



Roj: **SAP B 6055/2015 - ECLI:ES:APB:2015:6055**

Id Cendoj: **08019370152015100155**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **26/03/2015**

Nº de Recurso: **175/2014**

Nº de Resolución: **81/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 175/2014-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 704/2012

JUZGADO MERCANTIL Nº 9 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 81/2015

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F GARNICA MARTÍN

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DOÑA ELENA BOET SERRA

En Barcelona a veintiséis de marzo de dos mil quince.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 704/2012 ante el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona, a instancia de Don Francisco Javier Manjarín Albert, procurador de los tribunales y de Doña Penélope , Doña Belen , Doña Magdalena y Don Remigio , contra LABORATORIOS MIRET S.A., representada por el procurador de los tribunales Don Antonio María de Anzizu Furest.

Penden las actuaciones ante esta Sala por virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2013 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: " *Que debo desestimar y desestimo la demanda principal interpuesta por Doña Penélope , Doña Belen , Doña Magdalena y Don Remigio , contra LABORATORIOS MIRET S.A . y, por tanto, debo absolver y absuelvo a la entidad LABORATORIOS MIRETS S.A. de los pronunciamientos deducidos de contrario.*

No precede la imposición de las costas a ninguna de las partes al apreciarse la existencia de dudas de derecho".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante. La parte demandada presentó escrito de oposición al recurso e impugnación, del que se dio traslado a la actora.

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 18 de febrero de 2015.

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



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Los demandantes, accionistas minoritarios de la mercantil demandada LABORATORIOS MIRET S.A., ejercitan la acción de separación del artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital por falta de distribución como dividendos de un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Para la resolución del recurso hemos de partir de los siguientes hechos no controvertidos, que nos permitirán contextualizar adecuadamente el litigio:

1º) LABORATORIOS MIRET S.A. (en adelante, LAMIRSA) se constituyó en el año 1962. Es la sociedad matriz de un grupo de empresas, con sede en Les Fonts de Terrassa, que desarrolla su actividad en el sector químico.

2º) Entre los cinco socios fundadores de LAMIRSA se encontraba Don Benito , esposo y padre de los demandantes, ya fallecido. El Sr. Benito ostentaba al morir (el día 9 de octubre de 2002) 9.502 acciones de la sociedad, representativas del 29,34% del capital social, que fueron adjudicadas por herencia a los tres hermanos, la nuda propiedad, y a Doña Penélope , el usufructo vitalicio. El 12 de junio de 2012 los hermanos Remigio Magdalena Belen otorgan escritura de cese parcial del proindiviso hereditario, adjudicándose cada uno de ellos la nuda propiedad de 3.167 acciones (documento cinco de la demanda). El mismo día los hermanos Remigio Magdalena Belen venden la nuda propiedad de una acción a su madre, que actualmente ostenta, en definitiva, el pleno dominio de 6 acciones (documentos seis a once de la demanda).

No se discute que en la sociedad conviven un grupo de control mayoritario, que ostenta el 70,64% del capital social, en el que se integran Don Gines , socio fundador y administrador único de la compañía, otros miembros de la familia Miret y los directivos del grupo Don Horacio y Don Ildefonso . La familia Benito Remigio Magdalena Belen , que ostenta el 29,36% restante, no participa en la gestión de la sociedad.

3º) A cierre del ejercicio 2011, el patrimonio neto del grupo de empresas ascendía a 27.868.959,30 euros, el propio de LAMIRSA a 22.979.068,24 euros y el beneficio de la demandada fue de 840.379,27 euros. Así resulta de las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2011 (documento tres de la demanda).

4º) El 29 de mayo de 2012 -antes, por tanto, del cese del proindiviso- se reúnen los socios en junta general ordinaria y universal de accionistas, bajo el orden del día que se transcribe en el hecho octavo de la demanda (en síntesis, examen y aprobación de las cuentas anuales del ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2011 y aprobación, en su caso, de la aplicación del resultado). Según resulta del acta que se acompaña a la demanda como documento doce (folio 562 y siguientes), la junta general aprueba por unanimidad las cuentas anuales, con un beneficio de 840.379,27 euros, que se distribuye de la siguiente manera: 216.000 euros dividendos a repartir y 624.379,27 euros a reservas voluntarias.

