



Roj: **SAP Z 1038/2018 - ECLI:ES:APZ:2018:1038**

Id Cendoj: **50297370052018100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **486/2018**

Nº de Resolución: **380/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1038/2018,**
STS 646/2021

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA SENTENCIA: 00380/2018

N10250DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 47 1 2017 0000657

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000486 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000309 /2017

Recurrente: DISEÑO DE MAQUINAS Y PROGRAMACION AUTOMATISMOS S.L.

Procurador: FERNANDO MAESTRE GUTIERREZ

Abogado: FRANCISCO GRACIA LATORRE

Recurrido: Romeo

Procurador: RICARDO MORENO ORTEGA

Abogado: ALFONSO R. POLO SORIANO

SENTENCIA nº 380/2018

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

MAGISTRADOS

D. JESUS IGNACIO PEREZ BURRIED

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

En Zaragoza, a diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. El Rey

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 309/2017, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de ZARAGOZA, a



los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 486/2018, en los que aparece como parte apelante-demandado, DISEÑO DE MAQUINAS Y PROGRAMACION AUTOMATISMOS S.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. FERNANDO MAESTRE GUTIERREZ, asistido por el Abogado D. FRANCISCO GRACIA LATORRE; como parte apelada-demandante, Romeo, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. RICARDO MORENO ORTEGA, asistido por el Abogado D. ALFONSO R. POLO SORIANO; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida de fecha 24-1-18 cuya parte dispositiva dice:

"Que estimando la demanda interpuesta por Romeo contra la Sociedad Diseño de Máquinas y Programación de Automatismos SL debo declarar y declaro el **derecho de separación** del demandante ex artículo 348 bis de la LSC con condena a la sociedad a pasar por dicha declaración y a amortizar o adquirir las participaciones de las que es titular el demandante, valorando su importe por perito auditor designado por el Registrador Mercantil.

Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado a la parte contraria, se opuso, elevándose los autos a esta Sala donde se registraron al nº de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 4 de mayo de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- El demandante, socio de la sociedad demandada, con un porcentaje del capital social del 33,29%, reclama la efectividad de su **derecho de separación** de la mercantil, por aplicación del Art. 348 bis L.S.C.. Entiende que se dan los requisitos de dicho precepto. Así, el 30 de junio de 2017 se celebró Junta General, aprobándose las cuentas anuales de los ejercicios 2013, 2014 y 2015.

En concreto, respecto a las cuentas de 2013, hubo beneficios. Sin embargo, se aprobó por mayoría destinarlos a reservas y no distribuir dividendos. A lo que el socio actor mostró expresamente su disconformidad.

Habiendo entrado de nuevo en vigor el art. 348 bis L.S.C., insta el **derecho de separación**.

SEGUNDO.- La demandada se opuso. Considera que debía de haber pedido expresamente distribución de dividendos. Y entiende que el citado precepto únicamente hace referencia a los resultados del "ejercicio anterior", 2015. No a los de 2013, que -obviamente- no lo era.

TERCERO.- En la Audiencia previa quedó fijada la cuestión litigiosa como meramente jurídica. Si el requisito de "ejercicio anterior" se refiere a la anualidad a la que haga referencia el Acuerdo de la Junta que niegue el reparto de beneficios o si puede referirse a cualquier ejercicio que sea objeto de decisión en la Junta de resultado negativo para la postura minoritaria.

CUARTO.- La sentencia de primera instancia considera que basta con el voto en contra del destino de beneficios a reservas para que pueda accionarse el **derecho de separación**. Y, en segundo lugar, la interpretación del concepto "último ejercicio" ha de referirse al aprobado en la Junta en la que aquello se decide, puesto que el reparto de dividendos precisa ineludiblemente un acuerdo de aprobación de cuentas (art. 164 LSC). Por lo que no habría ningún otro momento para instar esa separación. Ya que en 2013 y 2014, el citado precepto estaba en suspenso. Estima la demanda.

No impone costas, por las dudas jurídicas.

QUINTO.- Recurre la parte demandada. En esencia considera errónea la interpretación del precepto.

SEXTO.- En definitiva, la única cuestión debatida es esencialmente jurídica. La interpretación del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y ello respecto a un punto concreto: qué ha de entenderse por beneficios obtenidos durante el *ejercicio anterior*.

Así lo explicitó el juez a quo en la Audiencia Previa. No era objeto de decisión la existencia de un posible abuso de los socios mayoritarios; sino si "ejercicio anterior" hacía referencia a 2013 (todos aquellos cuyas cuentas se aprueban con el último Acuerdo) o sólo al ejercicio estrictamente anterior al de la fecha del Acuerdo de aprobación de cuentas. Es decir, 2016. O, en todo caso, 2015.



SÉPTIMO.- Como pedagógicamente expone la S.A.P. Barcelona, secc. 15, 26-3, es preciso realizar un acercamiento histórico y finalístico al precepto que nos ocupa.

Así, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital sólo contemplaba como causas de separación del socio las recogidas en el artículo 346, que guardan relación con modificaciones estatutarias que alteran sustancialmente el contrato social. Por tanto, frente a situaciones de abuso por parte de la mayoría que de forma reiterada se negaba a repartir beneficios, el socio minoritario sólo podía impugnar el acuerdo contrario al amparo del artículo 7.2º del Código Civil (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005).

Para poner remedio a esas situaciones de abuso o de opresión del socio minoritario, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, que entró en vigor el 2 de octubre de 2011, introduce en la Ley de Sociedades de Capital el artículo 348 bis, que reconoce por primera vez en nuestro Ordenamiento el derecho del socio a desvincularse de la sociedad cuando esta no acuerda el reparto de un tercio de sus beneficios. 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 a las decisiones reiteradas de la Junta General contrarias al reparto de dividendos.

