



Roj: **SJM B 33/2018 - ECLI:ES:JMB:2018:33**

Id Cendoj: **08019470092018100006**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **9**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **455/2017**

Nº de Resolución: **77/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BARBARA MARIA CORDOBA ARDAO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549749

FAX: 935549759

N.I.G.: 0801947120178002210

Procedimiento ordinario - 455/2017 -D1

Materia: Otros supuestos no contemplados

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES 55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: Salvadora

Procurador/a: Faustino Igualador Peco

Abogado/a: MÓNICA BATALLA RIPOLL

Parte demandada/ejecutada: MULTILINK SA

Procurador/a: Fernando Bertran Santamaria

Abogado/a: Juan Antonio Roger Gámir

SENTENCIA Nº 77/2018

Magistrada: Bárbara María Córdoba Ardao

Barcelona, 1 de marzo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 3 de julio de 2017, fue turnada a este juzgado la demanda de juicio ordinario presentada por el procurador de los tribunales Don FAUSTINO IGUALADOR PECO, en nombre y representación de la Sra. Salvadora , en ejercicio de su **derecho de separación** de la compañía MULTILINK SA.



SEGUNDO. Por decreto se admitió a trámite la anterior demanda de la que se dio oportuno traslado a la parte demandada, quien se opuso a su estimación en tiempo y forma.

TERCERO. La audiencia previa se celebró el día 26 de febrero de 2018, a las 13:30 horas, durante la cual, ambas partes, tras manifestar que no había posibilidad de alcanzar ningún acuerdo, se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos solicitando el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo que se tuvieran por reproducidos los documentos obrantes en autos. Por tanto, conforme a lo dispuesto en el art. 429.8 LEC , se declaró concluso el acto y visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. La sociedad demandada MULTILINK SL fue constituida el 24 de enero de 1989, siendo sus socios fundadores el Sr. Fructuoso , con un 30% del capital social, Landelino , titular de otro 30%, Debora , titular del 20% y Laura , titular del 20% restante.

SEGUNDO. Como consecuencia de la compra por parte de LEXOCAP SL del 64% del capital social al Sr. Fructuoso , se produjo un cambio accionarial quedando distribuido de la siguiente manera: LEXOCAP titular del 64%, Severino , titular del 21% y Fructuoso , del 15% restante.

TERCERO. El día 21 de septiembre de 2015, el Sr. Fructuoso donó a su hija Salvadora el 15% de las participaciones sociales que tenía en la compañía MULTILINK SA.

CUARTO. No es un hecho controvertido que dicha compañía repartió dividendos en el ejercicio 2014 por importe de 143.474,57 euros.

QUINTO. En cuanto a las cuentas anuales del ejercicio 2015, no fueron formuladas ni sometidas a deliberación de la junta general dentro del plazo legal de los seis siguientes al ejercicio que se cierra, tal como marca la ley de sociedades de capital.

No fue sino hasta el día 1 de febrero de 2017, que el órgano de administración convocó a los socios a asistir a la junta general de accionistas a celebrar el día 13 de marzo de 2017 para el " *Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación de resultados correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2015*".

SEXTO. La junta se celebró el día indicado al efecto, a la que asistió la parte actora debidamente representada. Sometido a deliberación el punto segundo del orden del día antes transcrito, fue aprobado por la mayoría del capital social favorable a destinar los beneficios obtenidos durante el ejercicio 2015, por importe de 73.393,35 euros, a reservas voluntarias.

El representante de Salvadora votó en contra de la aprobación de ese acuerdo, haciendo constar en acta que no estaba de acuerdo con que se destinaran esos beneficios a reservas y votando a favor de que se aplicaran como dividendos.

SÉPTIMO. El día 4 de abril de 2017, esto es, 22 días después de celebrarse la junta, la actora comunicó fehacientemente al órgano de administración su voluntad de separarse de la compañía al amparo del art. 348 bis LSC.

OCTAVO. El día 19 de abril de 2017, el órgano de administración le contestó mediante burofax, no reconociéndole válidamente ejercitado tal **derecho de separación** al no tratarse de la aprobación de las cuentas anuales del último ejercicio (2016) sino del ejercicio anterior (2015) (doc. 9).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Alegaciones

Sobre la base de tales hechos probados, solicita la actora que se le reconozca su derecho a separarse de la sociedad MULTILINK SA al haber ejercitado correctamente en tiempo y forma conforme a lo dispuesto en el art. 348 bis LSC, derecho que deberá hacerse efectivo con arreglo a lo previsto en los arts. 353 y ss de la LSC.

