

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065217

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 663/2020, de 10 de diciembre de 2020

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1862/2018

**SUMARIO:****Sociedades. Derecho de separación de socios. Distribución de dividendos.. Contenido de la oposición a la decisión de la junta general.**

Derecho de separación de socios de una sociedad limitada por falta de distribución de dividendos y temporaneidad del ejercicio del derecho.

El art. 348 bis LSC sobre el derecho de separación de socios fue introducido por el art. 1º.18 de la Ley 25/2011 y entró en vigor el 2 de octubre de 2011 en consecuencia, el precepto ya regía cuando se celebró la junta general a la que se refiere el litigio y a falta de normativa específica, aplica escrupulosamente las disposiciones del Código Civil, que son de aplicación supletoria a las situaciones de transitoriedad no reguladas expresamente y la Disposición Transitoria 1.II de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de la que proviene la redacción actual del art. 348 bis LSC, estableció expresamente que lo previsto en dicho precepto sería "de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.

Respecto a los requisitos para el ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos, los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo (exigieron, según la transcripción de la grabación de la junta que se hace en el acta notarial) de que se aplicara a dividendos. Por lo que cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad expresa de los socios en la junta general de que el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es a lo que, con mejor o peor redacción, se refería la versión original del art. 348 bis LSC y que corrobora la actual redacción del precepto, al decir "la junta general no acordara la distribución como dividendo" por lo que sí existe el derecho de separación en este caso.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/2010 (LSC), arts. 348 bis y 353.

**PONENTE:***Don Pedro Jose Vela Torres.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 663/2020

Fecha de sentencia: 10/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1862/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 02/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL A CORUÑA SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1862/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 663/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Comercio, Transportes y Auxiliares S.L. (COTRASA), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Gómez Cortés, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Matilde Platas Casteleiro y D. Juan Antonio Astray Suárez, contra la sentencia n.º 34/2018, de 1 de febrero, dictada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 534/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 549/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña. Ha sido parte recurrida D. Roman, D.<sup>a</sup> Lucía, D. Sebastián, D. Segundo y D. Severiano, representados por el procurador D. Jesús Ángel Sánchez Vila y bajo la dirección letrada de D. Alberto Pérez San Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Jesús Ángel Sánchez Vila, en nombre y representación de D. Roman, D.<sup>a</sup> Raquel, D.<sup>a</sup> Lucía, interpuso demanda de juicio ordinario contra Comercio, Transportes y Auxiliares S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que, con estimación de la demanda:

"1.- Declare el derecho que asiste a Don Roman, Doña Raquel y Doña Lucía a separarse de la sociedad COMERCIO, TRANSPORTES Y AUXILIARES SL, por no distribución de dividendos.

"2.- Condene a COMERCIO, TRANSPORTES Y AUXILIARES SL a reembolsar a Don Roman, Doña Raquel y Doña Lucía el valor razonable señalado en el art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital de las 27.819 participaciones tituladas por esta última sociedad, a 10 de noviembre de 2011, fecha en que se hizo efectivo el derecho de separación.

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

"4.- Imponga las costas a la parte demandada.

"5.- Todo ello con cuanto demás proceda en derecho".

2.- La demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña, se registró con el núm. 549/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Carmen Gómez Cortés, en representación de Comercio, Transportes y Auxiliares S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña dictó sentencia n.º 149/2017, de 30 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente la demanda promovida por D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel, sucedida procesalmente por causa de fallecimiento por D. Sebastián, D. Severiano, D. Sebastián y D. Segundo 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, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a reembolsar a los actores el valor razonable previsto en el art. 353 LSC de las 27.819 participaciones tituladas por la entidad a fecha 10 de noviembre de 2011, con imposición de costas."

### **Segundo.**

Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Comercio, Transporte y Auxiliares, S.L. La representación de D.ª Lucía, D. Roman, D. Severiano, D. Sebastián y D. Segundo formuló oposición al recurso de apelación.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 534/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 1 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"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."

### **Tercero.**

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Carmen Gómez Cortés, en representación de Comercio, Transportes y Auxiliares S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Con fundamento en el artículo 469.1.3º de la LEC, se denuncia que la Sentencia recurrida ha incurrido en infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en relación con los artículos, 216, 217, 218, 427, 320, 326 y 352 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...].

