



Roj: **SAP Z 192/2014 - ECLI:ES:APZ:2014:192**

Id Cendoj: **50297370052014100013**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **18/02/2014**

Nº de Recurso: **447/2013**

Nº de Resolución: **41/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 192/2014,**
STS 982/2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00041/2014

SENTENCIA Nº 41/2014

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA a dieciocho de febrero de dos mil catorce.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 315/2012, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 447/2013, en los que aparece como parte apelante, ARRENDAMIENTOS Y EXPLOTACIONES MONDARRUEGO S.L., representado por el Procurador de los tribunales, D. PEDRO LUIS BAÑERES TRUEBA, asistido por el Letrado D. JOSE MANUEL GARCIA-FIGUERAS RODRIGUEZ, y como parte apelada, D. Segismundo , D^a Marisa , D. Victoriano y D^a Noemi representados por el Procurador de los tribunales, D. CARLOS ENRIQUE ALFARO NAVAS, asistido por el Letrado D. MANUEL CATALAN LAZARO, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. SR. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **resolución** apelada de fecha 31 de julio de 2013, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que estimando totalmente la demanda interpuesta por D. Segismundo , D^a Marisa , D. Victoriano y D^a Noemi , representados por el Procurador de los tribunales, D. CARLOS ENRIQUE ALFARO NAVAS, asistido por el Letrado D. MANUEL CATALAN LAZARO, contra la mercantil ARRENDAMIENTOS Y EXPLOTACIONES MONDARRUEGO S.L., representado por el Procurador de los tribunales, D. PEDRO LUIS BAÑERES TRUEBA, asistido por el Letrado D. JOSE MANUEL GARCIA-FIGUERAS RODRIGUEZ, DECLARO la obligación de ARRENDAMIENTOS Y EXPLOTACIONES MONDARRUEGO, SL, de amortizar el usufructo



de participaciones sociales que posee en autocartera y en consecuencia CONDENO a dicha mercantil a amortizarlas, así como al pago de las costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de ARRENDAMIENTOS Y EXPLOTACIONES MONDARRUEGO, SL se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 23 de diciembre de 2013.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Motivos de recurso

Ejercitó la actora acción tendente a la amortización del derecho de usufructo que la demandada ostenta sobre determinadas participaciones de la misma, fundada en las normas sobre participaciones propias que la Ley de Sociedades de capital establece. La demandada alegó que no existía tal figura, sino un derecho real limitado de dominio sobre dichas participaciones y que no era aplicable la normativa sobre el régimen de las propias acciones previsto en dicha norma, amén de existir un claro acto propio en cuanto tal negocio se originó con el consentimiento de los ahora demandantes y fue consentido durante largo tiempo por los mismos.

La sentencia estimó íntegramente la demanda.

Contra la misma se alza la demandada por la vía del recurso de apelación por estimar que no es aplicable la normativa sobre adquisición de las propias acciones y existir actos propios

La actora mantiene los argumentos de la instancia.

SEGUNDO.- Relación de hechos.

Resulta claro que, tras los diversos negocios de transmisiones de participaciones sociales entre los titulares de las mismas en el año 2003, la sociedad demandada quedó titular de la plena titularidad de participaciones sociales sobre el 34,38% del capital social y del usufructo sobre el 15,62% de las participaciones sociales; tras la amortización por la sociedad de las participaciones sociales de las que era titular, lo cierto es que la sociedad devino titular del usufructo sobre las participaciones que importan un 23,80% del capital social.

Sobre estos hechos la sentencia de la instancia postula la aplicación a los derechos de usufructo sobre las participaciones de la sociedad demandada las normas sobre la autocartera de la sociedad limitada, singularmente el art. 141 de la LSC que impone la amortización forzosa de las participaciones.

La demandada funda su recurso en infracción del ordenamiento juicio en cuanto:

- La imposibilidad legal de amortizar el usufructo.
- No hay perjuicio para la sociedad, los socios o terceros con la existencia del usufructo sobre participaciones sociales.
- Falta de soporte legal para la propuesta elaborada por la resolución recurrida.
- Existe perjuicio para los derechos de los usufructuarios.

La respuesta de los actores a los argumentos de la resolución recurrida es que ha de aplicarse lo previsto en la LSC, anteriormente en la LSRL, para el caso de que trascurra el plazo pactado y subsista la situación de autocartera, la amortización del usufructo de las participaciones.

TERCERO.- Antecedentes jurídicos.

