



Roj: **SAP B 3118/2020 - ECLI:ES:APB:2020:3118**

Id Cendoj: **08019370152020100714**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **18/05/2020**

Nº de Recurso: **250/2020**

Nº de Resolución: **824/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120188000403

Recurso de apelación 250/2020-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Materia mercantil art. 249.1.4) 49/2018

Parte recurrente/Solicitante: FEIXAS SANT FELIU, S.L.

Procurador/a: Marta Pradera Rivero

Abogado/a: Ana Colorado Arroyo

Parte recurrida: Magdalena

Procurador/a: Carlos Montero Reiter

Abogado/a: Valeri Montseny Medalla

Cuestiones.- Derecho de separación del artículo 348 bis de la LSC. Presupuestos. Valoración del experto.

SENTENCIA núm. 824/2020

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON MANUEL DÍAZ MUYOR

En Barcelona a dieciocho de mayo de dos mil veinte.

Parte apelante: Feixas Sant Feliu S.L.

Parte apelada: Magdalena

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 9 de enero de 2019

-Demandante: Magdalena



-Demandada: Feixas Sant Feliu S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales don Carlos Montero Reiter, actuando en nombre y representación de doña Magdalena, condenando a la sociedad Feixas Sant Feliu S.L. a abonar a la actora la cantidad de 282.033 euros, más los intereses legales y costas del proceso."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. La parte actora presentó escrito de oposición al recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 16 de abril de 2020.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La demandante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en su redacción vigente en abril de 2017), interpuso demanda en reclamación del valor razonable de su participación en la sociedad demandada tras haber ejercitado el derecho de separación por falta de reparto de dividendos. Para contextualizar la controversia, partiremos de la siguiente relación de hechos no controvertidos:

1º) La sociedad demandada Feixas Sant Feliu S.L. (en adelante FSF) se constituyó el 14 de mayo de 2002 por los socios, por entonces consortes, Magdalena (demandante) y Octavio. El capital social se estableció en 3.006 euros, que fue desembolsado con cargo a una cuenta corriente titularidad en exclusiva de Octavio (documento dos de la contestación). El capital se repartió de la siguiente manera: La Sra. Magdalena 1006 participaciones, que representan el 33,47% del capital social, y el Sr. Octavio 2000 participaciones (el 66,53% del capital social).

2º) FSF es una sociedad de carácter patrimonial constituida con la finalidad de agrupar y gestionar el patrimonio de los Sres. Octavio y Magdalena. Cuenta con dos locales comerciales en Barcelona y una vivienda tipo dúplex con dos plazas de aparcamiento en la localidad de Sant Feliu de Llobregat, que constituyó el domicilio conyugal del matrimonio formado por los dos socios hasta su separación (y posterior divorcio) en diciembre de 2013. La administración única de la compañía la ha venido ejerciendo en todo momento Octavio.

3º) En Junta General de socios celebrada el 4 de abril de 2017 se aprobaron, con el voto a favor del Sr. Octavio, las cuentas anuales del ejercicio 2016, que reflejan un resultado positivo de 15.454,06 euros, que se destinó íntegramente a reservas. En la junta la demandante solicitó que se repartieran los beneficios como dividendos y, tras el acuerdo contrario, manifestó que ejercía el derecho de separación del artículo 348 bis de la LSC y solicitó que se le reembolsara el valor razonable de sus 1.006 participaciones, que estimó en la cantidad global de 219.632 euros (documento dos de la demanda).

4º) Tras el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado, la Junta aprobó, con el voto a favor del Sr. Octavio, una ampliación de capital por compensación de crédito de 46.000 euros. El crédito a compensar figuraba en las cuentas anuales de la compañía a favor del Sr. Octavio (en total ascendía a 47.799,62 euros). Como consecuencia de la ampliación, el capital pasó a estar repartido de la siguiente manera: 97,96% del Sr. Octavio y 2,05% de la Sra. Magdalena (documento 22 de la demanda).

5º) El día 11 de mayo de 2017 se celebra Junta General de Socios en la que se acuerda distribuir con cargo a reservas voluntarias la cantidad de 5.500 euros en concepto de dividendos, suma que representa más de un tercio del beneficio social. El 15 de diciembre de 2017 la compañía transfiere a una cuenta de la demandante 112,92 euros (el 2,05% del total repartido como dividendos).

