

**Sentencia de 14 de junio de 2022, núm. 1170/2021**  
**Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de lo Civil**  
**Rec. 1203/2021**

**Materia**

Materia mercantil. Conflictos familiares. Derecho de separación por falta de reparto de beneficios. Existencia de fraude de ley.

**Introducción**

La Audiencia Provincial de Barcelona reconoce el derecho de separación por falta de reparto de beneficios al considerar que la actuación de la sociedad se hizo en fraude de ley. Concretamente, considera que la agrupación de la aprobación de varias cuentas anuales en una sola junta, repartiendo en el último de ellos el beneficio mínimo exigible para que no se dé el presupuesto necesario para el derecho de separación, constituyó una práctica fraudulenta.

**Normativa aplicable**

**Artículo 348bis 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 (LSC). *Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos***

*“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima, salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.*

*(...)”*

**Artículo 6.4 del Código Civil**

*“ (...)*

*4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”*

**Conceptos relevantes**

N/H

**Antecedentes de hecho**

En 1987 D<sup>a</sup>. Concepción, su esposo D. Jesús María, su cuñada D<sup>a</sup>. Florinda y su esposo D. Juan Antonio constituyen la sociedad FINATESA 50, S. A., cuyo objeto social es la inversión inmobiliaria, cuyo capital social se divide a partes iguales entre los cuatro socios al 25%.

La cuestión objeto de debate tiene como antecedente remoto las juntas de enero de 2001, marzo de 2002, abril de 2004 y abril de 2005, en ellas se aprobaron las correspondientes cuentas anuales, todas con el voto en contra de D<sup>a</sup>. Concepción, pues el beneficio pasaba a formar parte de las reservas voluntarias y no se repartieron dividendos.

La junta de la que deriva el derecho de separación ejercitado por la actora es de fecha 11 de junio de 2018, donde se aprobaron las cuentas correspondientes a 2014, 2015, 2016 y 2017, que finalmente se celebraría en fecha 30 de julio de 2018. En dicha junta asistieron todos los socios, en la que los beneficios de los ejercicios 2014 a 2016 se destinaron a reservas, con el voto en contra de D<sup>a</sup>. Concepción, y, en cuanto a los beneficios del ejercicio 2017 se acordó el reparto del 33% de los beneficios, correspondiendo a D<sup>a</sup>. Concepción un total de 8.500 euros, de los 34.000 euros a repartir.

Sin embargo, el auditor designado por el Registro Mercantil a petición de D<sup>a</sup>. Concepción emitió un informe en la que decía que los beneficios estaban sobrevalorados y en el ejercicio 2017 había tenido pérdidas. En fecha 27 de agosto de 2018, D<sup>a</sup>. Concepción ejercita su derecho de separación mediante burofax en la que se pone de manifiesto que la sociedad lleva más de 5 años inscrita en el Registro Mercantil y que no se acordó reparto de dividendos en los ejercicios 2014 a 2016, por lo que procedía su derecho.

#### **Conflicto/Controversia**

El conflicto que subyace en el presente asunto es determinar si D<sup>a</sup>. Concepción tiene derecho a separarse de la sociedad por falta de reparto de dividendos, aun cuando en el ejercicio anterior a la junta en que se dirime sobre la aplicación del resultado se hayan repartido beneficios y, en consecuencia, no se cumpla con un presupuesto necesario para el ejercicio de tal derecho.

#### **Iter cronológico/procesal**

El *iter* cronológico procesal del presente asunto es el siguiente:

- D<sup>a</sup>. Concepción interpone una demanda de juicio ordinario ejercitando la acción de separación respecto de la sociedad demandada FINATESA 50, S. A., ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona por falta de reparto de beneficios por parte de la sociedad demandada.
- El Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona desestima íntegramente la demanda interpuesta.
- D<sup>a</sup>. Concepción interpone un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

#### **Fundamentos de la sentencia recurrida**

En Juzgado de lo Mercantil de Barcelona desestima la demanda al entender que existió acuerdo de reparto de beneficios en el ejercicio 2017 por parte de FINATESA 50 SA y, además, considera que no se puede reconocer tal derecho de separación cuando la sociedad busca remansar los beneficios obtenidos en reservas al objeto de realizar determinadas inversiones, en este caso la rehabilitación de inmuebles.

#### **Alegaciones parte recurrente**

D<sup>a</sup>. Concepción alega, para cuestionar los motivos de desestimación de la Sentencia de instancia, que se está produciendo un abuso de derecho por parte de FINATESA 50 SA, comportando una situación opresiva hacia ella que le impide participar en los beneficios y, por ende, una situación de abuso de la mayoría. Además, dice que es injustificada la necesidad de acumular reservas para la rehabilitación de los referidos inmuebles.

### Fundamentos de Derecho

La Audiencia Provincial de Barcelona parte de la Sentencia del Tribunal Supremo 104/2021, cuya cuestión litigiosa era determinar si el concepto año anterior que emplea el artículo 348 bis LSC se refiere al inmediatamente anterior al de celebración de la junta o a cualquiera de los ejercicios cuyas cuentas han sido aprobadas por dicha junta. El Tribunal Supremo, mediante una interpretación literal, sistemática, sociológica, teleológica e historia del precepto, concluye que se refiere al ejercicio anterior al de celebración de la junta, eso es, en el presente asunto, el ejercicio 2017.

Por tanto, la Audiencia Provincial parte de reconocer que la Sentencia de instancia se ajusta a los criterios del Tribunal Supremo, pero seguidamente analiza sobre la concurrencia de abuso o fraude de ley en la actuación de FINATESA 50 SA. En este caso la Audiencia considera que en el presente caso se genera un asunto perverso sobre el derecho de separación.

Parte de la base de decir que el hecho de agrupar la aprobación de las cuentas anuales de varios ejercicios debe considerarse una anomalía, además de advertir que la justificación de remansar los beneficios a reservas hecho por la sociedad de forma habitual tiene escaso rigor explicativo. Unido a ello, también adopta una posición crítica con el hecho de que las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil son las aprobadas en la junta de abril de 2005.

En base a ello, el Tribunal entiende que FINATESA 50 SA ignora sistemáticamente los derechos del socio disidente y minoritario rechazando el reparto de beneficios y no formulando las cuentas durante los ejercicios 2003 a 2014. Ello comporta que se impida de facto el derecho de separación y que, por tanto, comporta la existencia de un fraude de ley como instrumento que perpetra esa situación de abuso.

Asimismo, después de advertir la práctica fraudulenta de agrupar la aprobación de diversas cuentas en un solo ejercicio y en el último proceder al reparto de un mínimo reparto para evitar que pueda ejercer el derecho de separación, afirma que no debe tener ninguna relevancia el hecho de que los beneficios se destinen a reservas para la financiación de la sociedad, no solo porque la sociedad no lo ha demostrado, sino que tampoco da relevancia alguna el artículo 348 bis LSC a esta situación.

Por tanto, la Audiencia concluye que sí asiste el derecho de separación a D<sup>a</sup>. Concepción, puesto que lo hubiera podido ejercer en los ejercicios 2014 a 2016 si no se hubiera vulnerado mediante la agrupación de la aprobación de las cuentas de esos ejercicios de forma extemporánea y anómala. Además, considera que el reparto del mínimo dividendo en el ejercicio 2017 se hizo en evidente fraude de ley en perjuicio del socio minoritario.

### Parte dispositiva

La Audiencia Provincial de Barcelona **estima íntegramente** el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Concepción, revocando la sentencia de instancia y reconociéndole el derecho de separación como socia de la mercantil FINATESA 50.