

Actualidad profesional

Sobre el reparto de beneficio y el derecho de separación del socio

(A propósito de la entrada en vigor del artículo 348 bis LSC)



Laura Gurrea
Abogada, economista y auditora de cuentas

El 1 de enero de 2017 recobró su vigencia¹ el controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, LSC) por el que se regula el derecho de separación del socio, en sociedades no cotizadas, cuando la entidad no distribuya como dividendos, al menos, un tercio de los beneficios de explotación legalmente repartibles.

Este artículo nace con la finalidad de evitar el abuso –por parte de los socios mayoritarios– de privar del reparto de dividendos a los socios minoritarios cuando no existe causa justa para su denegación. De esta forma, se configura como

un mecanismo que facilita la salida del socio minoritario que vea perjudicados sus derechos en este sentido, y le permite, siempre que cumpla una serie de requisitos, percibir de la sociedad el importe del valor razonable de sus acciones o participaciones.

Los requisitos que se deben cumplir para que se pueda ejercitar este derecho de separación son los siguientes:

1. **Que la sociedad lleve, al menos, cinco años inscrita en el Registro Mercantil.** No se exige que el disidente sea socio durante este periodo ni tampoco la negativa reiterada de la sociedad al reparto de dividendos durante esos cinco años desde la inscripción. Por tanto, la falta de reparto de dividendos en un solo ejercicio, daría derecho al socio a la separación (*vid.* SAP Barcelona –Secc. 15ª– de 30-03-2015).
2. **Que la junta general no acuerde un reparto de dividendos o que estos sean inferiores a un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social.** Respecto a qué se entiende por «beneficios propios de la explotación del objeto social» la doctrina ha considerado que deben excluirse los “beneficios extraordinarios o atípicos”. En este sentido, la aludida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2015 considera que, para fijar la base de reparto del tercio legal, habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios, los cuales los equipara al concepto de ingreso extraordinario establecido por el Plan General de Contabilidad de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, que definía esta

¹ Este artículo entró en vigor el 2 de octubre de 2011 con motivo de la promulgación de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital (que lo introdujo), y desde el 24 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016 se ha encontrado suspendida su aplicación por la Ley 1/2012, de 22 de junio, por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 11, 2014, de 5 de septiembre y por la disposición final primera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

partida como los beneficios e ingresos de cuantía significativa que no se consideraran periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa. Estableciendo, como regla general, que deben originarse por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de actividad en que opera la empresa, cumplen las siguientes condiciones: (i) que queden fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa, y (ii) que no se espere, razonablemente, que ocurran con frecuencia.

3. **Que el socio vote a favor de la distribución de dividendos.** Podría darse el caso de que en el orden del día se incluyera directamente que los beneficios repartibles sean destinados a reservas –sin incluir la distribución de dividendos–. En este caso, y suponiendo que no puede solicitar un complemento de convocatoria por tener un capital inferior al cinco por ciento en una sociedad anónima (art. 172 LSC), el socio que quiera ejercer su derecho de separación deberá votar en contra del destino de los beneficios a reservas, siendo aconsejable que deje constancia en el acta su voluntad de separación. Asimismo, en el supuesto de que el órgano de administración no convoque Junta para aprobar las cuentas anuales en el plazo establecido, el socio podrá solicitarlo al Secretario Judicial o al Registrador Mercantil del domicilio social, ex artículo 169 LSC.
4. **Que la falta de reparto de dividendos no esté amparada en una limitación legal.** Antes de proceder al reparto de dividendos se debe cumplir con las exigencias legales, tales como compensar pérdidas de ejercicios anteriores, dotar, las correspondientes reservas legales o estatutarias – en su caso– y satisfacer los impuestos.
5. **Que el socio ejercite su derecho a separación en el plazo de un mes desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta General** en la cual debió aprobarse el reparto de dividendos.
6. **Que no se trate de una sociedad cotizada.**

Una vez acreditado el cumplimiento de estos requisitos, el socio podrá ejercitar su derecho de separación y obtener el reintegro del valor de su participación.

Respecto a la valoración de las participaciones o acciones, si no existiese acuerdo entre las partes (el socio y la entidad) sobre su valor razonable, la persona que deba valorarlas o el procedimiento a seguir, será de aplicación el mecanismo fijado por el artículo 353 LSC. Este precepto dispone que, a falta de acuerdo, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. Así, la entidad que se enfrente a la separación de socios minoritarios deberá nombrar un auditor diferente al que realiza la auditoría de las cuentas sociales (caso de que esté obligada a ello), para que valore, a precio razonable, las acciones a comprar a los minoritarios que hayan votado a favor de la distribución de beneficios en la junta general y, al no haberse verificado, se acojan en plazo a tal derecho de separación.

Si bien con este procedimiento se pretende poner fin a los abusos del socio mayoritario para hacerse con el capital del minoritario, ha sido criticado por poder crear el efecto contrario, esto es, un abuso por parte de los minoritarios, principalmente, en situaciones económicas complicadas en las cuales la viabilidad de la entidad pueda verse comprometida. No obstante, en nuestra opinión, la aplicación de este artículo puede favorecer el buen funcionamiento de algunas compañías –especialmente, las familiares– en las que suele existir enfrentamiento entre socios, al permitir, de esta forma, la salida de una de las partes del conflicto. En cualquier caso, el socio minoritario que quiera ejercer su derecho deberá actuar conforme al principio de buena fe.

También se ha discutido si puede establecerse en los estatutos o pactos parasociales la limitación de este derecho. En este sentido, existen opiniones muy diversas, si bien nos decantamos por aquella parte de la doctrina que considera que el derecho de separación es disponible tanto en estatutos (por unanimidad, regla general del art. 347.2 LSC), como por pacto parasocial.

En definitiva, aunque el precepto suponga un avance respecto a los derechos que se establecen a los socios minoritarios, puede generar litigiosidad, tanto por su redacción –que trae consigo diversas dudas interpretativas– como por el posible abuso de derecho que pueda existir por parte de estos socios minoritarios. Por este motivo, siempre aconsejamos un asesoramiento de calidad que permita maximizar los intereses de las partes –sociedad y socios– de una manera eficiente, especialmente, en estas primeras juntas generales ordinarias de aprobación de cuentas de 2016 que se aproximan.