El letrado Sr. Torredemer, que estuvo presente en la junta en representación de los miembros de la familia Benito Remigio Magdalena Belen , hizo constar en el acta lo siguiente:

"El Sr. J. I. Torredemer solicita que quede constancia en el Acta de la intervención que ha efectuado al tratarse el punto tercero del orden del día (aplicación del resultado) en interés de un mayor dividendo para los accionistas, superior al acordado (según viene solicitando año a año) y que formula en representación de los accionistas Sres. Benito Remigio Magdalena Belen Penélope , expresa reserva del derecho que contempla el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital "

4º) Mediante carta de 13 de junio de 2012, remitida por burofax de fecha 15 de junio a la sociedad demandada (documentos catorce y quince de la demanda), Doña Penélope , como apoderada de su hija Magdalena y como usufructuaria de sus acciones, ejercitó el derecho de separación del artículo 348 bis. Según se indica en dicha carta, el acuerdo de distribución de beneficios (216.000 euros) no alcanzó un tercio de los beneficios de explotación del ejercicio 2011.

Dicha carta fue contestada por Gines , administrador de la compañía, el 22 de junio de 2012 (documento dieciséis), rechazando el derecho de separación por improcedente.

El 18 de junio de 2012 Don Juan Ignacio Torredemer, en representación de los accionistas Remigio y Belen , así como de Penélope , como usufructuaria, remitió por el mismo conducto carta a la demandada ejercitando el derecho de separación (documentos 17, 17 bis, 18 y 18 bis de la demanda).

Mediante carta fechada el 6 de julio de 2012 (documento veinte de la demanda, al folio 645), LAMIRSA reitera que es improcedente el derecho de separación del artículo 348 bis por los siguientes motivos (en síntesis):

(i) Si se excluyen de los resultados los ingresos que no son propios de la actividad de LAMIRSA -en concreto, los ingresos financieros, "otros resultados" y la imputación de subvenciones del inmovilizado no financiero"- la cantidad repartida como dividendo supera el tercio de los beneficios obtenidos (un 36,40%).



(ii) El representante de la familia Benito Remigio Magdalena Belen en la junta votó sin reservas a favor de la propuesta de distribución de dividendos, sin concretar un reparto alternativo.

(iii) El artículo 1.4 de la Ley 1/2012, de 22 de junio, suspende la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital hasta el 31 de diciembre de 2014.

La parte actora alegó en la demanda que concurrían en el presente caso todos los presupuestos del artículo 348 bis del TRLSC y que había ejercitado el derecho de separación en legal forma, por lo que solicitó se declarara ese derecho y se iniciara el proceso correspondiente para determinar el valor razonable de las participaciones.

La demandada se opuso a la demanda alegando, como excepción procesal, la falta de legitimación activa de la Sra. Penélope, que comunicó su derecho de no ejercer el derecho de separación. En cuanto al fondo del asunto, alegó que no resultaba de aplicación el artículo 348 bis del TRSLC por los mismos argumentos que esgrimió en la carta de 6 de julio de 2012.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia estima, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa de Penélope, dado que renunció a ejercitar el derecho de separación en relación con las seis acciones de las que es titular. Y por lo que se refiere a las acciones que disfruta en usufructo, la sentencia considera que el ejercicio del derecho de separación corresponde a los nudos propietarios. Ese pronunciamiento ha alcanzado firmeza.

A continuación la sentencia analiza la incidencia de la suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2014, del artículo 348 bis de la LSC introducida por la disposición transitoria primera de la Ley 1/2012, concluyendo que no era aplicable al presente caso por cuanto el derecho de separación se ejercitó mientras dicho precepto estuvo vigente.

En cuanto a la actuación de los actores en la junta, el *juez a quo* señala que cumplieron con lo dispuesto en el artículo 348 bis al haber votado a favor de la distribución de dividendos. Considera al efecto que no era necesario que los socios formularan una propuesta alternativa de reparto por un importe superior.

No obstante lo anterior, la sentencia de instancia desestima la demanda al concluir que la cantidad distribuida como dividendos superaba el tercio de los beneficios propios de la explotación, por cuanto del resultado del ejercicio 2011 (840.379,27 euros) había que deducir los intereses generados por las imposiciones de sus excedentes de tesorería (154.718,25 euros) y los ingresos derivados de la retención definitiva del 5% del valor de la obra de un edificio que estaba construyendo la sociedad COPERFIL S.A. (58.695 euros).