6º) Ejercido el derecho de separación por la demandante el 4 de abril de 2017, el día 24 del mismo mes esta solicitó del Registro Mercantil el nombramiento de experto independiente para que fijara el valor razonable de su participación en FSF (documento 27 de la contestación). El 22 de junio de 2017 el Registrador estima la solicitud y designa como experto independiente a la entidad auditora ACUADIT. FSF, representada por el Sr. Octavio, presentó recurso de alzada, que fue rechazado por resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 2017 (documento 30).



7º) El 13 de noviembre de 2017 el Sr. Octavio , como administrador de la compañía, convocó a los socios a Junta con el fin de determinar el modo en que debía abonarse la provisión de fondos solicitada por el experto independiente, proponiendo que se abonara a prorrata entre los socios. Pese a la convocatoria, la demandante decidió adelantar el importe de la provisión (4.840 euros). Finalmente, el experto valoró la participación de la demandante en 277.193 euros, esto es, 275,54 euros cada una de las participaciones (documento nueve de la demanda).

8º) FSF ha obtenido beneficios en todos sus ejercicios desde su constitución en el año 2002. Nunca ha repartido dividendos y ninguno de los socios los ha reclamado hasta el ejercicio 2014. En la junta general celebrada el 4 de noviembre de 2016, la actora reclamó que se repartieran los beneficios (26.184,82 euros en el ejercicio 2015) y volvió a hacerlo en la junta de 4 de abril de 2017 (respecto del ejercicio 2016), en la que ejercitó el derecho de separación.

2. La demandante, tras alegar que había ejercido en legal forma el derecho de separación, reclamó de la sociedad demandada el valor razonable de su participación en FSF, en la cantidad fijada por el experto independiente (277.193 euros) y el pago de los honorarios de este (4.840 euros), cuyo abono corresponde a la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355.1º de la LSC.

3. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la actora no tenía derecho de separación. Sostuvo que la sociedad no se constituyó para repartir beneficios, sino con la finalidad de detentar y gestionar el patrimonio conyugal. De ahí que, pese a que FSF obtuvo beneficios en todos sus ejercicios, ninguno de los socios los reclamó. Además, tenía problemas de tesorería en determinadas épocas, que se solventaban con aportaciones del Sr. Octavio , lo que impedía el reparto de dividendos. Por otro lado, para el caso de que se estimara que el derecho de separación se había ejercitado en legal forma, formuló reconvencción (con carácter subsidiario), al entender que el informe del experto independiente incurre en errores de valoración, que se detallan en el informe pericial emitido por Juan Antonio , de HISPANIA ALFA COMPLETENESS S.L. (documento 55 de la demanda reconvenccional).

SEGUNDO.- De la sentencia, el recurso y la oposición.

4. La sentencia estima íntegramente la demanda y desestima la reconvencción. Según el juez de instancia, concurren en el presente caso todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que la demandante es acreedora del valor razonable de su participación. De los dos informes periciales (el del experto independiente y el aportado por la demandada), la sentencia otorga mayor crédito al primero. De igual modo, en cuanto a los honorarios del experto independiente, la sentencia concluye que corresponde a la sociedad abonarlos por imperativo del artículo 355 de la LSC.

5. La sentencia es recurrida por la demandada. Tras alegar errónea valoración de la prueba, el recurrente insiste en que la demandante no tiene derecho de separación, atendida la finalidad con la que se constituyó la sociedad, el modo en el que ha venido funcionando, su situación financiera y los objetivos perseguidos por la compañía desde su constitución. Reitera, por otro lado, los errores cometidos por el experto independiente y la improcedencia de su valoración.

6. La parte actora se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia apelada por sus propios fundamentos.

TERCERO.- Sobre el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. Valoración del tribunal.

7. El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción aplicable al caso y vigente en el momento en que se ejercitó el derecho de separación, 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.

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."

8. En nuestra Sentencia de 26 de marzo de 2015 (Rollo 175-2014) analizamos extensamente los presupuestos del derecho de separación por falta de distribución de dividendos, derecho introducido en nuestro Ordenamiento por la Ley 15/2011, de 1 de agosto, en protección del socio minoritario y frente a situaciones de abuso por parte de la mayoría que rechaza repartir dividendos. Esos presupuestos son los siguiente:



- 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.

