

Roj: **STS 2033/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2033**Id Cendoj: **28079110012011100216**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/03/2011**Nº de Recurso: **2079/2007**Nº de Resolución: **102/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 3958/2007,**
STS 2033/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L. contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha doce de septiembre de dos mil siete y recaída en el rollo de apelación número 3315/2007, dimanante de los autos de juicio ordinario número 31/2006 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Sevilla.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña PATRICIA ROSCH IGLESIAS.

En calidad de parte recurrida ha comparecido la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A. representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña OLGA RODRÍGUEZ HERRANZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. LA DEMANDA Y SU TRÁMITE

1. Con fecha 11 de enero de 2006, el Procurador de los Tribunales don GERARDO MARTÍNEZ ORTIZ DE LA TABLA, en nombre y representación de HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L., formuló demanda de juicio ordinario, contra la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A. alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este con los documentos que se acompañan y respectivas para la demandada, por formulada en forma demanda de ordinario por «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, contra «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A.»; dicte Auto por el que disponga: incoar los oportunos autos tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para dicha clase de juicio; tenerme en ellos por parte, en nombre de quien comparezco con el carácter de parte demandante, ordenando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias en el referido carácter y representación; admitir la demanda; dar traslado de ella en los términos de la ley a la demandada, «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A.», para que, si le conviniere, la conteste dentro del plazo legal. Y, en su día, tras la tramitación que desde ahora insto, y en virtud de todo lo expuesto, dicte sentencia, por la que, con estimación de la demanda:

1.- Declare que la modificación del artículo 2 de los Estatutos sociales de «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A.», relativo a su objeto social, acordada por la Junta General de «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A.» celebrada el día 26 de noviembre de 2004, a la que no asistió el accionista «HEREDEROS DE



ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.», es una modificación sustancial que conlleva la Sustitución del objeto social y, por tanto, constitutiva del presupuesto de hecho generador del derecho de separación del accionista disidente, «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.».

2.- Declare el derecho que asiste a «HEREDERO DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.» a separarse de la sociedad «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A», por sustitución del objeto social.

3.- Condene a «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S. A.» a reembolsar a «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.» el valor, al 26 de noviembre de 2004, de las 23.730 acciones tituladas por esta última sociedad, valor que vendrá determinado, a falta de acuerdo entre la sociedad demandada y la sociedad demandante, por el auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por el Registro Mercantil de Sevilla, domicilio social de la demanda.

4.- Declare que, como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, la inscripción 53ª, Hoja SE- 11704, folio 123, Tomo 2875, es errónea y ha de ser rectificadas mediante una nueva inscripción en la que se haga constar que el acuerdo social, acompañado de la declaración los administradores de haberse reembolsado las acciones de «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.» que ha ejercitado el derecho de separación, se inscriba el Registro Mercantil de Sevilla, en la Hoja registral abierta a la sociedad demandada, SE-11704, previa amortización de las acciones reembolsadas y reducción del capital social, con todos los efectos legales y económicos inherentes.

5.- Condene al pago de los intereses legales, conforme al tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde que fuere dictada la sentencia en primera instancia.

6.- Condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y condenas.

7.- Imponga las costas a la parte demandada.

8.- Todo ello con cuanto demás proceda en Derecho.

SEGUNDO: ADMISIÓN A TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

2. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número uno de Sevilla que la admitió a trámite, siguiéndose los autos con el número 31/2006 de juicio ordinario.

3. En los expresados autos compareció la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA DOLORES ROMERO GUTIÉRREZ, en nombre y representación de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, que contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

SOLICITO AL JUZGADO que habiendo por presentado este escrito con los documentos y copias que los acompañan se sirva admitirlo; tenga a la Procuradora que suscribe por personada y parte, en nombre de quien comparezco, COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DE CONDADO S.A., ordenando se entiendan conmigo las sucesivas diligencias y actuaciones; por contestada, en tiempo hábil y legal forma la demanda deducida por HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS S.L.; acuerde la continuación del procedimiento por los trámites de Ley y previo recibimiento a prueba, en su caso, dicte Sentencia por la que desestimando la demanda formulada de contrario, absuelva a mi representada de todas sus acciones y pedimentos, imponiendo a la actora las costas del Juicio y conteniendo cuantos otros pronunciamientos sean procedentes en Derecho. Es de Justicia.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

4. En los expresados autos recayó sentencia el día 29 de diciembre de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO

Que desestimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Martínez Ortiz de la Tabla en nombre y representación de la entidad HEREDEROS DE ROBERTO MARIN CEBALLOS, S.L., contra la entidad COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A., representada por la Procuradora Sra. Romero Gutiérrez, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones que contra ella se ejercitaban, imponiendo a la parte actora las costas procesales.