"Segundo.- Por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE ( art. 469.1.4º LEC) y, particularmente, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la CE, lesión que se ha producido a juicio de esta parte, por la interpretación ilógica e irrazonable de las pruebas practicadas en el juicio así como por incurrir en error notorio en la valoración de dichas pruebas."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.2º por infracción por indebida aplicación del art. 384 bis de la Ley de Sociedades de Capital [...].

"Segundo.- Por infracción por indebida aplicación del art. 384 bis de la Ley de Sociedades de Capital al supuesto presente, por entender la Sentencia recurrida que resulta innecesaria la existencia y constancia expresa del voto a favor de la distribución de beneficios por parte del socio que pretende ejercer su derecho de separación."

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 8 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Comercio, Transporte y Auxiliares, S.L. (COTRASA), contra la sentencia de fecha 1 de febrero de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Cuarta, en el rollo de apelación n.º 534/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 549/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2020 en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

#### Resumen de antecedentes

1.- La sociedad Comercio, Transportes y Auxiliares S.L. (COTRASA) fue constituida, bajo la 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. Eulogio, a su esposa Dña. Esther, el 15%, y a una hija del matrimonio, Dña. Felicísima, el 10% restante.

2.- Tras su conversión en sociedad limitada, por escritura de 2 de diciembre de 1992, y tras sucesivas ampliaciones de capital, el capital social quedó fijado en 8.353.827,83 €, instaurándose un órgano de gobierno formado por un Consejo de Administración, constituido por el matrimonio y sus cinco hijos.

3.- El 12 de febrero de 2003 falleció D. Eulogio, y tras las operaciones hereditarias el capital social de COTRASA quedó constituido de la forma siguiente: Dña. Esther, el 66,64% del capital social, con 92.631 participaciones sociales; y sus cinco hijos, D. Roman, Dña. Lucía, Dña. Felicísima, Dña. Ofelia y Dña. Raquel, el 6,67% del capital social cada uno de ellos, equivalente a 9.273 participaciones sociales.

4.- En junta general de 29 de julio de 2006, con el voto en contra de D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel, se modificó el art. 22 de los estatutos sociales, relativo a la retribución de los administradores, dejándose sin efecto la redacción vigente hasta entonces, que establecía que la misma no podía ser superior al 10% de los beneficios repartibles de los socios, y adoptándose 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".

Asimismo, se aprobó una retribución fija anual, para el ejercicio 2006, de 27.104 €.

5.- En junta general extraordinaria de 16 de diciembre de 2006 se acordó el cese de D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel como administradores sociales.

6.- El 8 de septiembre de 2007 se celebró junta de aprobación de las cuentas del ejercicio 2006, en la que se acordó el nombramiento de un nuevo Consejo de Administración formado por 7 miembros, entre los que se encuentran los hijos de las consejeras Dña. Ofelia y Dña. Felicísima, a la sazón Dña. Bernarda y D. Marco Antonio, de 21 y 19 años, respectivamente. Se nombró presidenta a Dña. Esther. D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel no obtuvieron cargo alguno.

7.- El 15 de octubre de 2011, se celebró junta general de socios, a la que concurrió el 100% del capital social. El segundo punto del orden del día se refería al examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

El resultado aplicable era de 23.640,11 € de beneficios y según consta en el acta notarial de la junta todos los asuntos del orden del día se aprobaron con el voto favorable de Dña. Esther, Dña. Ofelia y Dña. Felicísima, que representaban en total el 79,7718% del capital social. Votaron en contra D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel.

8.- El 10 de noviembre de 2011, D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel remitieron un burofax a COTRASA en el que comunicaban que ejercitaban el derecho de separación previsto en el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), habida cuenta que el reparto de dividendos fue solicitado en la junta general ordinaria celebrada el 15 de octubre de 2011, sin que se haya aprobado en tal sentido. Al tiempo, ofrecían alcanzar un acuerdo sobre el reembolso, o en su defecto, iniciar los trámites legales y estatutarios oportunos a estos efectos. Las referidas comunicaciones fueron recibidas por la sociedad dentro del mes siguiente a la adopción del referido acuerdo social.

9.- El 29 de marzo de 2012, los socios que habían manifestado su voluntad de ejercer el derecho de separación, 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 LSC, requirieron por escrito a la sociedad para que solicitara del Registro Mercantil de A Coruña la designación de un auditor de cuentas independiente, que procediera a la valoración de sus participaciones sociales.