La sentencia es recurrida por la parte actora. A partir de la interpretación que realiza del artículo 348 bis de la LSC y, en concreto, de la expresión "beneficio propio de la explotación", la demandante considera improcedente que la sentencia deduzca aquellas partidas para determinar el tercio repartible en concepto de dividendos. La demandada se opone al recurso e impugna, a su vez, la sentencia. Considera que los actores no objetaron en la junta la distribución del resultado, dado que votaron a favor del acuerdo y no formularon una propuesta alternativa. En segundo lugar considera que el proceso de separación se ve afectado por la suspensión dispuesta en virtud de la disposición transitoria única de la Ley 1/2012, de 22 de junio. Y, por último, alegan que también debió deducirse de los resultados del ejercicio la condonación del último plazo de amortización de la subvención otorgada por el CDTI.

TERCERO.- Antes de resolver las distintas cuestiones que plantea el recurso, estimamos conveniente realizar unas consideraciones generales sobre el derecho de separación del socio en los supuestos de falta de distribución de dividendos. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital sólo contemplaba como causas de separación del socio las recogidas en el artículo 346, que guardan relación con modificaciones estatutarias que alteran sustancialmente el contrato social. Por tanto, frente a situaciones de abuso por parte de la mayoría que de forma reiterada se negaba a repartir beneficios, el socio minoritario sólo podía impugnar el acuerdo contrario al amparo del artículo 7.2º del Código Civil (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005).

Para poner remedio a esas situaciones de abuso o de opresión del socio minoritario, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, que entró en vigor el 2 de octubre de 2011, introduce en la Ley de Sociedades de Capital el artículo 348 bis, que reconoce por primera vez en nuestro Ordenamiento el derecho del socio a desvincularse de la sociedad cuando esta no acuerda el reparto de un tercio de sus beneficios. La norma implica una limitación relevante del poder discrecional de la Junta para decidir sobre el reparto de beneficios. Su finalidad, por tanto, es la de proteger al minoritario frente a las decisiones reiteradas de la Junta General contrarias al reparto de dividendos. Dicho precepto establece lo siguiente:

"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 hubiere votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta no acordara la distribución como dividendos de, al menos, un tercio de los beneficios de 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."*

Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:

-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.

Tras nueve meses en vigor, la disposición transitoria de 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, modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, introduciendo en su artículo 1.4º la siguiente disposición: "*Se suspende hasta el 31 de diciembre de 2014 la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta ley*". La disposición final primera del Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, prolonga la suspensión de la vigencia del artículo 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2016.

CUARTO.- Siguiendo el orden que estimamos más lógico, analizaremos, en primer lugar, la incidencia de la suspensión de la aplicación del artículo 348 bis a partir del 23 de junio de 2012 dispuesta por la Ley 1/2012. Al entender de la demandada, dicha Ley no se limita a suspender las declaraciones de separación producidas a partir del 24 de junio de 2012, sino que paraliza el procedimiento de separación allí donde se encontrare. En el presente caso el proceso no ha concluido, dado que la sociedad no ha reconocido el derecho a la separación y, obviamente, tampoco se ha satisfecho la cuota de separación.

No compartimos la tesis de la demandada. En el presente caso los demandantes realizaron todas las actuaciones legalmente previstas para el ejercicio del derecho de separación. Tanto la junta general, con el acuerdo favorable de los socios a la distribución de los beneficios, como la comunicación a la sociedad ejercitando el derecho de separación tuvieron lugar estando vigente el artículo 348 bis. El derecho se ejerció y sólo resta examinar si la oposición de la sociedad demandada está o no justificada. De acogerse los argumentos de LAMIRSA estaríamos aplicando retroactivamente la norma, en contra del principio general de irretroactividad de las leyes establecido en el artículo 2.3º del Código Civil. La suspensión del artículo 348 bis, por tanto, sólo opera para aquellas situaciones en las que el derecho de separación no se ha ejercitado, lo que no es el caso.

QUINTO.- De los distintos requisitos exigidos por el artículo 348 bis, no se cuestionan dos de ellos; que la sociedad lleva inscrita en el Registro Mercantil y que el derecho de separación se ejerció dentro del mes siguiente a la celebración de la junta. La sociedad demandada, por el contrario, considera que el comportamiento de los demandantes en la Junta resulta incompatible con la recta interpretación que propugna del artículo 348 bis del TRLSC. El voto a favor y sin reservas al reparto de dividendos sociales en la cuantía de 216.000 euros impide ejercitar el derecho de separación, pues en otro caso los actores estarían yendo contra sus propios actos. Según la apelada, el representante de los demandantes, si entendía que el reparto de los beneficios era insuficiente, debió propugnar un reparto alternativo y someterlo a votación. El Sr. Torredemer, representante de los demandantes, aceptó el orden del día y votó a favor de la aplicación del resultado propuesto por el órgano de administración.