Así por esta mi sentencia que será notificada a las partes con expresión de los recursos que contra ella caben, lo pronuncio, mando y firmo.

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

5. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L., y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Sevilla Sección



Quinta con el número de rollo 3315/2007 , el día 12 de septiembre de 2007 recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla en nombre y representación de la entidad mercantil demandante "HEREDEROS DE ROBERTO MARIN CEBALLOS S.L.", contra la Sentencia dictada el día 29 de diciembre de 2006, por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Sevilla , en los autos de juicio ordinario N° 31/06, de los que dimanar estas actuaciones, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada Resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Y, en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

QUINTO: LOS RECURSOS

6. La Procuradora de los Tribunales doña PATRICIA ROSCH IGLESIAS, en nombre y representación de "HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS", interpuso recurso de casación contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial, con apoyo en los siguientes motivos:

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

7. Personada la recurrente ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo bajo la representación de la Procuradora doña PATRICIA ROSCH IGLESIAS., el día 5 de mayo de 2009 la Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA :

1a.- ADMITIR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L." contra la Sentencia dictada, con fecha 12 de septiembre de 2007, por la Audiencia Provincial de Sevilla, (Sección 5ª), en el rollo de apelación n° 3315/07, dimanante de los autos de juicio ordinario n° 31/06 del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de los de Sevilla.

2º.- Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que, en el plazo de VEINTE DÍAS, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría

Así lo acuerdan, mandan y

8. Dado traslado de los recursos a la parte recurrida, por la Procuradora doña OLGA RODRÍGUEZ HERRANZ, en nombre y representación de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A., se presentó escrito de impugnación de los recursos formulados de contrario.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

9. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de febrero de dos mil diez, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

PRIMERO: ANTECEDENTES

1. Hechos

10. Los hechos de los que parte la sentencia recurrida y que tienen interés a efectos de esta sentencia, integrados en lo menester, son los siguientes:

1) Los estatutos de la sociedad COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO S.A. constituida por tiempo indefinido e inscrita en el Registro Mercantil de Sevilla, contienen limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones, reconociendo derecho de adquisición preferente a los socios y a la propia sociedad, constituyendo su actividad principal la distribución de energía eléctrica.

2) En la junta general de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO S.A. que tuvo lugar el 15 de mayo de 1992 para la adaptación de los estatutos sociales a la legislación vigente, el objeto social quedó descrito en el artículo 2 en los siguientes términos:

"Su objeto social lo constituye la producción, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza, ya sea producida en centrales propias o adquirida en otros centros de producción; la compraventa, arrendamiento y explotación por cualquier concepto de fincas urbanas; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias, ya sean fincas propias o que se lleven en arrendamiento, aparcería o cualquier otro título; todas estas actividades podrán ser desarrolladas en forma parcial y directa o, indirectamente, mediante la titulación de acciones o participaciones de sociedades de idéntico o análogo objeto".

3) Por exigencias de la separación de actividades en el sistema integrado impuestas por el artículo 14 de la Ley 40/1994 de 30 diciembre, sobre ordenación del Sistema Eléctrico Nacional la sociedad, mantenidas en la Ley 54/1997 del 27 noviembre del Sector Eléctrico -, la junta general de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A. de 29 junio 1995, acordó modificar el objeto social descrito en el artículo 2 transcrito, que pasó a tener la siguiente redacción:

"El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directamente, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias".

4) Por acuerdo de la Junta General de la expresada sociedad celebrada el 26 de noviembre de 2004, con el voto favorable del 82,72% del capital social, el artículo 2 de los Estatutos quedó redactado en los siguientes términos:

"El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias".

5) La compañía HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS S.L., titular de 23.730 acciones de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO S.A, equivalentes al 16'5920% del capital social, pretendió ejercitar el derecho de separación, lo que fue rechazado por el Consejo de Administración en la sesión que tuvo lugar el 1 de abril de 2005.