La parte demandada se opone a la demanda por los siguientes motivos:

1.- Porque el art. 348 bis LSC sólo reconoce el **derecho de separación** del socio cuando las cuentas anuales que se someten a la aprobación de la junta son las del ejercicio anterior. En este caso, como las cuentas anuales aprobadas en la junta de 13 de marzo de 2017 eran las del ejercicio 2016 y no las 2015, no cabe reconocerle al socio su **derecho de separación**.



2.- Es más, durante el 2015 y 2016, el **derecho de separación** estaba suspendido por RD 11/2014. Por tanto, en la medida en que si las cuentas anuales del 2015 se hubieran aprobado a su debido tiempo, el socio no hubiera podido haber ejercitado tal **derecho de separación**, ese derecho no renace si tales cuentas son aprobadas al año siguiente, fuera de plazo.

3.- Por último, alega abuso de derecho por parte de la actora:

Porque se trata de una mera fiduciaria de su padre, siendo éste el que toma las decisiones.

La actora adquirió las participaciones sociales por donación de su padre en septiembre de 2015. Por tanto, actúa de manera abusiva al querer ejercitar el **derecho de separación** porque no se repartían dividendos ese mismo año y cuando ostenta la condición de socia desde hace solo dos años.

No se trata de una compañía que no reparta dividendos, prueba de ello es que en el 2014, se repartieron entre los socios.

La actora solicitó al registrador la designación de un experto que valorara las participaciones sociales pero desistió luego del mismo, lo que a su entender, demuestra la mala fe de la actora.

SEGUNDO . El reparto de dividendos como política empresarial.

Antes de entrar a analizar el **derecho de separación** del socio por no reparto de dividendos, considero necesario y conveniente partir de dos reflexiones iniciales que aunque básicas, no por ello son menos importantes por lo que luego diré.

Toda sociedad nace por el concierto de voluntades entre una o varias personas que deciden poner en marcha un determinado proyecto empresarial, aportando para ello capital, bienes o industria.

Esos socios no se mueven por un fin altruista sino por un ánimo de lucro de ahí que sea lógico e inherente a toda sociedad que quieran recuperar su inversión y obtener ganancias y, al mismo tiempo, limitar su riesgo, de tal manera que si el negocio fracasa, no pierdan más dinero que el que inicialmente invirtieron.

La forma más común e inmediata para que un socio obtenga rentabilidad de su inversión es mediante el reparto de los beneficios obtenidos por la empresa con la explotación del negocio vía dividendos, distribuyéndose entre los socios, en proporción a su cuota de participación en el capital social. Este es el motivo por el cual el derecho al dividendo se configura en el art. 93 letra a) de la LSC como uno de los derechos esenciales e inherentes a la condición de socio.

Ahora bien, como ha sostenido la jurisprudencia de manera reiterada, se trata de un derecho abstracto que sólo se materializa, es decir, sólo surge el derecho de crédito del socio contra la sociedad, cuando se aprueba tal reparto por la junta general (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996).

La primera pregunta lógica que nos podemos hacer es ¿por qué hay entonces tantos problemas entre socios respecto al reparto de dividendos si lo normal sería que todos ellos quisieran obtener dinero de manera inmediata si el resultado de la compañía lo permite? Porque una vez se pone en marcha el proyecto empresarial, los socios pueden tener diferentes enfoques de cuál debe ser la política empresarial y por tanto, cómo rentabilizar su inversión. Mientras que unos socios prefieren obtener una rentabilidad inmediata vía dividendos, otros abogan por políticas más conservadoras y de prudencia y prefieren destinar los beneficios a reservas voluntarias para que dependa tanto de la financiación externa si al final apuestan por afrontar nuevos proyectos empresariales, actualizar la maquinaria o las instalaciones, invertir en I+D, etc. Y también puede haber socios que prefieran "esperar" y destinar los beneficios a reservas voluntarias para que la compañía esté más saneada de cara al mercado, valga más y cuando llegue el momento, vender sus participaciones sociales o acciones por un precio superior al que pagó, siendo esa diferencia el éxito de su inversión.

Todas esas visiones o expectativas futuras del negocio son perfectamente legítimas y entroncan con el principio de libertad de empresa dentro de una economía de libre mercado, consagrado en el art. 38 CE. Por tanto, cuando los jueces y tribunales nos enfrentamos a este tipo de pleitos, en los que en definitiva está en tela de juicio la política empresarial de una compañía adoptada por la mayoría del capital social, debemos ser especialmente cuidadosos y prudentes.