Aunque la cuestión suscita serias dudas de derecho, entendemos acertado el criterio de la sentencia de instancia, que no vio obstáculo para el ejercicio del derecho de separación a partir del voto favorable de los actores. En efecto, el artículo 348 bis condiciona el derecho de separación a que el socio "*hubiere votado a favor de la distribución de los beneficios sociales*". La doctrina ha destacada que la redacción del precepto es muy desafortunada, por cuanto, interpretado literalmente, cualquier socio, incluidos los integrantes de la mayoría que propugnan un reparto de beneficios inferior al legal, podría separarse por haber votado formalmente a



favor. La lógica del precepto exigiría entender que el voto favorable lo ha de ser a una propuesta de distribución de beneficios superior al tercio de los obtenidos en el ejercicio anterior.

Ante un texto tan equívoco, entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación.

La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento de convocatoria. Aquél precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día. Téngase en cuenta, además, que la junta se celebró con carácter universal y que la propuesta de aplicación del resultado era abierta, esto es, sin precisar cuantías y destinos.

Es evidente que el Sr. Torredemer, al votar a favor de la propuesta de distribución de beneficios, buscó cumplir escrupulosamente con lo dispuesto en el artículo 348 bis, ajustándose a la literalidad de la norma. No reparó, quizá, que con su voto favorable avaló que se destinaran 624.379,27 euros a reservas voluntarias, limitando los dividendos a una cantidad inferior a la tercera parte del resultado del ejercicio. En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.

En el acto del juicio, el representante de la demandada Gines (minuto 28 del primer CD) y los socios Jesús Luis (1:22) y Horacio (minuto 3 del segundo CD) admitieron que el Sr. Torredemer solicitó un mayor reparto de dividendos. Lo mismo manifestó el Sr. Abilio, auditor de LAMIRSA y de las demás empresas del grupo, si bien precisó que el asunto se abordó al final de la junta (minuto 43 del segundo CD). Ante las dudas y contradicciones de los testigos sobre el momento en que el Sr. Torredemer introdujo en el debate la propuesta de un mayor reparto de dividendos, sin concretar sumas, hay que estar a lo que resulta del acta, redactada por responsables de LAMIRSA y a la que los socios dieron su conformidad. En ella se expresa con claridad que fue " *al tratarse el punto tercero del orden del día (aplicación del resultado) cuando el Sr. Torredemer intervino interesando "un mayor dividendo para los accionistas, superior al acordado (según viene solicitando año a año) y que formula en representación de los accionistas Sres. Benito Remigio Magdalena Belen Penélope expresa reserva del derecho que contempla el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital* ".

En definitiva, no advertimos que los demandantes fueran contra sus propios actos, dado que, insistimos, votaron a favor de la propuesta de aplicación del resultado indicando que el reparto de dividendos era insuficiente. En coherencia con su comportamiento en la junta, ejercitaron su derecho de separación dentro del plazo legal, después de haberse reservado ese derecho en la propia junta.

SEXO.- Como hemos adelantado, la sentencia apelada desestima la demanda por excluir de los ingresos determinadas partidas, con la consiguiente reducción de los beneficios del ejercicio 2011. La sentencia, por tanto, concluye que, eliminadas dichas partidas por no ponderar a la hora de determinar "*los beneficios propios de la explotación del objeto social*", la cantidad repartida como dividendos (216.000 euros) supera el 33,33% de los beneficios (en concreto, algo más del 36%).

La actora recurre la sentencia por entender que interpreta erróneamente el artículo 348 bis del TRLSC y yerra en la valoración de la prueba. Apoyándose en los tres informes periciales acompañados a la demanda, elaborados por ERNST & YOUNG (documento 27, folios 779 y siguientes), RSM GASSÓ AUDITORES (documento 28, folios 884 y siguientes) y AUDITRADE (documento 29, folios 1029 y siguientes), considera que la deducción, en el cómputo de los beneficios, de las dos partidas consideradas por la sentencia, no es correcta por los siguientes argumentos, que exponemos en síntesis:

1º) Para determinar el "*el beneficio propio de la explotación del objeto social*" no es posible distraer del resultado sometido a la aprobación de la junta los resultados extraordinarios, en la medida que el Plan General de Contabilidad del 2007 sólo distingue entre resultados de explotación y resultados financieros.