2. Posición de las partes

11. Muy en síntesis y prescindiendo de matices secundarios, la demandante HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS S.L., ha ejercitado el derecho a separarse de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO S.A, al amparo del artículo 147 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre de 1989, vigente en la fecha en la que se desarrollaron los hechos litigiosos, por entender que se había procedido a la sustitución de su objeto social.

12. La demandada se ha opuesto a tal pretensión alegando que no existe sustitución del objeto social, al haberse producido una simple modificación del mismo con mantenimiento de las iniciales actividades que lo conformaban antes del acuerdo de 26 de noviembre de 2004.

3. Las sentencias de instancia

13. La sentencia de la primera instancia entendió que la disyuntiva introducida en el objeto social -ejercicio directo o indirecto de la distribución de energía eléctrica- no supone sustitución del objeto social y desestimó la demanda.

14. La sentencia de apelación razonó la inexistencia de sustitución del objeto social y entendió que se trataba de una modificación de la forma de perseguir el objeto social consistente en la distribución de energía eléctrica, que podría explotarse de forma directa o indirecta, y rechazó la apelación.

4. El recurso

15. Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS S.L., con base en dos motivos que seguidamente serán objeto de estudio y que giran alrededor de la misma idea: según la tesis de la recurrente, la modificación estatutaria ha sido determinante de la conversión de



una sociedad industrial, dedicada prácticamente de forma exclusiva a la explotación directa del negocio de distribución eléctrica, en una sociedad holding o de cartera, mera tenedora de acciones o participaciones, lo que comporta una sustitución de su objeto.

SEGUNDO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo del motivo

16. El primero de los motivos del recurso casación se enuncia en los siguientes términos:

Al amparo del artículo 477.1 LEC .- Infracción del artículo 147 de texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable para resolver cuestiones objeto de proceso.

17. En su desarrollo, la recurrente afirma que la sentencia recurrida infringe el artículo 147.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que las circunstancias del caso demuestran que se pretende convertir una sociedad industrial cerrada, que opera en un sector regulado, en una holding o una tenedora de acciones, como se pone de manifiesto en el informe del Consejo de Administración justificativo de la propuesta de modificación del artículo 2 de los estatutos sociales.

18. Partiendo de tal premisa, la recurrente sostiene que la conversión de una sociedad industrial u operativa en una sociedad holding es una modificación sustancial del objeto social determinante del derecho de separación de la accionista disconforme.

2. Valoración de la Sala

2.1. El objeto social.

19. A diferencia de lo que acontece con las compañías colectivas que no precisan tener "género de comercio determinado" de conformidad con el artículo 136 del Código de Comercio, cuando se trata de sociedades anónimas, por diversas razones, nuestro Ordenamiento ha venido exigiendo la constancia del "objeto social" en la escritura pública de constitución, y así: el artículo 286 del Código de Sainz de Andino disponía que se dejase constancia del "ramo de comercio, fábrica o navegación sobre que ha de operar la compañía en el caso de que esta se establezca limitadamente para una ó muchas especies de negociaciones"; el 5 de la Ley de 28 de enero de 1848 ordenó que la constitución de las compañías mercantiles por acciones debería tener lugar "precisamente para objetos determinados"; el 151 del Código de Silvela requirió la indicación de "las operaciones á que destine su capital"; el artículo 11.3º .b) de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 dispuso en su redacción originaria que en los estatutos se expresase "el objeto social" sin otras precisiones; y el artículo 8.5º.b) en la redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio "el objeto social, determinando las actividades que lo integran"; esta redacción se mantuvo en el artículo 9 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, y hoy se recoge en el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital.

20. La exigencia de constancia del objeto también fue objeto de atención por vía reglamentaria de tal forma que: el artículo 1.3º del Real Decreto de 17 de febrero de 1848 para la ejecución de la Ley de 28 de enero impuso como contenido necesario de las escrituras de constitución de las compañías mercantiles por acciones la determinación del "objeto ó ramo de industria ó de comercio, á que exclusivamente ha de dedicarse la compañía"; el 37 del Reglamento Interino para la organización y régimen del Registro Mercantil, aprobado por Real Orden de 27 de diciembre de 1885, por remisión al 151 del Código de Comercio la indicación de "las operaciones á que destine su capital"; la circunstancia 5ª del artículo 112 circunstancial del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 la expresión de "las operaciones á que destine su capital"; el artículo 102.b) del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956 la identificación de "la clase de operaciones a que se dedique la sociedad"; el artículo 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1597/1989 de 29 diciembre la "determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integren", y el 117.1 del Reglamento de 1996 que se haga constar "el objeto social (...) determinando las actividades que lo integren".

