

# EDJ 2014/303118 SJDO. MERCANTIL PALMA DE MALLORCA NÚM 2, DE 30 JUNIO DE 2014

## Texto

---

Jdo. de lo Mercantil Palma de Mallorca núm 2, S 30-06-2014, nº 191/2014, rec. 19/2012, nº autos 19/2012

**Procedimiento:** Primera instancia

**Sentido del fallo:** Estimación

**PTE.:** Romero Medel, Fernando

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO :

Dña. M<sup>a</sup> Antonia Ventayol Autonell, en la representación antedicha, interpuso ante este juzgado, el día 19 de Enero de 2012, demanda de Juicio Ordinario contra ISLEÑA RECURSOS S.L., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que se declare el derecho de separación de la sociedad de D<sup>a</sup>. María Milagros, D. Eleuterio, D. Gines, D<sup>a</sup>. Cecilia y D<sup>a</sup>. Florinda ejercitado el día 14 de Diciembre de 2011. Y haga estar y pasar a la demandada por las anteriores declaraciones y condene en costas a la demandada.

#### SEGUNDO :

Admitida a trámite la demanda, por Decreto de 24 de enero de 2012, se procedió a emplazar a la demandada para que compareciese y formulase contestación a la misma, lo que hizo mediante escrito de 12 de marzo de 2012. La parte demandada tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso terminó solicitando que se dicte sentencia en la que:

A. Se desestime íntegramente la demanda instaudora de esta litis en todos sus pedimentos.

B. Se impongan las costas a la parte actora con expresa declaración de temeridad.

#### TERCERO :

Convocadas las partes al acto de la audiencia previa al juicio, ésta tuvo lugar el 19 de febrero de 2013, con el resultado que obra en autos. Tras ello se convocó a la celebración del juicio a las partes, el cual tuvo lugar el 23 de Junio de 2014. Al mismo comparecieron las partes en legal forma, procediéndose a practicar las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos, tras lo cual el juicio quedó visto para sentencia.

#### CUARTO :

En la tramitación de los autos se han cumplido todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

## PRIMERO:

Para resolver este pleito es necesario analizar dos cuestiones. La primera de estas cuestiones es si existe o no el **derecho de separación de la sociedad** demandada que los actores ejercitaron amparándose en el [artículo 348 bis TRLSC \(EDL 2010/112805\)](#). Y la segunda cuestión es si, en el caso de que existiera dicho derecho, éste se ha ejercitado correctamente por los actores o por el contrario con mala fe como alega la parte demandada.

Para abordar la primera cuestión debemos analizar previamente el [artículo 348 bis TRLSC \(EDL 2010/112805\)](#), y para ello nos vamos a servir de la Sentencia de 21 de Junio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº 1, en la que se hace el siguiente análisis de dicho precepto:

El [artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) establece:

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.

A la hora de analizar el precepto transcrito, debemos examinar los siguientes puntos: introducción en el ordenamiento jurídico español y su periodo de vigencia, requisitos y ejercicio del derecho de separación.

En primer lugar, la [ley 25/2011, de 1 de agosto \(EDL 2011/152628\)](#), de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la [Directiva 2006/37/CE, del Parlamento \(EDL 2006/24254\)](#) europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo el [art. 348 LSC \(EDL 2010/112805\)](#), el cual regula una nueva causa para el ejercicio del derecho de separación, en concreto, el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. Dicho precepto entró en vigor el día 2 de octubre de 2011.

[Ley 1/2012, de 22 de junio \(EDL 2012/114833\)](#), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, en su artículo Primero adicionó en la LSC una disposición transitoria nueva por medio de la cual decretó la suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2014, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis. La citada ley de simplificación fue publicada en el BOE el día 23-6-2012, entrando en vigor al día siguiente.

Por tanto, el citado art. 348 bis estuvo vigente desde el día 2 de octubre de 2011 hasta el día 23 de junio de 2012.

En segundo lugar, los requisitos exigidos por el mencionado precepto pueden ser sistematizados del siguiente modo, según recoge la doctrina científica:

- a) Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil.