OCTAVO.- Los presupuestos para el ejercicio de ese **derecho de separación**, son:

- 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.
- 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 durante el ejercicio anterior al acuerdo.
- Que los beneficios sean legalmente repartibles.
- Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos.
- Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta.
- Que no se trate de una sociedad cotizada.

NOVENO.- Ahora bien, dicho precepto estuvo en vigor desde el 2-10-2011 hasta el 23-6-2012. La ley 1/2012, 22-6 en su D. Transitoria, suspendió su aplicación hasta el 31-12-2014.

Pero, cuando iba a entrar en vigor, el Real Decreto ley 11/2014, 5-9, en su D. Final Primera amplió la suspensión hasta el 31-12-2016.

Lo que reitera la ley 9/2015, 25-5 (D.Final 1ª) de medidas urgentes en materia concursal.

Todo lo cual da idea de las dudas que acompañaron al legislador al regular esta modalidad o causa del "**Derecho de separación**" del socio minoritario, precisamente en una situación de crisis económica.

Es un precepto que trata de recuperar (según amplio sector doctrinal) la idea de lucro. Que los beneficios del ejercicio del objeto social han de repercutir en los socios; en todos. Pues esa es la finalidad última de una sociedad.

Por ello, con independencia de la decisión de la mayoría sobre el destino de los beneficiarios, este precepto busca evitar el abuso del socio mayoritario, permitiendo al minoritario separarse de la sociedad, obteniendo el valor de sus acciones o participaciones.

Y ello, porque a diferencia del Derecho alemán, nuestro ordenamiento no contempla de forma expresa la impugnación de los acuerdos por falta de reparto de beneficios. Esto obligaba a la jurisprudencia a acudir al expediente jurídico del "abuso de Derecho", ex Art 7 C.civil (Ss. T.S. 418/2005, 26-5, 125/2012, 20-3 y SAP Barcelona, secc. 15, 198/15, 27-7).

DECIMO.- Esta transitoriedad jurídica originó dudas también en la jurisprudencia, puesto que o bien el Acuerdo se producía en estado de suspensión del precepto o lo era el ejercicio del **derecho de separación**.

Mayoritariamente se entendía que había que estar a la vigencia o no del precepto en el momento del Acuerdo de aprobación de cuentas anuales y decisión de no repartir beneficios. (Ss. A.p. La Coruña, secc. 4ª 84/14, 21-3, Tenerife, secc. 4ª, 2-12-2015 y Barcelona secc. 15, 81/2015, 26-3).

UNDECIMO.- Es cierto que en este caso al adoptarse el Acuerdo (2017) volvía a estar en vigor el Art. 348 bis. Sin embargo, ni la literalidad, ni la teleología del precepto están pensando en la posibilidad de agrupar anualidades para que todas o alguna de ellas se vea inmersa en el contexto del precepto.



Hay que partir de la normalidad en el desenvolvimiento de la vida societaria. Y ésta no es otra, como dice el art. 164 L.S.C., que la periodicidad anual en la aprobación de cuentas (se llaman "anuales") y la aplicación del resultado.

Por eso, debió de haber sido en 2014 cuando se debía de haber ejercitado el **derecho de separación**, en atención a los resultados a 31-12-2013.

Pero, ni se hizo (pudiéndolo haber hecho mediante una convocatoria judicial o Registral, ex art. 169 L.S.C.), ni hubiera sido posible en ese momento hacer efectivo un derecho que estaba suspendido legalmente.

DUODECIMO.- Teleológicamente, los requisitos de beneficios sociales que permiten su distribución como beneficios, entre los socios, han de referirse al ejercicio anterior a aquel en que se acuerda, pues necesariamente ha de tenerse en cuenta la realidad económico-financiera inmediata de la sociedad.

No puede hacerse respecto a periodos anteriores a la última anualidad, puesto que la situación de bonanza ha podido desaparecer, del todo o parcialmente, a lo largo de sucesivos ejercicios. Con lo cual la razón del **derecho de separación** ni respondería al abuso de la mayoría, ni permitiría una valoración del capital social del socio separado acorde con la situación real de la sociedad en el momento del Acuerdo.

La anomalía de aprobar 3 anualidades en una puede ser objeto de otro tipo de reproches. Pero no es causa jurídica para aceptar esa interpretación extensiva del concepto de "*ejercicio anterior*" Llevando el argumento del actor hasta sus últimas consecuencias, nos conduciría hasta un **derecho de separación** "ad nutum" (sin causa). Lo que pudiera ser más razonable, pero aún ausente del Derecho positivo.

UNDECIMO.- Aunque la cuestión puede considerarse como jurídicamente no excesivamente clara, puede servir como elemento interpretativo de naturaleza integradora, la perspectiva de lege ferenda (trabajos preparatorios del Código Mercantil), que recoge en el art. 271 del Anteproyecto de ley (30-5-2014), la posibilidad de contemplar los beneficios obtenidos en los *dos ejercicios anteriores*.

Lo que corroboraría que la norma actualmente vigente sólo se refiere al "*ejercicio anterior*" en sentido estricto.

DUODECIMO.- Por todo lo expuesto, procede desestimar la demanda y estimar el recurso.

Sin embargo, las especiales circunstancias del caso y las dudas de Derecho, permiten no hacer condena en costas (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de "Diseño de Máquinas y Programación Automatismos, S.L.", debemos revocar la sentencia apelada. Desestimando la demanda y absolviendo a la parte demandada. Sin condena en costas en ninguna instancia. Devuélvase el depósito.

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

Remítanse los autos al juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.