2.2. El derecho de separación.

21. Como peculiar fórmula de tutela de la minoría frente a la capacidad de los capitales de dominio para imponer por el juego de las mayorías y sin necesidad de pacto con los minoritarios, la modificación del objeto social, nuestro sistema autoriza a los disidentes a romper el vínculo con quiebra de la regla de irreversibilidad de la inversión y del principio de integridad del patrimonio de la sociedad, y de forma similar a la prevista en el artículo 2437 del Código Civil italiano "[i] soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni..." (Los socios que se hayan opuesto al acuerdo de cambio de objeto o del tipo social, o al traslado de la sede social al extranjero tienen el derecho a separarse de la



sociedad y obtener el reembolso de sus acciones...)-, que constituye el precedente del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 a tenor de cuyo párrafo 4º "[c]uando la modificación consiste en el cambio de objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán el derecho de separarse de la sociedad y de obtener el reembolso de las acciones propias..." , de donde pasó al artículo 147 del texto refundido de 1989 , a cuyo tenor "cuando la modificación de los estatutos sociales consiste en la sustitución del objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán el derecho de separarse de la sociedad" .

2.3. Objeto social vs. forma de explotación del objeto.

22. No precisa la norma vigente si la sustitución del objeto social hace referencia exclusivamente al cambio del sector de la industria o comercio en el que la empresa explotada por la sociedad despliega su actividad comercial, o, por el contrario, también comprende la modificación de la forma de intervenir dentro del mismo sector con tal trascendencia que se sustituye "la actividad", ni si es preciso que la sustitución sea total y absoluta.

23. Nuestra respuesta debe partir de las siguientes premisas fijadas por la sentencia 438/2010, de 30 junio :

1) La sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta -conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra -sino relativa, atendiendo como razón identificadora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella.

2) No habrá sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos.

24. A ello, en la medida que facilita la identificación de lo que debe entenderse por "objeto social", añadiremos que la toma de participaciones en otras sociedades no comporta necesariamente actuación fuera del objeto ya que, deben atenderse las circunstancias del caso y, como afirma la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990 "Crear filiales o tomar participación en otras Sociedades que tengan el mismo objeto social constituye, cuando así se ha previsto específicamente, una modalidad indiscutible de ejercicio del objeto" , lo que no deja de concordar con la previsión contenida en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil vigente en dicha fecha a cuyo tenor "Si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente".

25. De las indicadas premisas cabe deducir:

1) Que en aquellos supuestos en los que la sociedad procede a tomar participaciones o realizar simples "inversiones de participación" en sociedades del mismo sector en el que actúa la inversionista, en cuyo caso no existe sustitución de empresa, constituyendo simples actos de ejecución de la actividad -en este sentido, mientras por un lado la sentencia de 9 mayo 1986 afirma que la inversión en una compañía "que pertenece prácticamente a la demandada en su totalidad y que, según la documentación aportada tiene por objeto el comercio y distribución, entre otros, de productos alimenticios, cuales los de la ahora participada" no modifica o altera el objeto social, sino que contribuye al objeto social, por otro el artículo 2361 del Código Civil italiano, dispone que " L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo" (No está permitida la compra de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista de forma genérica en el acto constitutivo, si por el volumen y el objeto se modifica sustancialmente el objeto social especificado en el acto constitutivo).

2) Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar "directamente, la distribución de energía eléctrica", la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una "sustitución de la actividad" de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la "sustitución del objeto", con alteración de las bases determinantes en su momento de la *affectio*



societatis, ya que al no alterarse la estructura propia la "sociedad isla", sustituir la "explotación directa" de una actividad industrial por la "explotación de acciones y participaciones" sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital- al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio.

2.4. Informe del Consejo de Administración.

26. En el caso enjuiciado, resulta revelador de la trascendencia real de la pretendidamente "mínima modificación estatutaria" el informe del Consejo de Administración en justificación de la propuesta de modificación del artículo 2 de los estatutos sociales, al indicar entre otros extremos los siguientes:

C.E.C.S.A. se ha visto obligada a recabar autorización administrativa (...) cada vez que ha adoptado la decisión de participar en sociedades dedicadas a actividades comprendidas en el apartado b) del artículo 2 de los Estatutos.