9. En este caso, de los distintos requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la LSC, no se cuestiona que la sociedad lleva inscrita en el Registro Mercantil más de cinco años, que la junta general no acordó la distribución de dividendos, que la demandante votó en contra del acuerdo y que el derecho se ejerció en plazo. Tampoco se pone en duda que los beneficios obtenidos en el ejercicio 2016 ascendieron a 15.454,06 euros. La recurrente, por el contrario, considera que los beneficios no son repartibles y, en términos más generales, que la actora no tiene derecho de separación, todo ello en atención a las circunstancias específicas que concurren en la sociedad. Alega la demandada que la sociedad no se constituyó para obtener y repartir beneficios, sino para la gestión del patrimonio familiar; que de hecho no ha repartido dividendos desde su constitución en el año 2002, sin que la actora los reclamara; que pese a obtener beneficios en los distintos ejercicios, la sociedad tenía dificultades de tesorería que, de un lado, obligaba al Sr. Octavio a realizar aportaciones puntuales y, de otro, impedían distribuir dividendos entre los socios; y, en definitiva, que no nos hallamos ante un socio minoritario oprimido por la mayoría y que es la actora la que está yendo contra sus propios actos.

10. No podemos acoger los argumentos de la recurrente. Cuando el artículo 348 bis exige que los beneficios sean "*legalmente repartibles*", se está refiriendo, en términos generales, a la necesidad de que se cumplan los requisitos exigidos en los artículos 273, 275 y 277 de la LSC en materia de reparto de dividendos y anticipos a cuenta, que buscan mantener unos ratios de cobertura del patrimonio neto en relación con el capital social. En este caso no se cuestiona que todas las atenciones previstas en la ley o en los estatutos estaban cubiertas y que el valor del patrimonio neto no quedaba comprometido a consecuencia del reparto del tercio legal. Las situaciones puntuales de falta de liquidez tampoco justifican que no se repartieran dividendos, cuando no es controvertido que la sociedad, que tiene buena parte de sus bienes arrendados, ha venido obteniendo beneficios de forma recurrente desde su constitución. No consta, en definitiva, que concurriera alguna de las situaciones contempladas en los preceptos citados que obligara a la compañía a destinar íntegramente el beneficio a reservas.

11. El hecho de que nunca se repartieran beneficios, con la aquiescencia de ambos socios, tampoco es un argumento válido, cuando las circunstancias cambiaron por completo a raíz de la separación y el posterior divorcio de los dos socios. No es posible aplicar la doctrina de los actos propios y del abuso de derecho, como sostiene el recurso, cuando los escenarios son diametralmente distintos.

12. No es relevante el que los 1.006 euros desembolsados por la actora en el momento de constituirse la sociedad se transfirieran de una cuenta del Sr. Octavio. No se ha puesto en duda la participación de la demandante en la sociedad, como tampoco se ha discutido el crédito de aquél frente a FSF, que motivó una ampliación de capital mediante una compensación de créditos, posterior al ejercicio del derecho de separación, que dejó reducida formalmente la participación de la actora en la compañía en el 2% del capital social.

13. Por lo expuesto, estimamos, al igual que la sentencia apelada, que el derecho de separación se ejerció correctamente y que la demandante tiene derecho a ser resarcida con el valor razonable de su participación social.

CUARTO.- Sobre el valor razonable de la participación de la demandante.

14. Insiste el recurso en que la valoración de FSF efectuada por ACUADIT incurre en errores manifiestos que deben ser corregidos, errores que inciden en el método de valoración, en la estimación de los ingresos obtenidos por la sociedad y en el cálculo del valor residual actualizado.

15. ACUADIT, entidad de auditoría designada como experto independiente por el Registro Mercantil, valora la sociedad FSF en 828.273 euros y, en consecuencia, cifra en 275,54 euros el valor de cada una de las 3006 participaciones sociales (el informe se acompaña a la demanda como documento nueve). El informe, tras detallar la documentación tomada en consideración por el experto, señala que la sociedad se dedica a la tenencia y explotación en régimen de alquiler de los inmuebles que integraban el patrimonio común de los socios. Los dos locales comerciales están arrendados a una sociedad del Sr. Octavio (LOUIS ARMAND OPTICS



S.L.), que explota como ópticas. La vivienda, junto con las dos plazas de aparcamiento, constituyó el domicilio conyugal de los dos socios y actualmente es ocupada por el Sr. Octavio . A partir de ahí, el experto valora, por un lado, el negocio operativo en alquiler por el método de flujo libre de caja (rentas netas que se genera, menos gastos de explotación y financiero) y, de otro lado, los activos y pasivos no afectos al negocio operativo (la vivienda y las dos plazas de aparcamiento), que son valorados por el método de activo neto real (valor de venta menos deuda hipotecaria pendiente de pago).