10.- Ante la pasividad de la sociedad, los mencionados socios solicitaron del Registro Mercantil la designación de auditor. Tras la oposición de la demandada, la Registradora declaró la improcedencia del nombramiento solicitado, por estimar que el mismo no cumplía los requisitos exigidos por el art. 348 bis LSC, dado que en la junta general no se solicitó reparto de dividendos, según resultaba del acta notarial.

Contra la referida resolución se interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el resultado que más adelante se indicará.

11.- En acta notarial de 25 de mayo de 2012, autorizada por un notario de Pontedeume, compareció D. Severiano y expuso que el 15 de octubre de 2011 se celebró en el domicilio social de COTRASA una junta general en la que el compareciente actuó en nombre y representación de la socia Dña. Raquel. Asimismo, el fedatario expresó que había sido requerido por los administradores para levantar acta notarial, que confeccionó con fecha 15 de octubre de 2011, con el núm. 1581 de su protocolo, así como que, con posterioridad a la celebración de la junta y de acuerdo con las notas por él tomadas se cerró el acta a través de diligencia y se expidió la copia autorizada.

Consta también 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 que D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel votaron en contra de la aplicación del beneficio a reservas y manifestaron su queja por el no reparto de dividendos.

La junta fue grabada mediante un dispositivo de audio, que posteriormente se puso a disposición del notario (que en el momento de la celebración de la junta desconocía que se estuviera grabando). Oída la grabación por el fedatario, hizo la siguiente transcripción en un acta de 25 de mayo de 2011:

"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".

12.- El 10 de abril de 2013, la DGRN estimó el recurso de alzada interpuesto por los indicados socios respecto del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales en COTRASA y anuló la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 8 de mayo de 2012.

La RDGRN señaló que del acta notarial no se deducía 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 el acta se limitó 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.

No obstante, la RDGRN consideró que, del resto de la documentación obrante en el expediente, se deducía que, en el punto segundo del orden del día, relativo a la aplicación del resultado, la mayoría acordó imputar los mismos a reservas, con el voto en contra de los solicitantes del nombramiento de auditor. Por tanto, debía reconocérseles el derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que el art. 348 bis LSC no exige al socio que haya votado en contra del acuerdo de no repartir beneficios comunicar en el mismo acto de la junta su decisión de separarse de la compañía, ni tampoco que inste a los administradores sociales la inclusión de un nuevo punto del orden del día que, expresamente indique reparto de dividendos. Bastando con que vote en contra de la propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos y comunique a la sociedad su intención de separarse en el plazo de un mes, como así lo hicieron los solicitantes y recurrentes.

13.- El 10 de enero de 2014, COTRASA presentó demanda de impugnación de la referida RDGRN. El abogado del Estado se allanó, al ser ineficaz, por extemporánea, la resolución. El juzgado dictó sentencia ordenando la cancelación del nombramiento de auditor efectuado por la Registradora Mercantil de A Coruña.

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.

14.- El 22 de diciembre de 2014, D. Roman, Dña. Lucía y Dña. Raquel presentaron una demanda contra COTRASA, en la que solicitaban que se reconociera su derecho de separación por falta de reparto de dividendos y se condenara a la demandada al reembolso del valor razonable de sus participaciones sociales.

15.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

16.- El recurso de apelación de la sociedad demandada fue desestimado por la Audiencia Provincial. En lo que ahora importa, consideró que el art. 348 bis LSC era aplicable en atención a la fecha en que se celebró la junta general; así como que el voto en contra de que los beneficios se destinaran a reservas es suficiente para entender cumplidos los requisitos exigidos por el precepto.

Recurso extraordinario por infracción procesal

### **Segundo.**

Primer motivo de infracción procesal. Prueba de documentos públicos. Cotejo

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.3º LEC, denuncia la infracción de los arts. 216, 217, 218, 427, 320, 326 y 352 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que el acta notarial de 25 de mayo de 2011, en la que se recogía una supuesta grabación de la junta general, no fue objeto de cotejo, pese a que fue impugnada en ambas instancias, así como que la grabación fue incorporada al procedimiento sin respetar el principio de aportación de parte, por lo que su audición por el tribunal causó indefensión a la parte recurrente.