2º) Lo que el Legislador ha querido excluir de los beneficios a repartir, para calcular el tercio legitimador del derecho de separación, son los "beneficios extraordinarios", como las plusvalías o los beneficios atípicos, entre los que no se encuentran los ingresos considerados por la sentencia.



3º) La sentencia vincula erróneamente el carácter ordinario o extraordinario de los beneficios con su vinculación o no con el objeto social.

4º) En cualquier caso, la actividad financiera de la empresa está encaminada a la consecución del objeto social.

5º) Aun aceptando que los resultados financieros deben excluirse por su carácter extraordinario, no pueden computarse únicamente los ingresos sino también los gastos.

LAMIRSA se opone al recurso, apoyándose en este caso en los informes periciales emitidos por Emilio (catedrático de Economía Financiera y Contabilidad), Eulalio (catedrático de Derecho Mercantil) e Faustino (catedrático de Derecho Mercantil), de un lado, y por Deloitte, de otro (documentos 7 y 7 bis de la contestación). Podemos resumir sus argumentos de la siguiente manera:

1º) El artículo 348 bis utiliza un concepto (*beneficio propio de la explotación del objeto social*) que no existe en el Plan General Contable. Es necesario, por tanto, desvincularlo de los parámetros contables y atender a criterios económicos o funcionales. Por *beneficio propio de la explotación del objeto social* habrá que entender el beneficio que obtiene una compañía con su actividad ordinaria o funcional, esto es, la que define su objeto social. Ese es el criterio que acertadamente sigue la sentencia apelada.

2º) La actividad de LAMIRSA, según el artículo 2 de sus Estatutos, es industrial. La actividad financiera que no está directamente asociada con el objeto social y con su actividad económica, no integra el beneficio ordinario o propio de la explotación del objeto social. De ahí que deban descartarse en el cómputo de los beneficios los ingresos financieros derivados de las inversiones de los excedentes de tesorería.

3º) No existe correlación entre esos ingresos financieros y otros gastos de igual naturaleza, que están ligados a la actividad económica de LAMIRSA y, por tanto, asociado al resultado "funcional u ordinario".

4º) La indemnización por el incumplimiento del constructor de una nave es excepcional y extraordinaria, que no tiene un coste asociado para LAMIRSA.

5º) La condonación del último plazo de la subvención otorgada por el CDTI tampoco está relacionado con la actividad ordinaria de la entidad y, por tanto, la sentencia debería haberla excluido del *beneficio propio de la explotación del objeto social*. Esta alegación la realiza al impugnar el recurso.

SÉPTIMO.- Planteados los términos del debate, la controversia pasa por determinar qué ha de entender por *beneficio propio de la explotación del objeto social* y, en concreto, si las tres partidas de ingresos objetadas por LAMIRSA han de quedar o no excluidas para la determinación del beneficio. No podemos prescindir en la interpretación del artículo 348 bis de la forma en que se introdujo en nuestro Ordenamiento y de las razones que el Legislador esgrimió para justificar su introducción. El origen del precepto se encuentra en la enmienda 21 del Grupo Parlamentario Popular del Congreso al Proyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital de 2011, que finalmente fue aprobada como Ley 25/2011, de 1 de agosto. En justificación de la enmienda, que finalmente acabaría convirtiéndose en el artículo 348 bis, se dijo lo siguiente:

"(...) De otra parte, con la forma 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 artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital".

En definitiva, el artículo 348 bis de la LSC utiliza una fórmula similar al artículo 128 de la misma Ley. Dicho precepto atribuye al usufructuario, una vez extinguido el usufructo de acciones o participaciones, la facultad de exigir del nudo propietario el incremento del valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas "que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas". Dicho precepto, a su vez, entronca con el artículo 68.1º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (al que se remitía el artículo 36 de la LSRL), que también establecía como base para determinar el incremento del valor experimentado por las acciones usufructuadas "los beneficios propios de la explotación de la sociedad".

La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el "*beneficio propio de la explotación del objeto social*" habrá que excluir los "beneficios extraordinarios o atípicos", valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios.