Hasta el momento, si un socio quería atacar la decisión adoptada por la junta general de cómo aplicar el resultado obtenido en el ejercicio anterior, podía impugnar el acuerdo social adoptado por dicha junta por abuso de derecho. Se trataba de una causa de impugnación que aunque no aparecía expresamente regulada en la ley de sociedades de capital, venía siendo admitida de forma pacífica por la jurisprudencia por infracción del art. 7.2 CC. Si bien, dicha jurisprudencia era también muy restrictiva de tal manera que bastaba con que la sociedad demandada diera una explicación mínima y razonable del porqué no se repartían dividendos, para declarar la validez del acuerdo. Y sólo en casos flagrantes, de no reparto reiterado de dividendos entre los socios, se



declaraba la nulidad del acuerdo. Ciertamente, se trataba de una de las materias que más conflictividad social generaba en sociedades cerradas, familiares y no cotizadas, muchas de las cuales acaban en la vía judicial.

Con el fin de reducir esa litigiosidad, la Ley 25/2011, de trasposición de la directiva CE 2007/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, *sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas*, introdujo una nueva causa de separación legal para darle una salida a aquellos socios minoritarios que no quería seguir teniendo cautivos sus ahorros en una sociedad que, de forma reiterada, no repartía dividendos. Al respecto, basta ver la justificación dada por el Grupo Parlamentario del PP para proponer la Enmienda 21: " *La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad*". *El reconocimiento de un **derecho de separación** es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad social.*" La SAP de BCN, sección 15ª, de 26 de marzo de 2015, en el FJ 3º, también se hace eco de esa finalidad al declarar que " *La norma implica una limitación relevante del poder discrecional de la junta para decidir sobre el reparto de beneficios. Su finalidad, por tanto, es la de proteger al minoritario frente las decisiones reiteradas de la junta general contrarias al reparto de dividendos* . "

Pese a todo, la redacción tan deficitaria y confusa del precepto, así como lo poco afortunado del momento en el que entró en vigor (2 de octubre de 2011), pronto despertó un aluvión de críticas por parte de la doctrina y de los autores por distintos motivos, entre ellos, y sin ánimo de ser exhaustivos:

1.- Se decía que era contradictorio exigir a las compañías aplicar políticas de austeridad para no volver a incurrir en un apalancamiento financiero tan excesivo como en los últimos años, para luego "obligarlas" a repartir un mínimo de dividendos entre los socios si querían eliminar el riesgo de que el socio minoritario ejercitara el **derecho de separación** justamente por el no reparto de dividendos.

2.- A pesar de que ese art. 348 bis LSC surgió para dar al socio minoritario una salida de la sociedad contra políticas empresariales abusivas y reiteradas de no reparto de dividendos aprobado por el socio mayoritario, paradójicamente, el texto de la norma no lo contempló hasta el punto que basta con que la compañía lleve inscrita 5 años en el Registro Mercantil para que el socio minoritario pueda ejercer tal derecho año a año si no se reparten dividendos. Lo que puede suceder por tanto en la aplicación práctica del precepto, que se genere un efecto inverso al pretendido, esto es, en lugar de evitar conductas abusivas por parte del socio mayoritario que ese abuso del derecho pueda provenir del socio minoritario, el cual, no olvidemos, que también tiene un deber de lealtad hacia la sociedad por el contrato social que suscribió en el momento de iniciarse la andadura empresarial.

La propuesta de reforma publicada en el BOE el 1 de diciembre de 2017, de hecho, propone un cambio en la redacción de ese apartado 1º y exige, como primer presupuesto para poder ejercitar el **derecho de separación**, que la compañía no reparta beneficios durante los tres ejercicios anteriores y que el total de los dividendos distribuidos durante los últimos 5 años, sea inferior a la cuarta de los beneficios totales registrados en dicho periodo.

3.- Hay quien duda de la necesidad de regular tal **derecho de separación** cuando el art. 204 LSC, tras la reforma operada por la ley 31/2014, ya prevé expresamente, como motivo de impugnación de un acuerdo social, el abuso del derecho por parte del socio mayoritario. Esto nos permitiría poder analizar caso por caso, si la política de no reparto de dividendos es o no ajustada a derecho.