La solicitud de tales autorizaciones (...) puede llegar a entorpecer, por razones de oportunidad, cualquier toma de participación en sociedades tendentes a la realización de estas actividades indirectas (...)

Para llevar a efecto esta política de diversificación de Inversiones se ha planteado por el órgano de administración la reestructuración de la Compañía mediante la creación de un grupo de empresas. Ello, conllevaría básicamente trasladar la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad (...)

De esta forma, quedaría la actual C.E.C.S.A. como la sociedad cabecera de un holding empresarial, con empresas participadas dedicadas a las actividades comprendidas en el objeto social que se Considerara oportuno acometer y desde luego participando en esa nueva sociedad cesionaria de la rama de actividad energía eléctrica (...)

Como primer paso de este proceso es preciso realizar una leve modificación o concreción del objeto social, que conlleva necesariamente la reforma del artículo 2 de los Estatutos Sociales"

2.5. Conclusión.

27. En el presente caso en el que pese a tratarse de una sociedad anónima, la desinversión de los socios minoritarios está dificultada por tratarse de una sociedad cerrada, la modificación estatutaria constituye una sustitución o reemplazo del objeto social como lo evidencia el " *traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad*", transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones, sin que a ello sea obstáculo que la participada desarrolle su actividad en el mismo sector del mercado, máxime cuando la singularidad de la actividad es determinante de su sumisión a un control que se trata de eludir precisamente mediante una alteración estatutaria cuya trascendencia permite calificarla razonablemente de "sustitución del objeto" que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad.

28. En consecuencia procede estimar el motivo y con él el recurso de casación, ya que:

1) Es irrelevante que el objeto social sustituido sea el originariamente pactado u otro diferente, ya que la norma no exige tal requisito.

2) Es intrascendente el hecho de que el socio disidente tuviese intención de transmitir sus participaciones antes -en la contestación se alude a los tratos con don Romualdo -, y con independencia de que se modificasen los estatutos sociales, ya que el fracaso de la venta no transforma en abusivo el ejercicio del derecho de separación.

3) El hecho de que el socio en su momento interesase que el acuerdo fuese de "sustitución del objeto" y no su "modificación", no constituye un acto propio de reconocimiento de que la alteración estatutaria no tiene aquella naturaleza, ya que no es dudoso que su posición se habría visto reforzada si en el propio acuerdo se hubiese explicitado formalmente que la alteración tenía tal alcance.

4) La norma no condiciona el ejercicio del derecho a la efectiva sustitución del objeto real con o sin acuerdo - lo que no es objeto de este litigio-, sino a la adopción de determinados acuerdos sociales (en este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2010), al extremo de que la sentencia de 23 de enero de 2006 rechaza que la revocación del acuerdo de sustitución no desactiva el derecho de separación.



5) Reconocido el derecho de separación a los accionistas "que no hayan votado a favor", es irrelevante que la demandante no concurriese a la junta general en la que se adoptó el acuerdo litigioso.

6) Carece de fundamento legal la pretensión de que el disidente impugne el acuerdo del que discrepa por el hecho de que fuese calificada como "modificación" lo que en realidad era una "sustitución", ya que ello no comporta que el acuerdo -que es lo impugnado- sea contrario a la ley, se oponga a los estatutos o lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

29. No se opone a esta conclusión la tesis mantenida en la sentencia 196/1996, de 18 de marzo de 1996 ya que, aunque la argumentación fuera de su contexto pudiera apoyar la tesis de la hoy recurrente:

1) Se trata de un obiter dicta en un supuesto en el que no se ejercitó el derecho de separación, sino el de impugnación del acuerdo de la venta de la totalidad de activos y pasivos de la sociedad demandada.

2) En el que la Sala califica de "*difuso alegato integrador de su desarrollo*" lo que se denunciaba era que en el orden del día "no se anunciaba con la debida claridad" el cambio de objeto.

3) La sentencia sostuvo que la exigencia de claridad en el orden del día quedó plenamente cumplida y era plenamente conocida y con todo detalle por todos los socios.

4) El propósito de los demandantes era forzar a un grupo de accionistas a pagar un mayor precio del que ofrecían terceros interesados.