Decisión de la Sala:

1.- Tanto el acta notarial de 25 de mayo de 2011 como la grabación de sonido a la que la misma se refiere fueron presentadas por la parte demandante con su demanda y propuestas como prueba documental en el acto de la audiencia previa. En dicho acto, la parte demandada (ahora recurrente) impugnó el valor probatorio que pudieran tener tales documentos, pero no su autenticidad. Y lo que es más importante, una vez que el juez de primera instancia los admitió como prueba documental, su resolución no fue recurrida en reposición por la parte demandada, como permite el art. 285.2 LEC. Y en paralelo, tampoco propuso prueba alguna que tuviera como objeto directo intentar desvirtuar la autenticidad de tales documentos y la única prueba que propuso y que podría tener cierta relación indirecta con esa cuestión, la de interrogatorio de la parte contraria, fue desistida en el acto del juicio.

2.- La LEC establece la carga procesal de reconocer o negar la autenticidad de los documentos aportados al proceso, lo que en el juicio ordinario debe hacerse en el acto de la audiencia previa ( art. 427.1). Por lo que, si no se impugna su autenticidad, tienen valor probatorio ( arts. 318 y 319 LEC, respecto de los documentos públicos, como era el caso).

3.- Como consecuencia de ello, cabe concluir que la parte no denunció en su momento el supuesto defecto procesal que ahora pretende combatir, por lo que incumple el requisito exigido por el art. 469.2 LEC. Lo que debe conducir necesariamente a la desestimación del motivo.

### **Tercero.**

Segundo motivo de infracción procesal. Interpretación ilógica e irrazonable de la prueba. Error notorio

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4º LEC, denuncia la infracción del art. 24.1 CE, por la interpretación ilógica e irrazonable de las pruebas practicadas en el juicio que da lugar a un error notorio.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el error notorio se produce al tomar en consideración y dar por probado que en la junta general se produjo una efectiva petición de distribución de dividendos con base en un acta de manifestaciones y una supuesta grabación que habían sido impugnadas.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo incurre en una contradicción insalvable, pues parte de la base de que la prueba documental a que se refiere fue indebidamente admitida, cuando la parte no recurrió dicha admisión.

2.- Además, en cuanto a la validez del acta notarial, habida cuenta la remisión expresa que hace el art. 102 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) a la legislación notarial, hay que tener en cuenta que el art. 198.1, reglas 3ª y 4ª, del Reglamento Notarial, permite la extensión de diligencias posteriores al acta, incluso por parte del notario en su estudio sin intervención ni presencia de los interesados; lo que corrobora expresamente para este tipo de actas el art. 103.1 RRM.

De donde cabe colegir que tampoco habría inconveniente alguno en completar la primera acta notarial con una segunda en la que el notario transcriba una grabación que se pone a su disposición y que considera concorde con lo que presencié y oí en la junta. Máxime, cuando la Audiencia Provincial se pronunció expresamente sobre la licitud de esa grabación y su decisión al respecto no ha sido combatida por la ahora recurrente.

3.- Por lo demás, lo que realiza la Audiencia Provincial no es una valoración fáctica, que pudiera ser combatida como notoriamente errónea si así se desprendiera de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, sino una valoración jurídica sobre lo realmente votado y decidido en la junta general, a efectos de cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación por no distribución de dividendos, que deberá ser combatida, en su caso, en el recurso de casación y no en el extraordinario por infracción procesal.

4.- Como consecuencia de lo cual, el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación

#### **Cuarto.**

Primer motivo de casación. Aplicación retroactiva del art. 348 bis LSC

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 348 bis LSC, por su aplicación al acuerdo adoptado en la junta general de 15 de octubre de 2011, que aprobó la aplicación del resultado del ejercicio 2010.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que el precepto cuya indebida aplicación se denuncia entró en vigor el 2 de octubre de 2011, por lo que únicamente sería aplicable a juntas generales celebradas para la aplicación del resultado del ejercicio 2011 y siguientes, pero no para un ejercicio, el 2010, anterior a su vigencia.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 348 bis LSC fue introducido por el art. 1º.18 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Y entró en vigor el 2 de octubre de 2011 ( Disposición Final 6ª de la misma Ley 25/2011).