4.- Se ha llegado también a decir que ese art. 348 bis LSC ataca directamente al principio de libertad de empresa pues aunque ciertamente la junta general sigue siendo soberana de aplicar íntegramente los beneficios a reservas, también deben ser conscientes los socios mayoritarios de los riesgos que entraña su decisión pues si alguno de los socios minoritarios ejercita su **derecho de separación**, obligará a la compañía a tener que realizar un desembolso económico importante para comprarle sus participaciones sociales o acciones a valor razonable de mercado.

La consecuencia lógica de dicho precepto es que las juntas generales, si quieren eliminar ese riesgo, se verán obligadas a aprobar ese reparto mínimo de dividendos.

5.- Por último, el art. 348 bis LSC no establece ningún límite o cortapisa para el ejercicio de ese **derecho de separación**, como pudiera ser el riesgo de descapitalización de la compañía, la desprotección de los acreedores y de los trabajadores, cuando la compañía está en insolvencia o cumpliendo un acuerdo de refinanciación.

Por este motivo, la proposición de ley de 1/12/2017 ya prevé justamente la imposibilidad de ejercitar tal derecho respecto de aquellas compañías que " *están en una situación financiera difícil* ", como dice la exposición de motivos.



Todo ello motivó que el legislador suspendiera su aplicación el 24 de junio de 2012 (Ley 1/2012, de 22 de junio), suspensión que se prorrogó posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2016 (DF 1ª del RDL 11/2014) y finalmente, volvió a entrar en vigor el 1 de enero de 2017, vigencia que se mantiene en la actualidad. Y si bien es cierto que el 1 de diciembre de 2017, como ya he avanzado, se publicó en el BOE una proposición de ley para modificar su redacción para corregir algunas de las deficiencias antes analizadas, no se puede tomar en consideración ese proyecto de ley, ni siquiera por analogía ni como "norma interpretadora o correctora". Por ello, me limitaré a aplicar el texto normativo en vigor al tiempo en el que la actora ejercitó el **derecho de separación** y la jurisprudencia existente sobre el mismo.

TERCERO. Régimen transitorio

Sostiene la parte demandada que en la medida en que las cuentas anuales aprobadas en la junta de 13 de marzo de 2017 eran las del 2015 y no las del 2016, que el **derecho de separación** del socio estaba suspendido. Más en concreto, si las cuentas anuales del 2015 se hubieran aprobado dentro del plazo legal, por tanto, antes del 30 de junio de 2016, el actor no hubiera podido ejercitar el **derecho de separación**. Por tanto, por mucho que esas cuentas se aprueben a partir del 1 de enero del 2017, no por ello renace tal **derecho de separación**.

La DF 1ª del RDL 11/ 2014 disponía lo siguiente: La aplicación del art. 348 bis « Se suspende hasta el 31 de diciembre de 2016. » Como ese artículo 348 bis LSC lo que regula es el "**derecho de separación del socio por no reparto de dividendos**", lo importante para decidir si el art. 348 bis LSC estaba o no vigente, hay que estar a la fecha en la que el socio ejercitó ese **derecho de separación**, siendo totalmente indiferente al respecto las cuentas anuales del ejercicio que se sometían a deliberación de la junta.

En este caso, en la medida en que el **derecho de separación** se ejercitó el 4 de abril de 2017 con motivo del no reparto de dividendos del ejercicio 2015, aprobado por la junta general de socios celebrada el día 13 de marzo de 2017, el art. 348 bis LSC estaba en vigor, lo que me lleva sin más trámites a reconocer a la parte actora plena legitimación activa para reclamar el ejercicio de tal derecho, cosa distinta es si concurren o no los presupuestos del art. 348 bis LSC, pero ello será objeto de análisis en los fundamentos de derecho siguientes.

Esta misma conclusión es la que alcanza la sección 15ª de la AP de Barcelona, en su sentencia de 26 de marzo de 2015 a cuyo tenor:

" Siguiendo el orden que estimamos más lógico, analizaremos, en primer lugar, la incidencia de la suspensión de la aplicación del artículo 348 bis a partir del 23 de junio de 2012 dispuesta por la Ley 1/2012 . Al entender de la demandada, dicha Ley no se limita a suspender las declaraciones de separación producidas a partir del 24 de junio de 2012, sino que paraliza el procedimiento de separación allí donde se encontrare. En el presente caso el proceso no ha concluido, dado que la sociedad no ha reconocido el derecho a la separación y, obviamente, tampoco se ha satisfecho la cuota de separación.

