a Soledad Jurado Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye los antecedentes de la cuestión que se somete a esta Sala los hechos que la sentencia recurrida declara acreditados, de los que resulta lo siguiente:

1) El 11 de septiembre de 2001 fue constituida la sociedad *demandada Finca La Albacora, S. L.* con un capital social de 3.000 € representado por 100 participaciones desembolsado íntegramente por el **socio** único en el momento fundacional D. Melchor .

2) Por el ahora demandante D. Geronimo se formularon sendas demandas el 28 diciembre 2001 y 25 abril de 2002 frente a *Borras S.L.* , cuyos procedimientos se acumularon finalizando por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 en cuyo fallo se acuerda: *Dejamos sin efecto dicha sentencia y, en lugar de ella, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el mismo recurrente, declaramos que D. Geronimo tiene derecho a separarse de Sociedad Borrás, SL y condenamos a la misma a reembolsarle el valor de sus participaciones en los términos establecidos en la Ley 2/1.995, de 23 de marzo , y, como consecuencia, a devolverle la suma que el mismo depositó en concepto de suscripción de la ampliación de capital a que se refiere la demanda .*

3) El 18 de diciembre de 2008, en Junta de Borrás S.L. se acuerda una operación de reestructuración por la que se escindió una rama de actividad de dicha sociedad traspasándola a Finca La Albacora, S. L. y, como consecuencia de dicha operación, se adjudicaron al demandante 54.998 participaciones sociales, representativas de un 666 del capital social en la sociedad beneficiada Finca La Albacora, S. L. , en la que el 2 de diciembre de 2009, se acuerda una reducción de capital y el porcentaje de participación del demandante se vio incrementado al 69348%

4) Interpretan ambas partes que la STS condena a Borrás S.L. a reembolsar al demandante el valor de las participaciones que ostentaba el demandante en el momento de presentación de la demanda (cuando ejerció el derecho de **separación**) mas las suscritas ad cautelam (por un importe de 15.840.000 pesetas), en virtud de ampliación acordada en Junta de 25 de julio de 2000, en la misma junta en la que se acordó el cambio de objeto social que provocó el ejercicio de **separación** del demandante.

SEGUNDO.- En consecuencia, la discrepancia entre las partes está en que:

A) La actora interpreta que, además del reembolso de las participaciones de Borrás S.L. que le fueron reconocidas en la STS de 30 junio 2010 , mantiene el derecho a su porcentaje de participación en la demandada "Finca La Albacora, S. L.", cuestión no enjuiciada en el procedimiento iniciado en 2001 del que conoció el Tribunal Supremo, al surgir en 2008.

Derivado de lo anterior es que la Junta de 8 de abril de 2013 deviene nula porque se le negó al demandante su condición de **socio**, no admitiendo su presencia a través de la persona apoderada a tal efecto y privándosele de voz y voto (hechos no controvertidos), y porque el primer acuerdo de dicha junta parte del error de que el demandante ha obtenido el total reembolso de sus participaciones cuando no le ha sido reembolsado: (i) la diferencia correspondiente al porcentaje diferencial en que se vio incrementado su cuota societaria durante la tramitación de la litis, (ii) el valor de mercado de las participaciones que sigue ostentando en Finca La Albacora, S. L

B) La demandada interpreta que el demandante carece de acción frente a Finca La Albacora, S. L. porque se ha ejecutado la STS que condena a Borrás S.L., y el demandante ya ha cobrado de ésta la totalidad de las participaciones a cuyo reembolso condenó el Tribunal Supremo.

Mantiene que no puede entenderse que el demandante sea **socio** de Finca La Albacora, S. L. ya que la escisión parcial de Borrás S.L. se llevó a cabo en 2008 -actuando el demandante como **socio** de la misma-, pero los efectos de la **separación** declarada en la STS de 30 de junio de 2010 se retrotraen al momento de su ejercicio en 2001.

En la Junta impugnada se le negó su presencia y su derecho al voto (acta junta de 8 de abril de 2013 impugnada en este procedimiento) por las siguientes razones: a) desde el dictado de la STS de 2010, el demandante no tiene la condición de **socio** de Borrás S.L. y ello implica, necesariamente, la pérdida de la condición de **socio** de la demandada *Finca La Albacora, S. L.* , surgida ésta de la escisión parcial de la primera con posterioridad a su ejercicio del derecho de **separación** (año 2000)



b) se ha ejecutado la STS, de forma que el demandante ha cobrado la totalidad de las participaciones a cuyo reembolso condenó el Tribunal Supremo: importe de sus participaciones al tiempo del ejercicio del derecho de **separación** en el año 2000, lo que abarca el pago de las participaciones de la sociedad escindida en el año 2009.