A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica "*beneficio propio de la explotación del objeto social*" con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIRSA hay que adentrarse en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar "*beneficio propio de la explotación del objeto social*". Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros.

Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente "ordinarios", lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada.

Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de "*beneficio propio de la explotación del objeto social*", dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, tampoco reconoce la categoría de "resultados extraordinarios", pues sólo distingue entre "resultados de explotación" y "resultados financieros". Ello no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias.

En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de "*beneficio propio de la explotación del objeto social*", dado que sí define qué ha de entenderse por "beneficio" o "ingreso extraordinario". De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 -el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor-, definía "*ingresos extraordinarios*" como aquellos "*beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa*", añadiendo que "*como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia*". El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a "*ingresos excepcionales*", que son definidos como "*beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa*", encontrándose entre ellos "*los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes*".

En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado "beneficio extraordinario". No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.

OCTAVO.- En el presente caso entendemos que ninguna de las tres partidas de ingreso objetadas por LAMIRSA pueden considerarse "beneficios extraordinarios" y, en consecuencia, que no está justificada su exclusión para determinar el "*beneficio propio de la explotación del objeto social*".

El objeto social de LAMIRSA viene definido en el artículo 2 de los estatutos sociales de la siguiente manera:

" *La investigación científica, la producción y venta de productos químicos de síntesis y de formulados tanto orgánicos como inorgánicos de uso industrial, así como la producción de ingredientes/aditivos alimentarios y cosméticos de síntesis y formulaciones de ingredientes/aditivos alimentarios y cosméticos, y la construcción y venta de equipos mecánicos dosificadores, y los servicios de tratamientos biocidas y de análisis*".

La primera de las partidas, por importe de 154.718,25 euros, se corresponde con los intereses obtenidos por las imposiciones realizadas por LAMIRSA de sus excedentes de tesorería. Entendemos muy discutible, en primer lugar, que la actividad financiera de la empresa quede al margen del objeto social. Y más discutible resulta que los ingresos financieros se excluyan de los beneficios, para determinar el tercio legal, y no se haga lo propio con los gastos de igual naturaleza. Que el objeto social de LAMIRSA no incluya la actividad financiera no implica que cualquier ganancia procedente de inversiones financieras sea ajena o extraña al objeto social y deba considerarse "beneficio extraordinario". Es evidente que esos ingresos contribuyen a la consecución del fin social.



Como bien indica la recurrente, no existe razón alguna para excluir los ingresos de imposiciones a plazo y mantener, por el contrario, otros gastos financieros que están contemplados en la cuenta de pérdidas y ganancias en el mismo apartado de "resultados financieros", es decir, al margen de los "resultados de explotación", como ocurre con las "pérdidas por deterioro de participaciones en instrumentos financieros", de 146.390,65 euros. Esa cantidad, reflejada en las cuentas con signo negativo, se corresponde con la depreciación de la participación de la demandada en la filial americana VEDESCA INC -extremo no cuestionado por la demandada-. La depreciación de activos es tan ajena al objeto social de LAMIRSA como pueden serlo los ingresos de depósitos a plazo.

En definitiva, si aceptáramos la tesis de la demandada, habría que descartar, de los beneficios propios de la explotación, el "resultado financiero" global, que fue negativo en 218.637,52 euros, y estar al "resultado de explotación", que ascendió a 1.085.546,84 euros, lo que elevaría sustancialmente la base de reparto para determinar el tercio legal.

En segundo lugar, los ingresos financieros procedentes de excedentes de tesorería (154.781,25 euros) no representan una cuantía significativa, si tenemos en cuenta que el importe neto de la cifra de negocios ascendió en el año 2011 a 28.772.806,11 euros. Y lo que es más relevante, se trata de un ingreso periódico o recurrente, similar (algo inferior) al obtenido por LAMIRSA en el ejercicio anterior, dado que es política habitual de la empresa reforzar su solvencia mediante la inversión de esos excedentes de tesorería en productos financieros. Así se expresa en la memoria (página 63, al folio 833), que señala al respecto lo siguiente:

" La compañía, por consiguiente, continúa con su estrategia de colocar adecuadamente en inversiones financieras temporales y valores sus excedentes de tesorería. El activo corriente, en suma, se presenta bien estructurado y cohesionado, con 19 millones de euros que equilibran las proporciones de activos fijos y de circulantes al cierre de 2011, dando magnífica cobertura sobre el exigible a corto plazo".