No compartimos la tesis de la demandada. En el presente caso los demandantes realizaron todas las actuaciones legalmente previstas para el ejercicio del **derecho de separación**. Tanto la junta general, con el acuerdo favorable de los socios a la distribución de los beneficios, como la comunicación a la sociedad ejercitando el **derecho de separación** tuvieron lugar estando vigente el artículo 348 bis. El derecho se ejercitó y sólo resta examinar si la oposición de la sociedad demandada está o no justificada. De acogerse los argumentos de LAMIRSA estaríamos aplicando retroactivamente la norma, en contra del principio general de irretroactividad de las leyes establecido en el artículo 2.3º del Código Civil . La suspensión del artículo 348 bis, por tanto, sólo opera para aquellas situaciones en las que el **derecho de separación** no se ha ejercitado, lo que no es el caso.

Por todo ello, desestimo el primero de los motivos de oposición en los que se basa la contestación a la demanda.

CUARTO. Legitimación activa . Mala fe

Por razones sistemáticas, abordaré a continuación, si la actora goza de legitimación activa para ejercitar tal derecho o si incurre en una conducta abusiva, tal como afirma la parte demandada:

Porque la Sra. Salvadora sólo es socia desde hace dos años y solicita su separación por el no reparto de dividendos del ejercicio 2015m cuando ella entró a formar parte de la sociedad en septiembre de 2015.

Porque solicitó el nombramiento de un experto en el registro mercantil para valorar sus participaciones y luego, desistió de dicha petición, entablado esta demanda judicial.

En cuanto a la supuesta "fiducia de acciones", debe ser desestimada por falta de prueba. En la medida en que el Sr. Fructuoso donó a su hija la Sra. Salvadora las acciones de las que era titular de la compañía MULTILINK SA, hemos de entender que es una forma perfectamente legítima para transmitir y adquirir el dominio por actos



inter vivos de la titularidad de esas acciones, pasando al donatario todos los derechos que son inherentes a la condición de socios. De hecho, la propia sociedad reconoce a la Sra. Salvadora como socia a efectos de convocatoria de junta, asistencia y voto.

En suma, a falta de más prueba sobre este particular, en la medida en que la actora era socia de MULTILKINK SA al tiempo de celebrarse la junta de 13 de marzo de 2017, cuando ejercitó el **derecho de separación** el 4 de abril de 2017 y al tiempo de interponer la demanda, me lleva a reconocerle plena legitimación activa, no estableciendo el art. 348 bis LSC límite alguno al respecto.

En relación a la supuesta mala fe de la actora por haber iniciado el procedimiento previsto en el art. 353 y ss de la LSC ante el registrador mercantil y haber desistido luego del mismo para acudir a la vía judicial, tampoco altera la anterior conclusión. Así, cabe recordar que el cauce administrativo sólo es válido si las partes están de acuerdo en que el **derecho de separación** está correctamente ejercitado, cosa que no es el caso. Por tanto, actuó correctamente la actora al desistir del procedimiento administrativo para acudir a los tribunales a fin y efecto de obtener la tutela judicial efectiva tras conocer que la parte demandada no le reconocía su derecho a separarse.

Por último, tampoco puede considerarse abusiva la conducta del socio instante por el hecho de haber acudido a la vía judicial para que se le reconozca el derecho a separarse de la compañía por no reparto de dividendos cuando se trata de un derecho que tiene reconocido por ley. Es más, ante la negativa de la sociedad a reconocerle tal derecho, la vía judicial es la única manera para obtener la tutela judicial efectiva de sus intereses.

QUINTO. El derecho de separación del socio minoritario por no reparto de dividendos.

El Art. 348 bis LSC dispone lo siguiente:

*" 1. 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.*

El plazo para el ejercicio del **derecho de separación** será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas".

Su ejercicio, presupone la ruptura del vínculo contractual entre el socio y la sociedad por causas justificadas y requiere de la concurrencia de una serie de presupuestos, tal como recoge la SAP de BCN de 26 de marzo de 2015 . Concretamente:

" 1.-Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil".

La norma, por tanto, sólo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios.

2.-Que la junta general no haya acordado la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.

3 .-Que los beneficios sean legalmente repartibles.