Y de conformidad a esta interpretación, en dicha Junta objeto de esta litis no se le reconoció el derecho de voz y voto de participaciones ya reembolsadas, adoptándose como primer acuerdo: (...) *la amortización de las 54.998 participaciones sociales de la mercantil "Finca La Albacora, S. L." de las que resultaba titular Don Geronimo , números NUM000 a NUM001 ambas inclusive y consiguiente reducción del capital social en dicha proporción como consecuencia de la pérdida de su condición de socio, en la suma de 127.045,38 euros.*

En este sentido se alega en la contestación a la demanda que no siendo discutido que el demandante obtuvo la condición de **socio** de Finca La Albacora S. L. a través de su condición de **socio** de Borrás S.L. , también perdió su condición de **socio** de la primera una vez que el TS le reconoce su derecho de **separación** respecto a la segunda desde el 25 de julio de 2.000 (día en que ejerció su derecho de **separación**). Si hipotéticamente se admitiera la condición de **socio** del demandante, tampoco podría prosperar su pretensión, dado que los acuerdos impugnados se limitan a cumplimentar las resoluciones judiciales previas (declarativas y ejecutivas). A lo sumo, su pretensión puede ser la que se corresponde a un proceso de liquidación de los efectos de la pérdida de la condición de **socio** y liquidación, que en su caso no procedería respecto de la demandada que mantiene un crédito frente al **socio** demandante.

Se añade en este escrito que durante el periodo que tardó el procedimiento judicial, se llevaron a cabo varias ampliaciones de capital simultáneas al reparto de dividendos de la sociedad Borrás S.L. (a título de ejemplo: juntas de 11/10/2002, 18/06/2004, 28/06/2006) que fueron suscritas ad cautelam por el demandante "con el objetivo de evitar que se viese diluido su porcentaje de participación en la sociedad y para el solo caso de que no se le reconociera su derecho de **separación**", haciéndose constar expresamente: "En caso de que finalmente se reconociese a D. Geronimo su derecho a separarse de la sociedad, y en caso de que se aprobase el reparto de dividendos en la presente junta, la cantidad entregada al mismo en concepto de dividendos, sería puesta a disposición de la sociedad y/o se compensaría con el precio a pagar por parte de la sociedad a mi representado como consecuencia de la valoración de las participaciones en el mismo momento en el que se reconozca su derecho de **separación**" (Documentos 2, 3 y 4 de la contestación a la demanda, consistentes en actas notariales de la celebración de diversas juntas).

c) los acuerdos impugnados se limitan a dar exacto cumplimiento a las resoluciones dictadas en los anteriores procesos judiciales.

TERCERO.- Siendo este el planteamiento, la sentencia dictada en la anterior instancia -acogiendo la tesis demandada- desestima la demanda al considerar que el demandante *carecería* de legitimación activa para dirigir su pretensión frente a Finca la Albacora, S. L., y la mercantil Finca La Albacora, S. L., *adolecería* de legitimación pasiva para soportar el ejercicio de la acción entablada, pues cuando en la Junta de Finca La Albacora, S. L., celebrada el día 8 de abril de 2013 (objeto de litis), se le negó a D. Geronimo (a través de su representante) el derecho de asistencia y el de voto, se hizo correctamente toda vez que el demandante no era **socio** de la entidad demandada al tiempo en que se escindió una rama de actividad de Borrás S.L. -que fue recibida por la sociedad preexistente demandada Finca La Albacora, S. L.- y, en consecuencia, no podía ser tenido como **socio**, a su vez, de la mercantil ahora demandada, pues desde el momento en que en el año 2.000 la sociedad Borrás S.L. recibió la comunicación de **separación del socio** D. Geronimo , éste perdió la condición de **socio** . En consecuencia, cuando en el año 2.008 se llevó a cabo la escisión de la rama de actividad de Borrás, S. L., de la que fue beneficiaria Finca La Albacora, S. L., D. Geronimo no era ya **socio** de Borrás, S. L., por lo que no adquirió la condición de **socio** de la mercantil ahora demandada.