Sobre esta cuestión o relacionada con ella se dictaron dos sentencias por esta sección, la primera de ellas, la de 11 de octubre de 2010 planteaba la cuestión, precisamente sobre la misma base fáctica que ahora se discute:

"La cuestión es, por ello, netamente jurídica, y se constriñe a decidir si el régimen de las participaciones propias es aplicable a las que la sociedad tenga solamente en usufructo, lo que se traduce, en el presente caso, en si la administración podía haber ejercitado el derecho de voto que corresponde a tales participaciones en la junta general de autos para aprobar los acuerdos ahora impugnados, o si por el contrario tenía vedado hacer uso de tal derecho.



La juzgadora de primer grado acoge los argumentos dados por la demandada para entender que el usufructo sobre las propias participaciones se halla al margen del régimen de adquisición de las participaciones propias porque las participaciones no pueden ser amortizadas por la existencia de los nudos propietarios que ostenten el dominio directo sobre las participaciones.

Tal argumento no puede ser compartido, pues el *art. 40.2 LSRL prevé dos posibilidades alternativas para poner término a la autocartera; la enajenación y la amortización; y porque nada obsta a la amortización de participaciones la existencia de nudos propietarios si media el correspondiente acuerdo de reducción de capital adoptado en junta general con los requisitos exigidos en los arts. 79 LSRL y ss., como tampoco es obstáculo que las participaciones pertenezcan los socios en plena propiedad. Además, en cualquier caso, la cuestión a decidir no es si las participaciones en usufructo han de ser amortizadas o no, sino si los administradores sociales pueden ejercitar el derecho de voto que como titular de tal derecho corresponde a la sociedad demandada".*

La segunda de las sentencias planteó, entre otros problemas, el de si era válido un acuerdo que imponía la no aportación del usufructo sobre las participaciones sociales, la sentencia de esta Sala de fecha 12 de septiembre de 2012 la cual al respecto razona:

SEXTO.- Respecto al acuerdo de no amortizar el usufructo de las participaciones propias. La sociedad, titular del mismo, no parece proclive a desprenderse de dicho derecho real sobre las mismas. Tampoco el núcleo formado por la familia " Loreto ", a través del cual (con el voto de D. Efrain) se configuró la voluntad negativa a amortizar el usufructo de participaciones propias.

A tal efecto, es preciso recordar que la propiedad y usufructo de participaciones por parte de la sociedad proviene del abandono de la misma por parte de anteriores socios. En esta materia no existe discrepancia entre las partes. Desde 2003 "Mondarruego S.L." posee la nuda propiedad y el usufructo de participaciones de socios que abandonan la sociedad. Y en 2004 se amortizan las participaciones que "Mondarruego" tenía en "plena" propiedad, quedándose con el usufructo de 4.684 participaciones (el 23,80% del capital social), pues según la demandada eso no es autocartera y no pueden ser amortizadas, pues hay nudos propietarios que no son la sociedad. Así se expresa en la contestación a la demanda.

Las razones expuestas en el acta de la junta de 10-2-2011 no son exactamente las mismas (f. 136 y 137 de los autos). No afirma que no sean amortizables, sino que ello perjudicaría a los usufructuarios en beneficio de unos pocos socios. Por tanto, se acuerda no amortizar porque "no existe obligación legal de hacerlo".

Entiende este tribunal que sí que existe un acuerdo, de carácter negativo. Pero constituye una decisión sobre el punto del orden del día plantearlo.

Ahora bien, la cuestión no es tanto si el tribunal puede decidir o no sobre el fondo de ese acuerdo, sino si: a) es legal y b) en caso negativo, qué consecuencias jurídicas tendría.

OCTAVO.- Centrada así la cuestión, es preciso acudir a lo que la legislación positiva establece: *arts. 40 L.S.R.L . y 141 L.S.C.* En ambos se obliga a la sociedad a enajenarlas o amortizarlas en el plazo de tres años. Si así no se hiciere, cualquier interesado podrá solicitar de la autoridad judicial su amortización y la correspondiente reducción del capital social y si ese acuerdo no pudiere lograrse habrán de ser los administradores los obligados a instar esas medidas de la autoridad judicial. Y en caso contrario, podrán ser sancionados (*arts. 42 L.S.R.L . y 157 L.S.C.*).

Concretamente, el acuerdo adoptado y ahora impugnado no es acorde a lo que establece la legislación societaria. El hecho de que sea negativo no le priva de la calificación de ilegal, pues la ley exige un "agere" y sanciona, precisamente, la pasividad.

NOVENO.- Ahora bien, las consecuencias de esa ilegalidad no son la decisión judicial de anular el acuerdo, sino el derecho de los interesados, más aún si son socios, de instar de la autoridad judicial la adopción de las medidas relativas a la amortización y la reducción de capital. En modo similar al de la petición de convocatoria judicial. Lo que aquí no se ha solicitado. Además de tratarse de una petición de carácter autónomo.

Se desestima, pues, la pretensión, si bien con tan relevantes matizaciones".