Es decir, una vez deducidos los impuestos correspondientes y excluidas, en todo caso, las reservas legales y estatutarias. Sobre este particular, cabe citar la sentencia dictada por este mismo juzgado en fecha 25/9/2013 según la cual: *" Se podrán no repartir beneficios cuando se justifique en una limitación legal, como por ejemplo, en la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o estatutarias. El reparto de dividendos debe producirse en el momento en que la empresa ha hecho frente a todos sus gastos financieros y ha satisfecho los impuestos".*

4 .-Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos.

Le ley exige por tanto al socio que adopte un comportamiento activo: 1) Que acuda a la junta general (a sensu contrario, no puede ejercitar el **derecho de separación** el socio ausente) y 2) Que en el acta haga constar de manera clara, cuál es su postura y que está a favor de un reparto de dividendos superior al tercio de los beneficios legalmente repartibles.

En este sentido, SJM nº 9 de BCN; de 25 de setiembre de 2013:

" Se trata de una norma especial más restrictiva que la prevista como regla general en el art. 346 LSC, por lo que únicamente estarán legitimados para ejercitar la decisión unilateral de separación por falta de distribución de



dividendos los socios que hubieran votado a favor de la distribución de éstos o, en su caso, los que hubieran votado en contra de la retención, pues el sentido del voto cambiará según esté redactado el punto del orden del día. En el caso de que los administradores no incluyan en el orden del día la distribución de beneficios, sino que recojan el punto de que los beneficios repartibles sean destinados a reservas, será necesario que el socio que quiera ejercitar el art. 348 bis haya votado en contra del destino a reservas, dejando constancia en el acta de dicha voluntad disidente.

Deberán estar también legitimados los socios que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto. Sin embargo, deberán considerarse *no legitimados aquellos socios que no asistieron a la Junta General que adoptó el acuerdo en cuestión, los socios morosos en el pago de los desembolsos pendientes, los socios que se abstuvieron en la votación, los socios que votaron en blanco y los titulares de participaciones sociales o acciones sin voto* (teniendo en cuenta, para este último supuesto, los arts. 99.3 y 100.2 LSC).

5.- *Que comunique su voluntad de separarse en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta .*

Tanto la SJM de San Sebastián de 30 de marzo de 2015 como la SJM nº 9 de Barcelona, de 25 de septiembre de 2013 coinciden en que tal **derecho de separación** deberá ejercitarse por escrito, por cualquiera de los medios que acrediten su recepción y contenido, y dirigirlo a la sociedad, produciendo efectos desde el momento de la recepción, sin que se requiera la aceptación. Esta última resolución precisa, además, que una vez ejercitado el **derecho de separación**, es irrevocable lo cual no significa que el socio pierda en ese momento tal condición y los derechos que le son inherentes sino en el momento en el que la sociedad le pague el valor razonable de sus acciones o participaciones sociales.

6.- *Que no se trate de una sociedad cotizada .*

Llama la atención que el precepto excluya justamente a este tipo de sociedades cuando el art. 348 bis LSC se introdujo justamente para trasponer al ordenamiento jurídico español, la Directiva Comunitaria CE 2007/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, *sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas*. Quizás tal exclusión pueda obedecer a que los problemas por el no reparto de dividendos sean más propios o comunes de sociedades cerradas y familiares que de sociedades cotizadas, las cuales suelen tener una política de repartos de dividendos más clara, en general.

El nuevo proyecto de ley pretende ampliar incluso el ámbito subjetivo de esta excepción, no sólo a las sociedades cotizadas, sino también a las sociedades admitidas a cotización en un sistema multilateral de negociación, como podría ser el Mercado Alternativo Bursátil (MAB), al constituir un mecanismo alternativo para la inversión.

SEXTO. Aplicación al caso concreto

En este fundamento de derecho analizaré si concurren en este caso, cada uno de los requisitos anteriormente descritos:

" 1.-*Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil*".

No es controvertido que la sociedad MULTILINK SA se constituyó válidamente mediante escritura pública otorgada en el año 1989 y que consta debidamente inscrita desde entonces en el Registro Mercantil de Barcelona. Por tanto, se cumple.

" 2.-*Que la junta general no haya acordado la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo*".

No es un hecho controvertido que la junta general de socios celebrada el día 13 de marzo de 2017, acordó no repartir dividendos y destinar los beneficios obtenidos por la compañía durante el ejercicio 2015 por importe de 73.393,35 euros, a reservas voluntarias.

Ahora bien, el problema que se suscita es si en la medida en que las cuentas sometidas a aprobación de la junta general de 13 de marzo de 2017 no eran las del ejercicio anterior (2016) sino las del 2015, hemos de entender que no concurre el presupuesto objetivo y por tanto, no cabe reconocerle al socio su derecho a separarse de la compañía.