2.- En consecuencia, el precepto ya regía cuando se celebró la junta general a la que se refiere el litigio (15 de octubre de 2011). La Ley 25/2011 no contenía ninguna previsión de aplicación transitoria del art. 348 bis LSC, por lo que la Audiencia Provincial aplicó lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, según la cual se rigen por la legislación nueva los derechos reconocidos por primera vez en ella.

Interpretación que debe considerarse correcta, en cuanto que, a falta de normativa específica, aplica escrupulosamente las disposiciones del Código Civil, que son de aplicación supletoria a las situaciones de transitoriedad no reguladas expresamente. Como declaró la sentencia 280/1991, de 16 de abril:

"Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudir cuando de resolver una cuestión como la presente se trata".

En el mismo orden de ideas, la sentencia 587/2013, de 15 de octubre, respecto del ejercicio de un derecho de separación por transformación de la sociedad, al amparo de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, también consideró aplicable la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, a falta de regulación intertemporal propia en la nueva Ley, al declarar:

"[n]ada impide que en este espacio intertemporal, a la luz de la Disposición Transitoria 1ª del CC se reconozca un derecho nuevo (el de separación), vigente la nueva Ley (Ley 3/2009), sobre hechos anteriores (la tenencia de acciones), que no perjudican otros derechos adquiridos".

3.- Además, en cuanto que puede resultar esclarecedor para confirmar la corrección de esta interpretación, ha de tenerse presente que la Disposición Transitoria 1.II de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de la que proviene la redacción actual del art. 348 bis LSC, estableció expresamente que lo previsto en dicho precepto sería "de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor".

4.- En consecuencia, y puesto que no ha habido aplicación retroactiva alguna del precepto al que se refiere el motivo, éste debe ser desestimado.

#### **Quinto.**

Segundo motivo de casación. Requisitos para el ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 348 bis LSC, al no haber votado expresamente los socios disidentes a favor de la distribución de dividendos.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que el art. 348 bis LSC, en la redacción aplicable en la fecha de celebración de la junta general, exigía expresa y literalmente para el ejercicio del derecho de separación, "el voto a favor de la distribución de los beneficios sociales".

Decisión de la Sala:

1.- El art. 348 bis LSC, en la redacción aplicable temporalmente al caso, establecía:

"A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles".

2.- A su vez, el orden del día de la junta general celebrada el 15 de octubre de 2011 incluía, en lo que ahora importa, los siguientes puntos:

"Primero. - Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales de la sociedad (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria), correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

"Segundo.- Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2020".

3.- El precepto transcrito concedía a los socios el derecho de separación cuando la junta general acordara que el resultado, pese a concurrir los requisitos legales para ello, no se aplicara, por lo menos en un tercio, a la distribución de dividendos; pero no exigía, pese a su aparente literalidad, que debiera haber existido un voto expreso favorable a dicha distribución por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación. Entre otras cosas, porque quien redacta el orden del día de las juntas de socios, con carácter general, es el órgano de administración, que puede no incluir una mención específica a la distribución de dividendos y hacer solo una mención genérica a la aplicación del resultado. Como ocurrió en este caso.

La ratio del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la junta general de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Es decir, es un instrumento del minoritario frente a lo que la sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, llamó gráficamente "el imperio despótico de la mayoría". Y para el ejercicio del derecho, la Ley establece unos requisitos, entre los cuales se encuentra que el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata tanto de que vote a favor de que se distribuyan los dividendos (posibilidad que puede que no contemple como tal el orden del día), como de que vote en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos.

4.- En este caso, la Audiencia Provincial considera probado que los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo (exigieron, según la transcripción de la grabación de la junta que se hace en el acta notarial) de que se aplicara a dividendos. Por lo que cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad expresa de los socios en la junta general de que el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es a lo que, con mejor o peor redacción, se refería la versión original del art. 348 bis LSC. Y que corrobora la actual redacción del precepto, al decir "la junta general no acordara la distribución como dividendo".

5.- En su virtud, el segundo motivo de casación también debe decaer.

#### **Sexto.**

Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación supone que deban imponerse las costas de ambos recursos a la parte recurrente, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe ordenarse la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:



1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil Comercio, Transportes y Auxiliares S.L. contra la sentencia núm. 34/2017, de 1 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, en el recurso de apelación núm. 534/2017

2.º- Imponer a la recurrente las costas de tales recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.