Añade la sentencia de instancia que, aún cuando se entendiese que hasta el año 2.013 el demandante ha sido **socio** de Borrás, S. L., y por ende, también de Finca La Albacora, S. L., la demanda correría igual suerte desestimatoria en aplicación de la doctrina de los actos propios pues es un hecho probado que desde que D. Geronimo comunicó a la sociedad Borrás, S. L., su voluntad de separarse, al no aceptar dicha **separación** la sociedad y continuar normalmente el desenvolvimiento de la vida societaria, el demandante concurrió a varias operaciones de ampliación de capital, que suscribió "ad cautelam", haciendo constar expresamente en las actas de las reuniones de las distintas juntas que la cantidad entregada al mismo en concepto de dividendos, sería puesta a disposición de la sociedad y/o se compensaría con el precio a pagar por parte de la sociedad a mi representado como consecuencia de la valoración de las participaciones en el mismo momento en el que se reconozca su derecho de **separación**, con lo cual, el demandante suscribía dichas ampliaciones "ad cautelam" sólo para el caso de que no se le reconociera el derecho de **separación** y para el supuesto de que dicho derecho le fuese reconocido, se remitía a un procedimiento liquidatorio de derechos y no impugnatorio, no pudiendo ir ahora en contra de sus propios actos.



CUARTO.- Para la resolución del recurso, dado el planteamiento de la cuestión litigiosa en esta segunda instancia, ha de partirse de que en la Junta de Borrás S.L. celebrada el 18 de diciembre de 2008, en virtud de lo establecido en el artículo 94 LSRL y, por remisión, artículos 252 y ss. LSA, se acordó aprobar el proyecto de escisión parcial, conforme al cual, segrega, sin extinguirse, una parte de su patrimonio que "se transfiere en bloque a la entidad Finca La Albacora, S. L., unipersonal y preexistente, quién adquirirá por sucesión, a título particular, todos los derechos y obligaciones integrantes del patrimonio segregado." Así mismo se aprueba que, como consecuencia de lo anterior, a los **socios** de Borrás S.L. "les corresponderá recibir, por cada participación de que son titulares en la citada sociedad, una participación de 231 euros de valor nominal en la Sociedad Finca La Albacora, S. L.. Al propio tiempo, aun conservando el mismo número de participaciones que ostentan en la sociedad escindida, el valor nominal de cada una de ellas sufre una correlativa merma de 231 euros, quedando fijado en 37 euros por participación."

Con la anterior operación realizada en 2008, el demandante adquiere la condición de **socio** de la entidad demandada al establecer el artículo 5.1 LSRL: "El capital social estará dividido en participaciones indivisibles y acumulables. Las participaciones atribuirán a los **socios** los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente Ley."

Por lo tanto, el demandante está legitimado activamente para la impugnación de la junta y acuerdos adoptados en 2013, objeto de litis, al tener la condición de **socio** en la entidad demandada por mantener la titularidad de participaciones en la misma.

A partir de esta conclusión, el recurso procede ser estimado pues, *en primer lugar*, resulta errónea la conclusión contenida en la sentencia recurrida en el sentido de que el demandante no adquirió la condición de **socio** de la mercantil ahora demandada Finca La Albacora, S. L. en 2008 porque no era **socio** de Borrás S. L. desde el momento en que en el año 2.000 la sociedad Borrás S.L. recibió la comunicación de **separación** del **socio**, pues si bien el demandante ejerció el derecho de **separación** a partir de los acuerdos adoptados en la junta de Borrás S.L. el 25 de julio de 2000, no fue sino hasta el dictado de la STS de 30 de junio de 2010 cuando se le reconoce al demandante ese derecho y a obtener el valor de sus participaciones sociales en dicha mercantil, -conforme se regula en los artículos 95 y ss. LSRL -. Este reconocimiento judicial no afecta a su entrada como **socio** en 2008 -a través de la suscripción de participaciones-, en la ahora mercantil demandada pues una decisión judicial respecto al derecho del **socio** de separarse de una concreta sociedad mercantil no tiene *per se* incidencia alguna en otra mercantil distinta, aunque ésta haya sido la beneficiaria de la escisión parcial de la otra, y así, en el régimen de fusión y escisión regulado en el artículo 94 LSRL y 252 y ss. LSA (con anterioridad a su derogación por Ley núm. 3/2009, de 3 de abril, redacción aplicable a la operación acordada en la referida junta de 28 de diciembre de 2008) no se contempla la posibilidad legal de futura incidencia alguna entre la escindida y la beneficiaria de la escisión que, tras la escisión, mantendrán sus personalidades jurídicas distintas.

En segundo lugar, la STS de 30 de junio de 2010 no establece retroacción alguna de los efectos del reconocimiento del derecho de **separación** del **socio** hasta el momento en que éste se ejercitó, ni cabe entender que esa retroacción sería plena, como mantiene la demandada y acoge la sentencia, como si la situación se hubiera congelado en el año al que se pretende retrotraer los efectos de la STS en el sentido de declarar inexistentes todos los actos societarios llevados a cabo durante la década posterior, sobre todo, cuando las mismas afectan a terceros, como ocurre en el caso enjuiciado con la entidad demandada, mercantil ajena a Borrás S.L. y al demandante hasta que éste pasa a ser **socio** de la misma, pues aplicando esta teoría nos llevaría incluso a admitir que esa retroacción anulatoria conllevaría la nulidad de la propia operación de escisión a favor de la demandada.