Será necesario que hayan transcurrido cinco ejercicios a partir de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Afectará a todas las sociedades capitalistas no cotizadas ya estuvieran constituidas a la entrada en vigor del precepto ya sean nuevas, según podemos deducir de la literalidad del precepto y de la ausencia de disposiciones transitorias. La duda de este requisito surge de la expresión "a partir del quinto ejercicio". Entiendo que la citada locución incluye el quinto ejercicio y se refiere en concreto a los resultados del quinto ejercicio (la decisión de su distribución se deberá adoptar en el sexto ejercicio), según se desprende de su interpretación gramatical.

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

Se trata de una norma especial más restrictiva que la prevista como regla general en el [art.346 LSC \(EDL 2010/112805\)](#), 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 cambiara 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](#)).

c) Que la junta general no acuerde un reparto de dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior.

A la hora de interpretar la expresión "beneficios propios de la explotación del objeto social" debemos acudir a la mens legislatoris que ofreció la justificación siguiente sobre el indicado precepto: " El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», de 2002 (art. 150 ), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo ese derecho. La falta de distribución de dividendos no solo 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. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.

De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión «beneficios propios de la explotación» del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del [art. 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital \(EDL 2010/112805\)](#)."

El legislador expresamente ha querido excluir de los dividendos repartibles las plusvalías derivadas de la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo y relacionar el art. 348 bis con el [art. 128.1 ambos LSC \(EDL 2010/112805\)](#). Este último precepto se refiere al usufructo de acciones y participaciones y excluye, según la doctrina científica, los beneficios extraordinarios o atípicos.

Entiendo, por tanto, que la indicada expresión se refiere a la actividad ordinaria de la sociedad y que excluye, entre otros supuestos, los beneficios extraordinarios, las plusvalías susceptibles de ser reflejadas en la contabilidad.

d) Que los beneficios sean legalmente repartibles.

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.

En tercer lugar, el ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos engloba tres apartados, a saber:

a) El plazo para su ejercicio comienza a computarse desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta General ordinaria de socios en la que se hubiera adoptado el acuerdo en cuestión. El art. 348.2 bis recoge una norma especial en relación a la norma general del art. 348.2 ambos preceptos de la LSC.

b) El modo de ejercicio será mediante una comunicación por escrito, dejando libertad al socio para escoger cualquiera de los medios a su alcance para comunicarse con la sociedad, bien por carta bien por medio electrónico que permita acreditar la realización del envío. Deberá ir dirigido a la sociedad, produciendo efectos desde el momento de la recepción, sin que se requiera la aceptación.

c) Los efectos del ejercicio del derecho de separación son los previstos para el procedimiento común de separación y exclusión de socios. Según el mismo, en primer lugar, se procederá a una valoración consensuada de las acciones o de las participaciones sociales por la sociedad y el socio. En caso de no existir un acuerdo satisfactorio para las partes, será un auditor de cuentas ajeno a la sociedad y nombrado por el registrador mercantil a solicitud de cualquiera de las partes, quien determinara el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones.

## SEGUNDO :

Una vez desglosados los requisitos que tienen que concurrir para que proceda el ejercicio del derecho de separación en base al [artículo 348 bis TRLSC \(EDL 2010/112805\)](#) vamos a ir analizando si en nuestro caso concreto se dieron todos y cada uno de dichos requisitos.

En cuanto al primero de ellos, es decir, que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil, es obvio que este requisito concurre puesto que tal y como se recoge en la página 4 del documento 2 de la demanda la sociedad demandada se inscribió en el Registro Mercantil el 4 de julio del año 2000.

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos, que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos, en este caso también consta en las actuaciones que los demandantes votaron en la Junta General a favor de la distribución de dividendos, ya que en el acta de la Junta General celebrada el 24 de noviembre de 2011 y que se acompaña con la demanda como documento nº 4 se puede leer " Seguidamente, se propone por parte de los Sres. Florinda Eleuterio Gines Cecilia y María Milagros, que los beneficios ordinarios del ejercicio se repartan en forma de dividendos, una vez atendida la dotación a reserva legal, es decir, que los beneficios repartibles ordinarios, se repartan; se somete a votación de la junta dicha propuesta y no es aprobada, al votar en contra los socios - presentes y representados- que en junto representan el 85'497 de la cifra del capital social y votan a favor de la propuesta los socios Sres. Eleuterio Gines Cecilia Florinda y María Milagros - presentes y representados- que en junto representan el 13'00 de la cifra del capital social." .

