

Sobre el derecho de separación del socio en caso de falta de distribución de dividendos

La Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el derecho del socio a desvincularse de la sociedad cuando ésta no acuerda el reparto de un tercio de sus beneficios.

Antes del artículo 348 bis, la Ley de Sociedades de Capital solo contemplaba como causas de separación del socio las recogidas en el artículo 346, relativas, en definitiva, a modificaciones estatutarias que alteran sustancialmente el contrato social. Frente a situaciones de abuso por parte de la mayoría que de forma reiterada se negaba a repartir beneficios, el socio minoritario únicamente podía impugnar el acuerdo contrario al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.2 del Código Civil (STS 26/05/2005, núm. 418/2005).

Sin embargo, dicho precepto no siempre ha estado en vigor. Lo estuvo a partir del 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el BOE de la citada Ley 25/2011, de 1 de agosto) hasta el 23 de junio de 2012, suspendiéndose su aplicación a partir del 24 de junio de ese año: primero, hasta el 31 de diciembre de 2014 (Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital) y, después, hasta el 31 de diciembre de 2016 (Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal).

Periplo legislativo que no parece que haya terminado, puesto que, con independencia de que ya en marzo de 2017 se plantease nuevamente por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana mediante una Proposición no de Ley su suspensión inmediata y un nuevo redactado «con el fin de evitar el incremento de litigios debido a la poca claridad del artículo» (BOCG 14/03/17, serie D, núm. 122), el pasado 1 de diciembre de 2017 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados que tiene precisamente por objeto la modificación del citado artículo (BOCG 01/12/17, serie B, núm. 184-1).

Conforme a su actual redacción, vigente nuevamente, como hemos expuesto, desde el pasado 1 de enero de 2017, los requisitos para el ejercicio de este derecho, en síntesis, son:

1) Que la sociedad lleve, al menos, cinco años inscrita en el Registro Mercantil. Repárese en

que, como ya advertía la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de fecha 26/03/15, no se exige la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios.

- 2) Que el socio haya votado a favor de la distribución de dividendos (en cifra superior a una tercera parte de los beneficios), si bien, en la práctica, dado que tal propuesta no suele formularse de forma expresa, sino que se enmarca dentro del acuerdo de aprobación del resultado del ejercicio, habrá que haber votado en contra de la atribución a reservas del resultado.
- 3) Que la junta general no acuerde el reparto de dividendos de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, aunque no sea nada fácil concretar qué se entiende por tales beneficios, como tuvo ocasión de exponer la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- 4) Que dicha falta de reparto no tenga justificación en una limitación legal, como pudiera ser compensar pérdidas de ejercicios anteriores, dotar las correspondientes reservas legales o estatutarias o, en fin, satisfacer impuestos.
- 5) Que el socio ejerza su derecho a separarse en el plazo de un mes desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.
- 6) Que no se trate de sociedades cotizadas.

La finalidad de la norma no es otra, pues, que poner fin a posibles abusos en las sociedades cerradas (familiares, las más de las veces) por parte de los socios mayoritarios privando del reparto de dividendos a los socios minoritarios, a pesar de que la consecuencia no sea su reparto forzoso, sino la salida del socio minoritario mediante la percepción del «valor razonable» de sus acciones o participaciones. Tal valor será, en principio, el pactado entre las partes o, en caso de discrepancia, el que determine un experto independiente, conforme al mecanismo previsto en los artículos 353 a 356 de la Ley de Sociedades de Capital.

La Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis, tras recordar que el derecho de separación es disponible individualmente por los socios y que pue-

de ser eliminado o restringido, bien por vía estatutaria cuando todos los socios por unanimidad así lo decidan, o por pactos parasociales, parte de la consideración de que puede generar, a su vez, situaciones de abuso por parte de los socios minoritarios controlando la decisión sobre el reparto de dividendos, hasta el punto de poder llegar a poner en peligro la situación financiera de la sociedad, en casos de falta de liquidez, por ejemplo.

La finalidad de la norma no es otra, pues, que poner fin a posibles abusos en las sociedades cerradas.

La propuesta de nueva redacción pretende mantener el espíritu del artículo, protegiendo a los socios minoritarios, pero sin que puedan causarse daños irreparables a la sociedad. En definitiva, busca «encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la legítima aspiración de los socios a participar de los beneficios cuando ello sea posible y razonable».

Con tal fin, se proponen las siguientes modificaciones:

- Condicionar la aplicación del artículo a la ausencia de disposiciones estatutarias en sentido contrario. Se admite así que los socios, por unanimidad, puedan establecer en los estatutos sociales que no habrá derecho de separación aunque la sociedad, a pesar de tener beneficios, no reparta dividendos. De este modo, la norma será más dispositiva que imperativa, resultando aplicable el principio de autonomía de la voluntad plasmado en el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital. Con todo, a pesar de exigir el consentimiento de todos los socios para la supresión o modificación de esta causa de separación, se reconoce el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.
- Exigir un período de obtención de beneficios de hasta tres años consecutivos. En la actualidad se exige solamente la obtención de beneficios en el ejercicio anterior. La finalidad de esta exigencia es evitar que haya que repartir dividendos todos y cada uno de los años en los que se obtengan beneficios, para reforzar los fondos propios de la empresa.
- Reducir el porcentaje mínimo de beneficios a repartir de un tercio a un cuarto. A ello se añade –además de haber obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores– que el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años sea inferior a la cuarta parte de los beneficios totales registrados en dicho período. Cláusula que suaviza el rigor de la norma excluyendo el derecho de separación si

la media del reparto de los últimos años cumple el límite legal.

- Eliminar la controvertida referencia a los «beneficios propios de la explotación del objeto social». De este modo, se atribuye al socio minoritario el derecho a participar en el conjunto del resultado del ejercicio, incluidos los resultados extraordinarios o excepcionales, que constituyen en todo caso un concepto residual.
- Sustituir la expresión «a partir del quinto ejercicio» por «transcurrido el quinto ejercicio». Se evita así que el derecho de separación pueda reclamarse al comienzo del quinto ejercicio respecto de las cuentas del cuarto. También se sustituye, por otra parte, el hecho de haber votado a favor de la distribución de los beneficios sociales por haber hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos o su ausencia. Nueva redacción que viene a solucionar los problemas del texto actual, señalados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
- Excluir de su aplicación a las sociedades en concurso, a las que hayan comunicado la iniciación de negociaciones previstas en la Ley Concursal (para alcanzar un acuerdo de refinanciación, obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos) o a las que ya hayan alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal. Exclusiones que tratan de evitar el problema de la distribución de posibles beneficios a las sociedades que se están enfrentando a comprometidas situaciones de solvencia, manifestadas por el hecho de haber acudido al procedimiento concursal.
- Ampliar el ámbito de la excepción subjetiva a las sociedades admitidas a cotización en un sistema multilateral de negociación, como pueda ser el mercado alternativo bursátil.

Habrà que ver en qué queda tal propuesta de modificación –necesaria, sin duda, dados múltiples problemas que plantea el actual precepto–, pero, no cabe duda, de que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no ha terminado todavía su desdichado trayecto legislativo.

JUAN JOSÉ DUART ALBIOL
Abogado. Doctor en Derecho
ADADE Tarragona