30. Tampoco resulta de aplicación la doctrina contenida en la sentencia 944/1998, de 20 octubre ya que:

1) Se trata de un caso totalmente diferente en el que se impugnó un acuerdo de modificación de estatutos por defectos en la convocatoria.

2) La sentencia se limitó a afirmar que no se produce modificación o ampliación del objeto social de una sociedad anónima cuando, al adaptar sus Estatutos sociales a la nueva normativa de dichas sociedades, la nueva redacción que se dé a los mismos se limite estricta y exclusivamente a concretar, con la debida y necesaria especificación, las actividades que integran el expresado objeto social.

TERCERO: PRONUNCIAMIENTOS COMPLEMENTARIOS

31. Asumida la instancia por esta Sala, debemos pronunciarnos sobre las peticiones complementarias suplicadas en la demanda referidas a la condena de la sociedad demandada al pago del valor de las acciones, a la rectificación del Registro Mercantil, y a la condena al pago de intereses.

32. No habiéndose cuestionado que el derecho de separación, en su caso, se ha ejercitado en tiempo y forma, procede condenar a la demandada al pago del valor de las acciones determinado por el procedimiento previsto en el artículo 147.2 de la Ley de Sociedades Anónimas .

33. Suplicada la declaración de que la inscripción 53ª, Hoja SE- 11704, folio 123, Tomo 2875, es errónea, y ha de ser rectificadas mediante una nueva inscripción en la que se haga constar que el acuerdo social, acompañado de la declaración los administradores de haberse reembolsado las acciones de «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.» que ha ejercitado el derecho de separación, se inscriba en el Registro Mercantil de Sevilla, en la Hoja registral abierta a la sociedad demandada, SE-11704, previa amortización de las acciones reembolsadas y reducción del capital social, con todos los efectos legales y económicos inherentes, la misma deviene improcedente ya que no se han reembolsado tales acciones, sin perjuicio de que una vez cumplidas las exigencias contenidas en el artículo 147.3 de la Ley de Sociedades Anónimas se proceda a la oportuna inscripción..

34. No habiéndose interesado en el proceso la condena al pago de cantidad alguna, carece de apoyo la pretensión de condena al pago del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la sentencia en primera instancia, al constituir presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la condena al pago de una cantidad de dinero líquida.

CUARTO: COSTAS

35. De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede la condena en las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

36. A tenor de lo previsto en el referido artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de las costas de la apelación que debió ser estimada.

37. Pese a la sustancial estimación de la demanda, habida cuenta de que la controversia se ha centrado en extremos puramente jurídicos sobre los que no existía una línea jurisprudencial y doctrinal consolidada,



haciendo uso de la facultad que a los Tribunales atribuye el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede la imposición de las costas de la primera instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español .

FALLAMOS

Primero: Estimamos el recurso el recurso de casación interpuesto por HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L. representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña PATRICIA ROSCH IGLESIAS contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha doce de septiembre de dos mil siete y recaída en el rollo de apelación número 3315/2007 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 31/2006 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Sevilla, y casándola:

1) Declararamos que la modificación del artículo 2 de los Estatutos sociales de «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A.», por acuerdo de la junta general que tuvo lugar el día 26 de noviembre de 2004, constituye una sustitución del objeto social generadora del derecho de separación del accionista disidente, «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.».

2) Declaramos el derecho que asiste a «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.» a separarse de la sociedad «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S.A», por sustitución del objeto social.

3) Condenamos a «COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO, S. A.» a reembolsar a «HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS, S.L.» el valor, al 26 de noviembre de 2004, de las 23.730 acciones tituladas por esta última sociedad, que vendrá determinado, a falta de acuerdo entre la sociedad demandada y la sociedad demandante, por el auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por el Registro Mercantil del domicilio social de la demanda.

4) No ha lugar a acordar la rectificación de la inscripción 53ª, Hoja SE- 11704, folio 123, Tomo 2875, en los términos interesados.

Segundo: No procede imponer las costas del recurso de casación que estimamos.

Tercero: No procede la imposición de las costas de la apelación.

Cuarto: No procede la imposición de las costas de la primera instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- **Juan Antonio Xiol Rios** **Xavier O'Callaghan Muñoz** .-**Francisco Marin Castan** .- **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**.- **Roman Garcia Varela**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.