Con respecto al tercer requisito, que la junta general no acuerde un reparto de dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior, en nuestro caso este requisito también concurre puesto que también en el mismo documento 4 de la demanda se lee " Se procede seguidamente a la votación de la aplicación del resultado del ejercicio 2010, siendo la propuesta de los administradores la de dotar a la cuenta de reservas voluntarias, el resultado del ejercicio y es aprobada por la junta la propuesta de los administradores de dotar a la cuenta de reservas voluntarias el resultado del ejercicio al votar a favor los socios -presentes y representados- que en junto representan el 85'497 de la cifra del capital social y votan en contra los socios Sres. Florinda Eleuterio Gines Cecilia y María Milagros -presentes y representados- que en junto representan el 13'00 de la cifra del capital social." .

En relación al cuarto requisito, que los beneficios sean legalmente repartibles, también se da en el caso concreto que estamos analizando ya que como pone de manifiesto el apartado 10 de la memoria de las cuentas anuales de 2010 que se acompaña como anexo del documento 4 de la demanda " la dotación de las reservas voluntarias es libre, como su propio nombre indica. Una vez que se han cubierto todas las atenciones legales, se ha decidido no repartir el resto de beneficio y dotar estas reservas. Los recursos así generados se podrán aplica a la adquisición de más inmovilizado, más existencias, en definitiva, a ampliar el poder económico de la empresa."

Asimismo también se cumplen en nuestro caso las exigencias de comunicación por escrito a la sociedad, en este caso por conducto notarial (documento 10 de la demanda), y en el plazo de un mes desde la celebración de la Junta General, el anterior acta notarial es de 14 de diciembre de 2011 y la Junta General se celebró el 24 de noviembre de 2011.

## TERCERO.-

No obstante la cuestión jurídica controvertida en este caso es si es posible aplicar el artículo 348 bis TRLSC a las cuentas anuales de 2010, que fueron formuladas en marzo de 2011, cuando aún no estaba en vigor dicho precepto, y si ello pudiera implicar una aplicación retroactiva de la norma contraviniendo así lo establecido en el [artículo 2.3 CC.](#)

En este punto tenemos que acudir al [artículo 3 CC](#) que establece "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Esta norma según es pacífico en la doctrina recoge cuatro criterios distintos de interpretación. Ahora bien, todos estos medios han de ser empleados no aislada o separadamente, sino de forma conjunta y coordinada, lo que podría dar lugar a resultados contradictorios. A fin de soslayar estos últimos, la única medida idónea es la de atribuir un rango superior a uno de los cuatro métodos frente a los restantes, solución ésta que adopta el precepto civil a favor del espíritu y finalidad de las palabras de la ley.

Dando por sentado que el artículo 348 bis entra en vigor el 2 de octubre de 2011 y la Junta General en la que se acuerda no repartir beneficios se celebra el 24 de noviembre de 2011, utilizando el primero de los elementos o criterios de interpretación, es decir, el gramatical o literal, no cabe duda de que los socios minoritarios ejercitaron correctamente su derecho de separación, ya que cuando

