



Roj: **SAP B 5779/2019 - ECLI:ES:APB:2019:5779**

Id Cendoj: **08019370152019100983**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **1179/2018**

Nº de Resolución: **1014/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer Barcelona, nº8, 01-03-2018,
SAP B 5779/2019**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120178002210

Recurso de apelación 1179/2018 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: **Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona**

Procedimiento de origen: **Procedimiento ordinario 455/2017**

SENTENCIA NUM. 1014/2019

MAGISTRADOS

JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO

Manuel Díaz Muyor

Barcelona, a 27 de mayo de 2019

APELANTES: MULTILINK, S.A.

Letrado: Juan Antonio Roger Gamir

Procurador: Fernando Bertrán Santamaría

APELADO: Ariadna

Letrado: Mónica Batalla Ripoll

Procurador: Faustino Igualador Peco

Actor: Ariadna

Demandado: MULTILINK, S.A.



Resolución apelada: Sentencia

Fecha: 1 de marzo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: " *Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por Ariadna contra la compañía MULTILINK, S.A. sin condena en costas.*

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

Condeno a MULTILINK, S.A. 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 "

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Admitida a trámite la actora se opuso al recurso.

TERCERO. Recibidos los autos en esta Sección de la Audiencia Provincial, comparecidas las partes y tras los trámites correspondientes, se señaló audiencia para votación y fallo el día 2 de mayo.

Es ponente Manuel Diaz Muyor.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Antecedentes relevantes.

La sociedad demandada, MULTILINK, S.A. aprobó las cuentas anuales del ejercicio 2015 el día 13 de marzo de 2017.

Tras celebrar dicha junta, la actora Sra. Ariadna , socia con una participación de un 15% del capital social, comunicó a la sociedad su decisión de ejercitar su derecho de separación, conforme al art. 348 bis LSC , solicitando la designación de un experto que procediera a fijar el valor de su paquete accionarial. Posteriormente desistió de dicho trámite registral e interpuso la demanda que da lugar a las presentes actuaciones, tras el rechazo de la sociedad a reconocerle tal derecho.

Ariadna adquirió estas acciones por donación de su padre, Gerardo , el día 21 de septiembre de 2015, que se valoraron en 15 3. 750 euros.

Gerardo fue miembro del consejo de administración de la sociedad hasta el día 2 de julio de 2015, en que comunicó a la sociedad su renuncia a seguir como consejero, a razón de las desavenencias que se venían dando entre los miembros del consejo. Previamente había vendido el grueso de su participación en la sociedad a otra mercantil por 800.000 euros, siendo el resto (15% del capital) el que se donó a su hija Ariadna .

SEGUNDO. Resolución recurrida y alegaciones en esta instancia.

La sentencia de instancia da lugar a la estimación de la demanda, entiende que concurren los presupuestos para ejercer el derecho de separación del art. 348 bis LSC , conforme a la norma que se entiende aplicable en el momento en que se ejercitó el derecho por la actora, y rechaza que se trate de un supuesto abusivo o de mala fe por su parte.

Recorre la demandada reiterando las mismas alegaciones que en su oposición a la demanda, es decir, incorrecta aplicación temporal de la norma correspondiente, así como ejercicio de mala fe del derecho de separación.

TERCERO. Sobre la aplicación temporal del derecho de separación por no reparto de dividendos.

El reconocimiento legal de un derecho de separación en los casos de falta de reparto de dividendos se introduce en nuestro ordenamiento con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por 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/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. La finalidad de la norma era proteger al socio que, ante una situación reiterada de negativa al reparto de beneficios, cuando la misma es legalmente posible, esta no se daba por decisión de la junta, de forma que este socio, ante la ausencia de mercado líquido para su desinversión, no puede obtener rendimiento alguno de la misma.



La norma tuvo la siguiente redacción: " *Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.: 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.2. 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.3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas* ".

La norma entró en vigor, con arreglo a las normas generales de vigencia de la norma, desde el 2 de octubre de 2011, aunque como destaca la doctrina, poco antes del final del plazo para la obligatoria celebración de las primeras juntas ordinarias posteriores a su entrada en vigor, se aprobó que quedase en suspenso por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, hasta el 31 de diciembre de 2014. La situación se prolongó dos veces más, (con el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y con la Ley 9/2015, de 25 de mayo), retomando el precepto su vigencia a partir del 31 de diciembre de 2016. Posteriormente, como es sabido, ha sido objeto de reforma por el art. 2.6 de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, modificación que entró en vigor para las juntas generales que se celebren a partir del 30 de diciembre de 2018.