NOVENO.- Menos significativas, desde el punto de vista cuantitativo, son las otras dos partidas excluidas por la sociedad para determinar el "beneficio propio de la explotación del objeto social". La primera de ellas, de 58.695,5 euros, está incluida dentro del apartado "otros resultados" (nota 15 k) en los "resultados de explotación" de la cuenta de pérdidas y ganancias. No es controvertido que el ingreso procede de una indemnización por retraso de la constructora COPERFIL GROUP S.A. en la entrega de un edificio para uso industrial de LAMIRSA. En este caso estimamos que se trata de un acto vinculado directamente con el objeto social de la demandada. Que no sea frecuente el pago de cláusulas penales, pues lo usual es que los contratos se cumplan, no significa que la indemnización merezca la consideración de ingreso excepcional y extraordinario. Ese ingreso está ligado al propio contrato de ejecución de obra de una nave industrial en el que LAMIRSA desarrollará su actividad ordinaria.

Lo mismo podemos decir de la tercera partida, de 33.961,73 euros, contabilizada, dentro del "resultado de explotación", como "imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras". Ese ingreso refiere el traspaso al resultado del ejercicio 2011 de la condonación del último plazo de amortización de la subvención otorgada a LAMIRSA por el Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial (en adelante CDTI) con motivo del desarrollo de un proyecto de I+D. La demandada recibió de dicho organismo una ayuda reembolsable sin intereses. En escritura de 26 de septiembre de 2010 se hizo constar que LAMIRSA había finalizado el proyecto con éxito y que había cumplido las obligaciones asumidas con CDTI, quedando eximida de devolver la última cuota de amortización del préstamo. Así se indica en la sentencia apelada y no es controvertido en esta alzada.

En línea con lo argumentado por el juez a quo, dado que entre las actividades que forman parte del objeto social de LAMIRSA se encuentra la "investigación científica y técnica", el ingreso controvertido se enmarca dentro de esa actividad. No es, en absoluto, ajeno al objeto social de la demandada y, por tanto, tampoco puede considerarse un beneficio extraordinario. Tampoco es posible distinguir, como aduce la demandada en el escrito de impugnación, entre subvención y condonación de la última de las cuotas. Desde la perspectiva de la sustancia económica de la operación y de su vinculación con el objeto de la sociedad merecen el mismo tratamiento. Por ello debe computarse el ingreso para la determinación de los "beneficios propios de la explotación del objeto social" de LAMIRSA.

DÉCIMO.- Por lo expuesto en los fundamentos anteriores, debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y desestimar la impugnación. Entendemos que en el presente caso los hermanos Remigio Magdalena Belen ejercitaron correctamente el derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis antes de que la norma quedara legalmente suspendida, cumpliendo todos y cada uno de los requisitos exigidos por dicho precepto. Aprobado en junta un beneficio después de impuestos de 840.379,27 euros, la cantidad repartida como dividendos (216.000 euros) no alcanza la tercera parte de dicha suma. Por ello, los demandantes tienen derecho de separación, que debe hacerse efectivo en la forma establecida en los artículos 353 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.



DECIMOPRIMERO.- Por lo que se refiere a las costas de primera instancia de la demanda interpuesta por Doña Penélope , han de imponerse a la demandante, por aplicación del principio del vencimiento del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se estima en este punto la impugnación.

Al margen de ello y en relación con la acción ejercitada por el resto de demandantes (los hermanos Magdalena Belen Remigio) coincidimos con la sentencia apelada en que la cuestión litigiosa suscita serias dudas de derecho, como hemos expuesto a lo largo de esta resolución, por lo que no procede imponer las costas en ninguna de las dos instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña Belen , Doña Magdalena y Don Remigio y estimar parcialmente la impugnación formulada por LABORATORIOS MIRET S.A., contra la sentencia de 25 de septiembre de 2013 , que revocamos en parte. En su lugar, estimamos la demanda interpuesta por Doña Belen , Doña Magdalena y Don Remigio , contra LABORATORIO MIRET S.A., declarando que los demandantes tienen el derecho de separación previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital , que deberá hacerse efectivo en la forma establecida en los artículos 353 y siguientes de la citada Ley .

Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias, a excepción de las costas de primera instancia derivadas de la acción interpuesta por Doña Penélope , que imponemos a la demandante. Devuélvase a la apelante la cantidad depositada para la interposición del recurso.

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

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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