ejercitaron este derecho la norma en cuestión se hallaba en vigor. La parte demandada alega que esto supondría una aplicación retroactiva de la norma contraviniéndose así lo dispuesto en el artículo 2.3 CC, sin embargo, si atendemos a la interpretación gramatical de la norma, el ejercicio del derecho de separación se ejercitó correctamente puesto que el precepto deja claro que los beneficios respecto de los cuales los socios minoritarios tienen derecho a que se reparta al menos un tercio son los del ejercicio anterior a la celebración de la Junta General en la que se hubiera acordado no repartir dichos beneficios. En este caso, el artículo 348 bis TRLSC entra en vigor el 2 de octubre de 2011, la Junta General se convoca el 7 de noviembre de 2011, se celebra el 24 de noviembre de 2011, y el ejercicio anterior a la celebración (o convocatoria si seguimos la doctrina citada en la SAP de Valladolid de 14 de junio de 2011) de dicha Junta es el de 2010. En apoyo de esta interpretación tenemos que citar la [SAP de Guipúzcoa 237/2013 de 18 de noviembre](#) en la que se dice en cuanto a los beneficios correspondientes al ejercicio 2.010, en la Junta de la entidad Alkihaizea, S.A., celebrada en fecha 15 de Diciembre de 2.011, se acordó sin duda alguna el reparto de un tercio de los beneficios propios de la explotación del negocio, respetando lo establecido en el precepto mencionado, y, en cuanto a los beneficios correspondientes al ejercicio de 2.009, ya se adoptó en la Junta de la misma entidad, celebrada en fecha 31 de Diciembre de 2.010, el acuerdo de aplicar los beneficios obtenidos por la misma a reservas, sin que con respecto de los mencionados beneficios existiera obligación alguna por parte de la sociedad de proceder al reparto de los mismos entre los socios en la proporción mencionada, dado que el citado precepto no se hallaba en vigor en esa fecha, por lo que ninguna infracción del referido precepto se ha cometido por parte de la citada demandada. Por tanto, el tenor del precepto es claro y no se plantea problema de retroactividad alguno. El precepto consta de un supuesto de hecho, que son los requisitos que hemos analizado en el fundamento anterior, y una consecuencia jurídica, que es la posibilidad del socio minoritario de ejercitar el derecho de separación cuando se dan las condiciones descritas en el supuesto de hecho, y en nuestro caso tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica se producen cuando el artículo 348 bis está en vigor, por lo que no es necesario acudir a las disposiciones transitorias del Código Civil. Cita la parte demandada el artículo 10 de LGT para argumentar que la aplicación del artículo 348 bis que pretenden los actores tiene carácter retroactivo. Sin embargo, la interpretación gramatical en uno y otro precepto lleva a conclusiones distintas, ya que mientras que el artículo 10 LGT se ha preocupado de especificar que las normas tributarias sólo se aplicarán salvo que se disponga lo contrario a los tributos sin periodo impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo periodo impositivo se inicie desde ese momento, en cambio el artículo 348 bis no prevé que se aplique sólo a los ejercicios posteriores a su entrada en vigor sino al ejercicio anterior al de la Junta que acuerde no repartir al menos un tercio de los beneficios.

Por lo que se refiere al segundo elemento de interpretación, el elemento sistemático que alude al contexto del [artículo 3.1 CC \(EDL 1889/1\)](#), hay que decir que el [artículo 348 bis TRLSC \(EDL 2010/112805\)](#) se encuadra en el capítulo I del título IX de dicha ley y según su epígrafe regula uno de los derechos que tienen los socios de las sociedades de capital frente a éstas, examinando los casos en los que es posible ejercitar dicho derecho de separación, así como las condiciones de dicho ejercicio. En este caso, ya hemos visto que los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho de separación se cumplieron.

Con respecto a la interpretación histórica, ya en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona que hemos citado al principio se recoge la mens legislatoris y se explica la justificación del precepto. No obstante, es cierto que su vigencia está suspendida desde el 24 de junio de 2012, si bien el legislador le ha puesto fecha de caducidad a esta suspensión, en concreto el 31 de diciembre de 2014, por lo que hay que entender que se trata de una suspensión temporal del precepto. Y es que el legislador se ha limitado a suspender su vigencia, lo cual quiere decir que el precepto sigue siendo aplicable a los supuestos de hecho que nacieron mientras estuvo vigente, como ocurre en el caso que nos ocupa. El artículo 348 bis, como se ha dicho más arriba, nació con el propósito de evitar situaciones como la que se refleja en la [STS 418/2005 de 26 de mayo](#) que declara " Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que Markestil, SL nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)". Pues bien, en este caso concreto la sociedad no reparte beneficios desde el año 2006, tal como reflejan las cuentas anuales aportadas con el escrito de demanda desde el año 2006 hasta 2010, a pesar de la declaración del representante legal de ISLEÑA RECURSOS S.L. que manifestó en el acto del juicio que en los cuatro años anteriores a 2010 se repartieron dividendos. No obstante, también es verdad que los actores hasta el momento de aprobación de las cuentas anuales de 2009 siempre votaron a favor del no reparto de dividendos. Sin embargo, lo anterior no puede ser óbice para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 348 bis por cuanto el legislador ha previsto un derecho individual y disponible de separación que faculta a los socios minoritarios para en determinadas circunstancias salir de la sociedad, y esas circunstancias como hemos analizado más arriba se daban en este caso concreto.