En el presente supuesto se insta la amortización del usufructo sobre las participaciones sociales en tanto no se ha procedido a realizarlo en el plazo legal y por estimar existe autocartera.

Ha de examinarse el anterior *iter procesal* para concluir que la Sala ha declarado la aplicación de las normas sobre la autocartera a los derechos políticos incorporados al usufructo sobre las participaciones, y si bien razonó sobre la legalidad o no del acuerdo impugnado, lo cierto es que no lo declaró nulo sino que lo que procedía era "el derecho de los interesados, más aún si son socios, de instar de la autoridad judicial la adopción



de las medidas relativas a la amortización y la reducción de capital". Por tanto, estimando que se trataba de una declaración realizada con carácter *obiter dicta* y que no se reflejaba en el fallo, la cuestión sobre la necesidad o no de amortizar los derechos en litigio sigue irresoluta.

Así, todas las sentencias relacionadas, la doctrina y la jurisprudencia vienen a justificar el régimen de la autocartera en dos razones:

- a) De una parte, en el riesgo de infracapitalización social, al ser la sociedad titular de sus participaciones, los fondos propios disminuyen, con riesgo para evaluar la solvencia social para los propios accionistas o los que barajan adquirir dicha condición, como para los terceros que desean relacionarse en el tráfico jurídico con la sociedad.
- b) De otra parte con el perjuicio para las minorías sociales y refuerzo para los administradores en su postura que la atribución de los derechos políticos sobre las participaciones o acciones sociales cuya titularidad ostenta la sociedad puede suponer.

En definitiva, los anteriores riesgos justifican una normativa excepcional, y por ello de aplicación restrictiva, al régimen de la titularidad de la sociedad sobre sus propias acciones. Dicho régimen es ampliado por la LSA primero y por la LSC después a las sociedades del grupo (art. 142 LSC) o a las operaciones realizadas por persona interpuesta (art 156 LSC).

Por tanto, la cuestión fundamental es la de si es aplicable al caso la consecuencia prevista para la regulación de la autocartera de las sociedades de responsabilidad limitada, la amortización forzosa de las participaciones de la que la sociedad sea titular.

La primera cuestión ha sido el principal motivo de la discusión jurídica, por más que en ocasiones haya sido desviada hacia cuestiones de hecho, la posibilidad o imposibilidad de amortizar el usufructo de participaciones sociales.

Así, estima la Sala que ha de partirse de una serie de disquisiciones dogmáticas previas para responder a esta pregunta.

Frente al dominio pleno, se viene reconociendo los derechos limitados de dominio, aquellos que contienen algunas de las facultades del dominio desgajadas de la propiedad del bien o derecho y que, por ello, son derechos limitados y, en principio, de duración determinada e interpretación restrictiva, pues el dominio siempre tiende a presumirse pleno.

Dentro de esta categoría ha de incluirse el usufructo en los términos regulados por el Cc (art. 467 y ss.). Así, el derecho de usufructo sobre las participaciones sociales, que son a la vez un derecho y por tanto susceptible de dominio y de desmembramiento de las distintas facultades dominicales, un título y una participación o aportación de capital a una sociedad.

La LSC, al igual que la normativa anterior, estima que si nada se pacta los derechos políticos de las sociedad pertenecen al nudo propietario, por lo que el usufructuario de la participación social tendría derecho únicamente a participar del **dividendo**, o más ampliamente, en su caso, al incremento de valor que la acción, ante la falta de reparto de **dividendos**, haya podido generar.

El capital social de una sociedad limitada es la suma de lo entregado por todos los socios y se plasma en participaciones sociales que pueden mantenerse en dominio pleno, o desmembrarse sus facultades; en su constitución habrán de tenerse en cuenta las normas sobre adquisición del dominio (art. 609 Cc).

Sin embargo, en el presente supuesto el usufructo sobre las participaciones sociales lleva ínsito, por ser constituido en estos términos, el ejercicio de los derechos políticos.

De otra parte, no cabe duda que en el momento presente la sociedad demandada tiene suscrito la totalidad de su capital social por los socios sin que la misma sea titular de participación alguna en propiedad, la totalidad de sus derechos sobre las propias participaciones se limita al derecho de usufructo sobre las participaciones que importan el 23,80% de capital social. En este extremo, la Sala disiente respetuosamente de la exposición de la Sra. Juez de la Instancia plasmada sustancialmente en la expresión "el usufructo que posee la sociedad demandada constituye parte del capital social". Así, las aportaciones del capital social han tenido una fuente del todo ajena a la sociedad y está actualmente no es titular de participación alguna, por lo que difícilmente puede ser titular de capital social alguno. Solo es titular de un derecho de usufructo sobre una participación social relevante, que le atribuyen los derechos inherentes a tal derecho de usufructo en los términos en que fue constituido - derechos económicos y políticos-, pero en modo alguno en una eventual disolución social se le atribuiría a la demandada parte del importe del capital social resultante, aunque sería un imposible metafísico, pero lo que en se quiere manifestar es que los derechos de la sociedad son en todo ajenos al dominio, podrán



ser algunas de las facultades de uso y disfrute, ejercer los derechos políticos o percibir los rendimientos de las participaciones, pero nunca el de percibir una parte o ser titular, siquiera limitada o infinitesimal, del capital social.

