

El “divorcio mercantil”. PRESENTE Y FUTURO del artículo 348 bis

Han pasado más de seis años desde que la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), introdujera en nuestro ordenamiento societario una nueva causa legal de separación del socio para el caso de falta de distribución de dividendos, mediante la inclusión en la referida norma del popular artículo 348 bis.

Hasta esa fecha, combatir las decisiones de la mayoría tendentes a retener el resultado del ejercicio no era imposible, pero sí requería un camino notablemente más arduo -acudiendo generalmente a la impugnación del acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio por considerarlo un abuso de derecho proscrito en el artículo 7 del Código Civil- y, además, no cristalizaba propiamente en la concreción de una aplicación de resultado distinta, sino en la mera declaración de nulidad del acuerdo.

Tras la introducción del precepto de referencia, tan festejada por unos como denostada por otros, dependiendo siempre de la posición societaria en que el devenir empresarial haya situado a cada cual, si se venía a reconocer, dentro de las exiguas causas legales de separación previamente existentes, un auténtico recurso al minoritario para, caso de no rentabilizar su inversión, poder separarse de sociedades mercantiles donde, perdida la “affectio societatis”, viniera permaneciendo sin alternativa alguna. Sin ser un derecho de separación “ad nutum”, si situaba al minoritario más cerca de lo que, en el título de estas líneas, he tomado la licencia de denominar el “divorcio mercantil”.

Esos seis años precedentemente referidos debieran haber sido un tiempo prudencial de desarrollo como para que la aplicación del 348 bis gozara de un nivel confortable de seguridad jurídica. Sin embargo, la suspensión del precepto tras escasos meses desde su entrada en vigor, unida a su desafortunada dicción, hacen que el bagaje del primer ejercicio completo de vigencia -2017- deje patentes sombras e incertidumbres insoslayables.

La primera de ellas es la dificultad para conocer qué hay que distribuir. El artículo se refiere a los “beneficios propios de explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior”, concepto que no tiene por qué ser equivalente al beneficio legalmente repartible que se consigne en las cuentas anuales de la sociedad. Las consecuencias de la decisión son de tal magnitud que es difícil asumir el riesgo de detraer cualquier concepto que pudiera considerarse como extraordinario del beneficio legalmente repartible. No hay un criterio cierto, sino escasos pronunciamientos jurisprudenciales,



Francisco Esteban Bernal
Abogado de MONTERO ARAMBURU, S.L.P.

como la sentencia 81/2015, de 26 de marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que concretó que el beneficio extraordinario que podía excluirse era aquel que, cumulativamente, sea ajeno a la actividad típica de la empresa, de cuantía significativa y que tenga su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.

El grado de indefinición es tal que afecta e implica ya a otros operadores jurídicos. Así, requiriendo el proceso de separación de un socio (siempre que no haya acuerdo entre la sociedad y aquél) de la necesaria intervención del Registrador Mercantil competente para la designación de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones del socio separado, aquél ha devenido ahora en exégeta del concepto de beneficios propios de la explotación, conforme a la reciente resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 28 de noviembre de 2017, recaída en el expediente 169/2017. Es decir, sin siquiera haberse dilucidado en sede judicial sobre la adecuación o no de la cantidad repartida, una sociedad puede sufrir un complejo camino de determinación de su valor por un experto independiente. Se hace imprescindible certidumbre al respecto.

El segundo de los problemas es que el paroxismo con el que el legislador elevó los derechos del minoritario con la introducción de este precepto, puede constituir un ataque directo a la línea de flotación de multitud de compañías que no pue-



den afrontar cada ejercicio un reparto de dividendos como el exigido por la norma por muy distintas razones. Bien porque el beneficio no sea sinónimo de liquidez, cuestión frecuente por extraño que pueda parecer al lego en la materia; bien porque existan compromisos con terceros, especialmente entidades financieras, que impidan a la sociedad distribuir dividendos a los socios, so pena de resolución de los oportunos contratos de financiación; bien porque sea preciso acometer inversiones para un mejor mañana. Se hace imprescindible mesura al respecto.

El tercer problema es que la norma ni tan siquiera despejó la sustancial duda de si nos encontraríamos ante una norma dispositiva que, ex artículo 28 de la LSC, pudiera ser objeto de convención estatutaria en contrario, aplicando el principio de autonomía de la voluntad. Se hace imprescindible concreción.

Podríamos enumerar un sinfín de inconvenientes derivados del actual tenor del precepto, pero la limitada extensión de estas páginas invita a reflexionar sobre el futuro de un asunto tan determinante para la economía nacional como el abordado. Parece evidente que el precepto está llamado a una profunda reforma, a una nueva suspensión o a su total derogación.

A la fecha presente, es la primera de las opciones la que parece más probable, pues ya ha sido publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 1 de diciembre de 2017, una proposición de Ley que debe ser saludada no solo con expectación, sino con cierta gratitud, pues aborda cuestiones sustanciales. Entre otras: i) elimina el concepto de beneficios propios de la explotación del objeto social, pasando a objetivarlo refiriéndose a beneficios legalmente repartibles y erradicando así los problemas de interpretación mencionados con anterioridad; ii) el importe a distribuir para evitar el

ejercicio del derecho de separación pasa a ser de un cuarto de los beneficios, en lugar de un tercio, exigiéndose además tres años de beneficios consecutivos para que se genere el derecho y que los dividendos repartidos en los últimos cinco años sean inferiores a un cuarto de los beneficios totales de ese periodo; y iii) se excluye de la aplicación del precepto a las sociedades en concurso, a las que hayan presentado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal, a las que hayan refinanciado su deuda con los requisitos previstos en la señalada norma para su irrevocabilidad y a las sociedades que coticen en el MAB.

En todo caso, sea esta reforma la que culmine su tramitación parlamentaria con éxito, sea otra, o sea finalmente la suspensión o derogación del precepto la decisión del legislador, lo cierto es que se hace imprescindible su intervención.

“El artículo se refiere a los “beneficios propios de explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior”, concepto que no tiene por qué ser equivalente al beneficio legalmente repartible que se consigne en las cuentas anuales de la sociedad”