Y finalmente vamos a analizar los elementos sociológico y teleológico conjuntamente, ya que el artículo 348 bis se dictó con la finalidad de dar respuesta a una realidad muy concreta de la vida de las sociedades de capital. Esta realidad, a la que ya se ha hecho referencia cuando la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona que hemos citado al principio habla de la propuesta del código de sociedades mercantiles de 2002, aparece muy bien delimitada por el Documento de Trabajo del Departamento de

Derecho Mercantil de la Complutense titulado Somera Descripción de la Lógica del [Artículo 348 bis LSC \(EDL 2010/112805\)](#), de D<sup>a</sup>. Elisa Pilar Lucas Martín en el que se dice " Con la introducción del [art. 348 bis LSC \(EDL 2010/112805\)](#), el legislador pretende poner solución al problema de expropiación del minoritario que, en ocasiones, se da en las sociedades cerradas.

La sociedad cerrada (close corporation) se caracteriza por tener un número reducido de socios, a menudo unidos por lazos familiares o afectivos, para quienes dicha sociedad es su principal fuente de ingresos (bien a través del reparto de dividendos, de la asignación de salarios o por cualquier otra vía), y en la que apenas existe separación entre control y propiedad. No obstante, la generalizada participación activa de los socios en las labores de dirección en las sociedades cerradas no elimina el problema de agencia, pues resulta fácil establecer grupos de control dentro de la sociedad. A estas características se añade la ausencia de un mercado en donde los socios puedan vender libremente sus participaciones u acciones cuando quieran separarse de la sociedad, lo que en ocasiones avoca a malvenderlas a sus co-socios para poder salir de la sociedad y recuperar su inversión.

A la vista de las características de las sociedades cerradas, señalar que, si bien la sociedad cerrada por excelencia es la sociedad de responsabilidad limitada, en donde existen limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son también frecuentes los casos de sociedades anónimas de carácter cerrado.

Nos encontramos por tanto en las sociedades cerradas con sociedades en donde resulta relativamente fácil obtener el control, por un lado gracias al escaso número de socios que la componen y su estancamiento, y por otro, debido a la ausencia de unanimidad en la toma de decisiones. De modo que, cuando una mayoría controle de forma continuada la sociedad, existirá una cierta identificación entre el interés de esta mayoría y el de la sociedad, quedando relegado el interés de la minoría de forma indefinida. La ausencia de unanimidad en la toma de decisiones, propia de las sociedades personalistas, provoca que en las sociedades capitalistas la mayoría decida por y para todos, surgiendo un incentivo para que los socios mayoritarios se hagan con el control de forma firme e indefinida y de este modo puedan quedarse con parte de los beneficios que corresponden a los minoritarios.

El legislador ha tratado de limitar el problema de agencia atribuyendo a la Junta general la competencia para decidir la aplicación de los beneficios sociales y, de este modo, evitar el posible conflicto que podría darse entre socios y administradores, quienes pueden tener en este punto intereses contrapuestos. Sin embargo, en las sociedades cerradas este problema se ve sobrepasado por la existencia de grupos de control estables que impiden a los minoritarios obtener cualquier rendimiento económico de la sociedad. La necesidad de que exista un acuerdo previo por parte de la Junta a la hora de aplicar el resultado (art. 273 SLC), ha provocado, en numerosas ocasiones, un abuso por parte de los socios mayoritarios, quienes pueden oponerse reiteradamente en la Junta al reparto del dividendo y optar por su reinversión continua en la sociedad. No debemos olvidar que el derecho al dividendo, como ya hemos reiterado, nace del acuerdo de la Junta general en virtud del cual se decide repartir todo, parte o no repartir los beneficios distribuibles, una vez hechas las deducciones legales y estatutarias. Cuando ésta reinversión del beneficio en la sociedad resulte continuada en el tiempo, y con ello se prive sistemáticamente a los minoritarios de los beneficios económicos derivados de su participación en la sociedad se produce lo que se denomina una "expropiación al minoritario". "Expropiación del minoritario" derivada de la conducta abusiva de grupo de control, avocando a los socios minoritarios a una exclusión dentro de la sociedad, viéndose, a menudo, "obligados" a malvender sus títulos ante la perspectiva de no obtener beneficio alguno de su participación. Cierto es que, en estos casos, los socios mayoritarios tampoco perciben dividendo alguno, pero, a menudo, reciben ventajas y beneficios económicos por otras vías (retribución de administradores, salarios...), y lo que es más importante, son ellos quienes han decidido su suerte.