Si partiéramos de una interpretación literal y estricta del precepto, como hace la demandada, efectivamente nos llevaría a la conclusión que ella pregona. Sin embargo, no creo que sea ése el espíritu y finalidad de la norma y por ello, abogo por una interpretación teleológica del precepto. A mi entender, cuando el legislador estableció que el **derecho de separación** procedía cuando se aprobaban las cuentas anuales " *del ejercicio anterior*" era simplemente porque parte de la presunción de que las compañías cumplen con sus obligaciones contables en los plazos que marca la normativa societaria. De hecho, si incluyera cuentas anuales de ejercicios

anteriores sería tanto como legitimar reconocer como "normal" el incumplimiento por parte de una compañía de sus obligaciones contables, lo que no tiene sentido.

Lo importante es entender que el derecho separación del socio surge año a año, al aprobarse las cuentas anuales de cada ejercicio. Por tal razón, si una compañía incumple su obligación de formular y aprobar las cuentas anuales dentro del plazo legal, ello no puede redundar en perjuicio del socio ni privarle de los derechos que tiene reconocidos por ley. De lo contrario, se podría fomentar conductas abusivas por parte del órgano de administración de convocar juntas generales fuera de plazo, simplemente para eliminar el riesgo de que el socio minoritario ejercitara el **derecho de separación** para así tener libertad a la hora proponer cómo aplicar el resultado del ejercicio y no tener que pagarle al socio cantidad alguna por sus participaciones sociales o acciones.

Por todo ello, se cumple este segundo requisito en la medida en que era la primera vez que las cuentas anuales del ejercicio 2015 se sometían a deliberación de los socios.

3.-*Que los beneficios sean legalmente repartibles.*

Tampoco es un hecho discutido que los beneficios del 2015 se destinaron íntegramente a reservas voluntarias, una vez atendidas las obligaciones fiscales correspondientes y tener cubiertas las reservas legales.

4.-*Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos.*

Consta recogido en el acta de la junta que la socia Salvadora , a través de su representante, votó en contra de la propuesta de destinar a reservas voluntarias los beneficios obtenidos en el ejercicio 2015 y votó a favor de que se repartieran entre los socios vía dividendos.

5.-*Que comunique su voluntad de separarse en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta .*

De la documental obrante en autos se constata que la hoy actora remitió al órgano de administración una misiva el día 4 de abril de 2017 (por tanto, 22 días después de la celebración de la junta), en la que le manifestaba su voluntad de ejercitar el **derecho de separación** del art. 348 bis LSC, misiva que fue debidamente recepcionada por la compañía. Pese a ello, la compañía, mediante burofax de 19 de abril de 2017, no le reconoció tal derecho sobre la base de que las cuentas anuales aprobadas eran las del 2015 y no las del 2016, motivo que como ya hemos visto anteriormente, debe ser desestimado.

6.-*Que no se trate de una sociedad cotizada" .*

La compañía MULTILINK SA es una sociedad anónima pero que no cotiza en Bolsa ni en ningún mercado secundario.

En conclusión, concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos por el art. 348 bis LSC, lo que me lleva a estimar la demanda y a reconocer al actor su derecho a separarse de la compañía MULTILINK SA.

SÉPTIMO. Efectos del **derecho de separación .**

Por último, una vez reconocido el **derecho de separación** a favor de la actora, deben concretarse cuáles son los efectos derivados de tal pronunciamiento.

La SAP de 26 de marzo de 2015 determinó que ese **derecho de separación** se debería de hacer efectivo " conforme a lo dispuesto en los arts. 353 y ss LSC ", que es lo que recoge la actora en su demanda.

Si bien, tal redacción generó bastantes dudas interpretativas a la hora de ejecutar tal derecho para lograr su efectividad, por lo que trataré de solventar las mismas a fin de facilitar la posterior ejecución de esta sentencia, si procede.

El primero de los problemas que se planteó fue si el reconocer el **derecho de separación** es un pronunciamiento meramente declarativo/ constitutivo y por tanto, no susceptible de ejecución o si se puede solicitar la ejecución de la sentencia.