16. El recurso objeta la valoración del experto apoyándose en el informe pericial de ALFACOMPLETENESS (documento 55 de la contestación), elaborado por el perito Juan Antonio . Alega, en primer lugar, que no ha tenido en cuenta gastos ordinarios de explotación que venían siendo desembolsados por FSF, que valora en una cantidad que oscila entre 8.564 euros y 12.435 euros. Sin embargo, desconocemos de dónde salen esas cantidades, cuando en el informe de ACUADIT se indican con claridad (páginas 14 y 15), a partir de las cuentas de explotación, los ingresos y gastos de los locales afectos destinados al negocio de óptica que desarrolla el Sr. Octavio . Lógicamente, teniendo en cuenta el método seguido por el experto independiente, no se pueden tener en cuenta, a estos efectos, los gastos derivados de la vivienda y las plazas de aparcamiento. En segundo lugar, la recurrente cuestiona los ingresos obtenidos por el alquiler de los locales, dado que a partir del año 2018 se procedió a una reducción de la renta abonada por la arrendataria que no ha tenido en consideración el experto independiente (en concreto, la reducción del precio del alquiler oscila entre el 43,97% y el 56,60%). Sin embargo, estimamos que hay que estar a las rentas efectivamente abonadas hasta el año 2018 y no a la fijada unilateralmente por el Sr. Octavio tras surgir el conflicto entre los socios. Por último, el informe de ALFACOMPLETENESS, al que se remite el recurso, considera erróneo el cálculo de valor residual actualizado, pues considera que debió utilizarse una fórmula matemática distinta. Ahora bien, no justifica de ningún modo por qué la fórmula que propone es la adecuada.

17. Además, con los parámetros tomados en consideración por la pericial de la demandada, los dos locales afectos al negocio de óptica estarían valorados en 113.753,78 euros, cuando ambos inmuebles suman 369 m² y están situados en zonas comerciales conocidas de esta ciudad (en la Avda. Madrid y en la calle Clot). Se trata de una cantidad a todas luces irrisoria, que no podemos aceptar, cuando, tal y como se aduce por la actora, aplicados los valores ponderados publicados por la sociedad de tasación TINSA, el precio de venta de ambos locales ascendería a 690.000 euros (anexo al documento seis de la contestación a la reconvención). Tratándose de una sociedad patrimonial, no se puede desprestigiar el precio de venta de los propios locales para contrastar el resultado del método de flujo de caja seguido para determinar su valor. Y estimamos más ajustada a la realidad la valoración establecida por el experto independiente que la estimada en el informe pericial de la demandada.

18. Por lo expuesto, debemos confirmar el valor razonable de la participación fijada por el experto independiente y que ha sido acogida por la sentencia apelada.

19. Por otro lado, el recurso no cuestiona que los honorarios del experto independiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 363 del RRM, deban ser soportados por la sociedad. Entiende, sin embargo, que en este caso y atendidos los errores cometidos por ACUADIT, no pueden ser repercutidos a la demandada. Por tanto, en la medida que hemos estimado acertada la valoración del experto independiente, debemos desestimar también este motivo de impugnación.

En consecuencia, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia apelada.

QUINTO.- Costas procesales.

20. Al desestimarse el recurso, se imponen las costas al recurrente (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No apreciamos dudas de derecho que nos lleven a apartarnos del criterio objetivo del vencimiento contemplado en el artículo 394 de la LEC.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Feixas Sant Feliu S.L. contra la sentencia de 9 de enero de 2019, que confirmamos, con imposición de las costas al recurrente y pérdida del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer, recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación. **El cómputo del plazo se realizará de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 del RDLey 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de**



Justicia, esto es, el cómputo se iniciará en el momento en el que se alce la suspensión y quedará ampliado por un plazo igual al previsto, en el caso de que la notificación se haya realizado antes del referido alzamiento o durante los veinte días siguientes al mismo.

Remítanse los autos 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