No debemos olvidar que es la mayoría quien conforma la voluntad social, y dado que los acuerdos obligan a todos los socios ([art. 159 LSC \(EDL 2010/112805\)](#)) las decisiones de la mayoría obligarán a la minoría pese a que estos últimos hayan votado en contra...

El único mecanismo del que disponían los socios minoritarios que veían como sus expectativas económicas se desvanecían sistemáticamente, era recurrir a los tribunales y tratar de demostrar una conducta abusiva por parte de los mayoritarios ([art. 7.2 Cc \(EDL 1889/1\)](#)). Situación que provocaba la necesidad de acudir al caso concreto, y proceder a su análisis caso por caso, dando lugar a sentencias del TS que estiman la petición, pero también otras desestimatorias, siendo la mayor parte contrarias a declarar abusivo el atesoramiento del dividendo. Problema de prueba al que habría que añadir el hábito de los jueces de optar por no inmiscuirse en asuntos internos de la sociedad, dada la libertad de empresa que se postula en nuestro sistema. Para justificar el abuso de derecho resulta preciso acreditar que el acuerdo por el que se retienen de forma continuada los beneficios carece de motivación. Acreditación que a menudo resulta difícil, dado que la retención de fondos está dirigida a la autofinanciación de la propia sociedad, no resultando fácil aducir que esta práctica sea contraria al interés social. Lo cual ha provocado de forma recurrente, que los Tribunales desestimaran las pretensiones de los minoritarios ante la imposibilidad de probar el abuso. Debemos recordar que en la impugnación del acuerdo se alega que dicho acuerdo lesiona el interés social, pero éste no es lo mismo que el interés de los socios, y mucho menos el interés de los socios minoritarios que se ven perjudicados por el acuerdo de la mayoría.

En este punto es de destacar la propuesta que realizan los profesores Alfaro y Aurora Campis en virtud de la cual instan a establecer una alteración de la carga de la prueba, de modo que sea el mayoritario quien deba justificar ante los tribunales la conveniencia del no reparto continuado. De modo que, lo común sería el reparto de beneficios, y la excepción el no reparto, postura que protegería al minoritario del abuso de la mayoría.

Finalmente señalar, que si bien la introducción del [art. 348 bis LSC \(EDL 2010/112805\)](#) pretende solventar el problema de expropiación de los minoritarios existente en las sociedades cerradas, tratando con la reforma el legislador hacer estos modelos societarios más atractivos para los inversores, y facilitando a los socios una salida en caso de que se produjera un abuso de la mayoría, el precepto puede dar lugar, tal y como veremos en los siguientes epígrafes, que se produzca la situación inversa."

#### CUARTO.-

Una vez declarada la existencia del derecho de separación de los actores tenemos que analizar si su ejercicio constituyó un ejercicio antisocial, abuso de derecho y si se hizo de mala fe tal como alega la parte demandada a los efectos de lo prevenido por el [artículo 7 CC \(EDL 1889/1\)](#).

La parte demandada alega que la finalidad de los actores ejercitando el derecho de separación es la transmisión de sus participaciones sociales a un precio desproporcionado a la familia Ildfonso. Sin embargo, este argumento no es válido puesto que en los [artículo 353 y ss. del TRLSC \(EDL 2010/112805\)](#) se prevén varias alternativas para la valoración de las participaciones sociales del socio separado, y desde luego ninguna de esas alternativas es la fijación del precio de forma unilateral por parte de dicho socio. Además tampoco podemos dar valor probatorio al documento nº 4 acompañado con la contestación por cuanto se renunció al interrogatorio de su supuesto autor para que confirmara que se trata de un documento escrito de su puño y letra.

Asimismo se alega que la Junta celebrada el 24 de Noviembre de 2011 se celebró más tarde debido al retraso del auditor de cuentas, ya que sin este retraso la Junta se hubiese celebrado en junio, sin que este hecho tenga trascendencia alguna en la buena o la mala fe de los actores para ejercitar su derecho de separación amparándose en el artículo 348 bis, puesto que sólo pudieron tener conocimiento del mismo una vez que se publicó en el BOE, es decir, el 2 de agosto de 2011, y la designación del auditor de cuentas por el Registro Mercantil es de 30 de abril de 2011 según se afirma en la contestación.