El AJM nº 9 de Barcelona, de 24 de noviembre de 2015, posteriormente confirmado por la sección 15ª de la AP de Barcelona, declaró que sí era susceptible de ejecución en la medida en que la satisfacción del socio no se alcanzaba solamente con el reconocimiento de su derecho a separarse sino también, con el reintegro del valor de sus acciones o participaciones. Por tanto, la sentencia no sólo contiene un pronunciamiento meramente declarativo sino también de condena a la sociedad a abonar al socio el valor razonable de sus participaciones sociales o acciones.

El segundo problema fue si esa remisión a los arts. 353 y ss de la LEC , significaba que las partes, ante la falta de acuerdo, debían acudir al registrador mercantil o bien, si podían solicitar la ejecución de la sentencia y que fuera el juzgado quien nombrara a un perito.



A mi entender, los arts. 353 y ss de la LSC están pensados para cuando el **derecho de separación** del socio no es un hecho discutido entre las partes pero sí la valoración de las acciones o participaciones sociales. En estos casos, las partes deberán acudir al registrador mercantil para que designe a un auditor de cuentas independiente para que emita un informe con una propuesta de valoración.

Ahora bien, cuando lo que está en pugna es el reconocimiento mismo del **derecho de separación**, hasta el punto que el socio se ve obligado a acudir a los tribunales para la defensa de sus legítimos intereses, si la sentencia que se dicta es estimatoria, la misma es susceptible de ejecución ante el mismo órgano judicial el cual deberá designar a un perito judicial que valore esas acciones o participaciones sociales. Tal solución es la que adopta la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 27 de julio de 2015, la cual, tras reconocer a la parte instante el derecho a separarse de la sociedad, condena a ésta a pagar a los actores " *el valor razonable de sus acciones, a determinar por acuerdo entre las partes en el periodo de ejecución voluntaria de la sentencia y, en su defecto, por el que se determine por un auditor nombrado por el juzgado, que deberá emitir su informe en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo, que podrá ser sometido a contradicción conforme a lo indicado, todo ello, sin especial pronunciamiento de las costas*". Por tanto, serán tales efectos los que se recojan en el fallo de esta resolución.

Por último, y a fin evitar futuros problemas de ejecución, para el cálculo del valor razonable de las participaciones sociales, tanto las partes como en su defecto, el perito, deberán fijarla a la fecha en la que el socio ejerció su **derecho de separación** (abril de 2017). No es procedente tomar como fecha de referencia para tal cálculo esta sentencia al no tener carácter constitutivo sino meramente declarativo pues se limita simplemente a reconocer que el actor ejerció legítimamente su **derecho de separación** en tiempo y forma.

OCTAVO . Costas

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394.1 LEC, no procede condenar en costas a la parte demandada por las dudas de derecho que se plantean en cuanto a la interpretación literal o teleológica del art. 348 bis LSC y los efectos derivados del reconocimiento de tal derecho.

Vistos los preceptos indicados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por Salvadora contra la compañía MULTILINK SA, sin condena en costas.

Declaro que Salvadora tiene derecho a separarse de la mercantil demandada MULTILINK SA, al amparo de lo dispuesto en el art. 348 bis LSC.

Condeno a MULTILINK SA a pagar a la actora el valor razonable de sus acciones, a determinar por acuerdo entre las partes en el periodo de ejecución voluntaria de la sentencia y, en su defecto, por el que se determine en fase de ejecución, por un auditor nombrado por el juzgado, que deberá emitir su informe en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo, informe que podrá ser sometido a contradicción de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y el modo de su impugnación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta sentencia cabe recurso de APELACIÓN a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 455 LEC, tras la reforma operada por la Ley 37/2011).

Para la impugnación de esta resolución será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitida a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la **Cuenta del Expediente** de este Juzgado abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número **5080/0000/00/número de autos/año**, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un **«Recurso» código 02 Civil-Apelación (50 €)**. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (disposición adicional 15ª de la LOPJ). Las instrucciones completas para la realización del ingreso constan en la página oficial del Ministerio de Justicia: www.mju.es.

Asimismo, será necesario acreditar el pago de la correspondiente tasa judicial estatal y autonómica.

Protección de datos : De acuerdo con lo establecido por la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, las partes quedan informadas y aceptan la incorporación de sus datos a los ficheros jurisdiccionales existentes en este Juzgado, donde se conservarán con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones que se deben cumplir obligatoriamente. *Su finalidad es llevar a cabo la tramitación del presente procedimiento judicial. El responsable del fichero es este Juzgado de lo Mercantil. Se advierte a las partes que*



los datos contenidos en las comunicaciones que se efectúen en este procedimiento y en la documentación que se adjunte son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