En consecuencia, pese a lo argumentado por la parte recurrente, no existe error alguno en la sentencia de instancia en relación a la norma aplicada y sobre su vigencia temporal. Cuando se celebró la junta donde se aprobaron las cuentas en razón a las cuales la actora ejercitó su derecho de separación conforme al art. 348 bis LCS, la actora tenía cobertura legal para ejercer este derecho, sin que deba tenerse en cuenta que las cuentas y el beneficio que se pretendía obtener por la demandante eran referidos al ejercicio 2015. En este materia la norma no efectúa distinción alguna a los ejercicios sobre los que puede aplicarse, y menos aun cuando además, la sociedad, en este caso, procedió a la aprobación de estas cuentas anuales (2015) un año después del plazo legalmente establecido para ello, sin ofrecer justificación alguna del motivo de dicho retraso, circunstancia que también impide que podamos aceptar, salvo otra explicación, una interpretación que favorezca al infractor del incumplimiento de los deberes que en materia de formulación y aprobación de cuentas anuales le vienen impuestas por la LSC, en detrimento del accionista que pretende percibir sus beneficios.

En definitiva, rechazamos que el derecho de separación del art. 348 bis LSC pueda tener aplicación sobre unos determinados ejercicios contables y sobre otros no, ya que este derecho opera con independencia del ejercicio sobre el que se pretendan aprobar las cuentas, siendo suficiente que se den los requisitos que contempla la norma, sin que resulte, para ejercicios contables cuyas cuentas anuales se formulan y aprueban con retraso, que el socio, para ejercitar el derecho de separación deba acudir -ante la morosidad de la sociedad en la formulación y aprobación de las cuentas- al procedimiento de convocatoria judicial de junta, previsto en el art. 117 y ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, inactividad que no supone la infracción de obligación o deber alguno del socio ni genera preclusión o pérdida de ninguno de los derechos que la LSC otorga a los socios.

CUARTO. Sobre la mala fe de la actora al ejercitar el derecho de separación.

Cuestiona también la parte recurrente que la sentencia de instancia haya omitido algunos datos que, en su opinión, son indiciarios de un ejercicio abusivo de su derecho por parte de la Sra. Ariadna de su derecho de separación. El primero de ellos es el escaso periodo de tiempo que la actora lleva como socia de la demandada.

Como se ha dicho, la actora recibió las acciones de las cuales es titular por donación de su padre Gerardo, socio y miembro del consejo de administración de MULTILINK, S.A., que previamente había vendido a un tercero la mayor parte de su participación, todo ello en el contexto de ciertas desavenencias con otro sector de integrantes de la sociedad.

A la actora se le imputa una denominada "desafectio" (así lo expresa la recurrente) que se traduce en su comportamiento en la junta de 2017, al ejercitar sus derechos, y en particular el derecho de información, que la demandada entiende, sin mayores aclaraciones, como abusivo y en perjuicio de la sociedad

Añade además, que este comportamiento no se justifica tampoco por la necesidad de rentabilizar su actuación como accionistas, ya que recibió las acciones de forma gratuita. Tampoco estamos ante un argumento suficiente, pues los motivos que pueden llevar a la accionista a abandonar la sociedad son irrelevantes y la sociedad no ha acreditado que el ejercicio de este derecho le suponga un perjuicio o inconveniente más allá de las consecuencias que la LSC anuda a todo supuesto de separación del socio, en definitiva, al pago del valor de las acciones, su amortización y la correspondiente reducción de capital.



Irrelevante consideramos también que se pretenda deducir la mala fe de la actora el escaso tiempo de permanencia en la sociedad, pues entiende la actora que en tan poco tiempo no ha podido ser víctima de una reserva abusiva de dividendos, y que solo aceptó las acciones como medio para entorpecer la vida societaria. Tal afirmación resulta contradictoria con el derecho que se ejerce, el derecho de separación, de forma que la actora únicamente pretende lo contrario, desvincularse de forma definitiva de la sociedad. De esta forma, recupera el valor de beneficios no repartidos, con independencia de que estos se fueran acumulando durante el periodo en que fue su padre el socio o cuando lo fue la hija, pues en realidad son beneficios anudados a su participación en la sociedad, sea la del padre o posteriormente la de la hija, ya que es la titularidad de las acciones la que otorga los derechos en cada momento a los socios.

Por todo ello, debemos desestimar el recurso de la demandada MULTILINK, S.A.

QUINTO. Costas.

Dada la desestimación del recurso deben imponerse las costas a la parte recurrente, conforme al art. 398 LEC .

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por MULTILINK, S.A. contra la sentencia de fecha 1 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Mercantil 8 de Barcelona en procedimiento ordinario nº 455/2017, que se confirma, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.