Sobre esta distribución de derechos, la normativa sobre autocartera construida y pensada exclusivamente para la plena propiedad de sus acciones y con carácter imperativo, ha de ser aplicada a los derechos limitados de dominio, cuando con su ejercicio, prenda sobre las propias acciones, usufructo..., pueda inferirse algunos de los perjuicios que el indicado régimen quiere evitar.

Así, el usufructo sobre participaciones sociales en su regulación legal no afecta ni al capital social y su integridad, ni al funcionamiento de sus órganos societarios, en cuanto únicamente atribuye el derecho al **dividendo**.

Sin embargo, cuando con arreglo al título se escinden también del dominio los derechos políticos y se atribuyen al usufructuario, no cabe duda que nos encontramos ante una de las situaciones de las que se protege la LSC en cuanto existe riesgo de instrumentalización de los derechos políticos atribuidos por el derecho de usufructo por parte de los administradores sociales y en perjuicio de las minorías sociales, en cuanto se defrauda la real distribución de poder en la sociedad. Por ello, la sentencia de esta Sala de fecha 11 de octubre de 2010 puso término a esta situación.

Era este uno de los efectos perversos de la titularidad de la sociedad de los derechos sobre las acciones que trataba de evitar la norma. Se aplicaba el art. 142 de la LSC en cuanto la norma no amparaba este efecto. También podía haberse llegado a tal solución por la vía del art 6.3 del Cc .

La acción ejercitada en el presente proceso se funda en la existencia de autocartera. Sin embargo, a la vista de lo anterior el capital social está fuera de la titularidad de la demandada, esta solo posee un derecho de usufructo limitado a las participaciones que importan el 23,80% del capital social, por lo que no se da, una vez neutralizado el riesgo de abuso por parte de la administración social mediante el ejercicio del derecho de voto sobre las participaciones sociales, ninguna de los riesgos que con la normativa sobre acciones propias se trata de proteger existe, sin que de otra parte, se dé el supuesto de hecho previsto por el art. 141 de la LSC existe, esto es que haya adquirido la sociedad participaciones propias. Por lo que no existe el supuesto legal, no se dan los riesgos que la norma trata de evitar y con la sola previsión del art. 142 de la LSC puede hacerse frente al riesgo de abuso en el ejercicio de los derechos sociales.

De otra parte, la amortización del derecho de usufructo parece que habrá de resolverse en un valor económico, nunca en la atribución de un capital social, sin que haya quedado claro, la sentencia y la parte actora han llegado a soluciones ingeniosas, pero que no resuelven la situación de quién ha de percibir el valor y a cargo de quién, pues lo cierto es que no puede imponerse su compra a los socios, ni puede concebirse una importante participación en el capital social de la titularidad de terceros, sin que nadie sea titular del derecho de voto y sin derecho a participar en las ganancias.

Por último y mayor abundamiento, lo cierto es que la adquisición del derecho de usufructo sobre las participaciones sociales gozó en su día del beneplácito del grupo de accionista, exteriorizado en la postura de su padre, que aceptó la misma, aunque ahora, dado que se produce un empate técnico en la adopción de acuerdos sociales entre los titulares del resto de los derechos de usufructo, parece que la solución le desagrada.

Todo ello, lleva a estimar que no existe un supuesto de autocartera, sino una situación análoga a la prevista para la autocartera en un concreto aspecto, que ha sido resulta aplicando analógicamente la normativa sobre la misma al respecto (art. 142 LSC), suspensión del derecho de voto, lo que determina la estimación del recurso y la desestimación de la demanda en todos sus extremos.

CUARTO.- Costas procesales

Conforme a los arts. 394 y 398 de la LC y 196.2 de la LC , las costas del recurso no se impondrán a la recurrente.

Las de la instancia, a la vista de la complejidad jurídica del litigio, no se impondrán a ninguna de las partes

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Que estimamos íntegramente el recurso interpuesto por **ARRENDAMIENTOS Y EXPLOTACIONES MONDARRUEGO S.L.** contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Zaragoza que revocamos en el sentido de desestimar la demanda interpuesta y absolver a la demandada



de la acción ejercitada, sin imposición de las costas del pleito a ninguna de las partes, ni en la instancia, ni en la apelación.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir dada la estimación del mismo.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil- Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