También se alega que en la Junta celebrada el 24 de noviembre de 2011 el letrado asesor de la demandada informó sobre la modificación operada en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 348 bis y que dicho artículo se aplicaría a los beneficios del ejercicio de 2011 y no a los del 2010, y los demandados no objetaron nada al respecto y se limitaron a solicitar que se repartieran dividendos. En base a estos hechos no cabe apreciar mala fe por parte de los demandados, ya que no consta que los demandados tuvieran conocimiento del artículo 348 bis antes de la celebración de la Junta del 24 de noviembre de 2011, incluso el representante legal de ISLEÑA RECURSOS S.L. manifestó en el acto del juicio que el letrado D. Guillermo Alcocer agradeció al letrado D. Joan Feliu que éste le informara sobre la nueva ley, por tanto es comprensible que los demandados guardaran silencio sobre extremos que no conocían o de los que tenían un conocimiento superficial. Además, los socios minoritarios en el momento de ser informados de la interpretación que la sociedad le daba a la aplicación temporal del artículo 348 bis, manifestaron su intención de que se repartieran dividendos tal y como se recoge en la página 9 de la contestación, por lo que su postura respecto del reparto de beneficios era clara al respecto. Así pues, no puede concluirse que haya existido mala fe en el ejercicio del derecho de separación por parte de los socios minoritarios, ya que hacen uso de un derecho que se les reconoce por la ley. Una cuestión distinta es que esta ley no favorezca los intereses de la demandada.

En cuanto a la querrela sobreseída por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Palma de Mallorca, entendemos que no guarda ninguna relación con lo que es objeto de este pleito que es si existe o no el derecho de separación de los actores, y si, en el caso que se declarara que dicho derecho existe, los actores lo ejercitaron de buena fe; lo único que ponen de manifiesto tanto la querrela como el auto de sobreseimiento es que entre la familia Ildfonso y Florinda Eleuterio Gines Cecilia no existen buenas relaciones.

Por último, en cuanto a la entrega de dividendos a la Sra. María Milagros por la demandada y su posterior consignación judicial por la actora, tampoco sirven para resolver la cuestión de si hubo o no mala fe en el ejercicio del derecho de separación por parte de los actores, ya que se trata de actos bastante posteriores al ejercicio del derecho de separación, y realizados con la finalidad de justificar sus pretensiones en este proceso en relación con la interpretación que cada una de ellas le da a la aplicación del [artículo 348 bis TRLSC \(EDL 2010/112805\)](#). La entrega de estos dividendos se hace en noviembre de 2012, la parte demandante ofrece devolverlos en octubre de 2013 y la sociedad rechaza esta devolución, consignándose finalmente en 2014.

Pero aparte de todo lo anterior y a modo de conclusión, para poder apreciar la mala fe o el abuso de derecho por parte de los actores se debería haber probado que los intereses de la sociedad demandada se iban a ver seriamente dañados por el ejercicio del derecho de separación de los demandantes, y en relación a esta cuestión no se ha practicado prueba alguna.

Por todo lo expuesto, procede la estimación íntegra de la demanda.

## QUINTO:

De conformidad con lo establecido en el [artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(EDL 2000/77463\)](#), las costas deberán ser abonadas por la parte demandada.

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

## FALLO

Que estimando la demanda interpuesta, a instancia de la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Antonia Ventayol Autonell, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María Milagros, D. Eleuterio, D. Gines, D<sup>a</sup>. Cecilia y D<sup>a</sup>. Florinda contra ISLEÑA RECURSOS S.L. declaro el derecho de separación de D<sup>a</sup>. María Milagros, D. Eleuterio, D. Gines, D<sup>a</sup>. Cecilia y D<sup>a</sup>. Florinda de ISLEÑA RECURSOS S.L., con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN que deberá presentarse en este juzgado en el PLAZO DE VEINTE DIAS contados desde la notificación de esta sentencia, que será resuelto por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Así lo acuerda, manda y firma D. Fernando Romero Medel, Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca.

Líbrese y únase testimonio de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el Libro de Sentencias.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la dicto estando celebrado en audiencia pública, el mismo día de su pronunciamiento, ante mí doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 07040470022014100153

## Conceptos

---

### Sociedad de responsabilidad limitada

- Transmisión «mortis causa» de participaciones