En tercer lugar, también resulta erróneo que la sentencia fundamente la desestimación de la demanda en aplicación de la doctrina de los actos propios pues el hecho de que, durante los diez años en que ha durado el procedimiento judicial, suscribiera en el seno de Borrás S.L. ampliaciones "ad cautelam" -sólo para el caso de que no se le reconociera el derecho de **separación** y para el supuesto de que dicho derecho le fuese reconocido-, no afecta a la Junta de Borrás S.L. de 18 de diciembre de 2008, en la que se acuerda la operación de escisión parcial, en cuya acta no consta que el demandante suscribiera "ad cautelam" las participaciones de Finca La Albacora, S. L. ni reserva alguna en similar sentido, lo que, en su caso tampoco hubiera tenido incidencia en el seno de la demandada, en la que de ningún modo consta que la condición de **socio** del demandante esté supeditado a acaecimiento alguno.

En todo caso, la juzgadora de instancia olvida en ese razonamiento que también la doctrina de los actos propios vincularía a la demandada que directamente -sin necesidad de acudir a presunciones- llevó a cabo una operación en virtud de la cual el ahora demandante adquiriría participaciones sociales y, con ello, la condición de **socio**, como ya se ha dicho.



En cuarto lugar , paralelamente a la iniciación de este procedimiento frente a Finca La Albacora, S. L. en el Juzgado Mercantil de Málaga, el demandante interpone demanda frente a Borrás S.L. en el Juzgado de Primera Instancia de Ceuta, en cuyo procedimiento la SAP Cádiz de 16 de abril de 2015 confirma la desestimación de la demanda resolviendo que la legitimación que ostenta el demandante apelante es una legitimación "ad cautelam", eventual y muy especial en cuanto que tan solo le facultaría para el ejercicio de acciones frente a la sociedad que tuviesen por objeto el concreto procedimiento liquidatorio.

La doctrina contenida en esta sentencia AP Cádiz no es de aplicación en la presente litis pues (aun cuando los hechos están íntimamente relacionados) en la misma se resuelve un caso en el que el demandante acciona frente a la mercantil que le negó su derecho a separarse, en cuyo seno se realizaban las suscripciones ad cautelam, y respecto de la cual, el Tribunal Supremo ha declarado la **separación del socio**, con lo cual, el objeto de ese litigio es fácilmente confundible con el proceso de liquidación y valoración de las participaciones que siguen a la **separación del socio**. En el caso enjuiciado el demandante acciona frente a una mercantil de la que es **socio**, ajena a la anterior y en la que el demandante no ha realizado ad cautelam acto alguno.

En todo caso, la referida SAP Cádiz fue recurrida por el aquí demandante habiéndose dictado por el Tribunal Supremo Sentencia el 18 de febrero de 2018 que desestima por motivos procesales los recursos por infracción procesal y casación formulados, al considerar que dichos recursos ante el Alto Tribunal no debieron ser admitidos por su defectuoso planteamiento procesal.

QUINTO.- Resuelto lo anterior, no ha sido hecho controvertido que en la Junta impugnada en este procedimiento no se admitió la presencia del demandante (debidamente representado) y se le negó el derecho al voto al mantenerse en su celebración que el mismo había perdido su condición de **socio**, con lo cual, procede estimar la demanda declarando la nulidad de la celebración de la Junta y de los acuerdos en ella adoptados, pues la celebración de reuniones de **socios** como juntas sin cumplir las condiciones legales exigidas se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados (STS 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007 , y 19 abril de 2010) .

En este ámbito, la LSC, en el artículo 179.1 establece : *En la sociedad de responsabilidad limitada todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general* y en el artículo 188. 1. dispone: *En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.*

En el caso enjuiciado, se privó de manera ilegítima al demandante de su derecho de asistencia, voz y voto en la junta, sin que se haya justificado tal negación en causa legal alguna, como el conflicto de intereses, simplemente en la negación de la propia condición de **socio**.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, y según el artículo 398.2 de la misma Ley , cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los artículos citados y los demás de general y oportuna aplicación,

FALLAMOS:

Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. José Domingo Corpas en nombre y representación de D. Geronimo , con revocación de la sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 en el Juicio Ordinario Nº 474/2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga , debemos estimar y estimamos la demanda formulada por dicha parte recurrente contra Finca La Albacora, S. L., declarando la nulidad de la Junta social celebrada el 8 de abril de 2013 y de los acuerdos en la misma adoptados, imponiendo a la demandada las costas causadas en la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/