

Doctrina

El derecho de separación de los socios minoritarios de sociedades de capital no cotizadas por falta de distribución de dividendos



Francesca Corvi
Abogada

El pasado 1 de enero de 2017 entró en vigor, nuevamente, el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). El mencionado precepto fue introducido en nuestro ordenamiento a través de la reforma de la LSC operada mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Tras una vigencia de tan sólo nueve meses, la aplicación del precepto fue suspendida hasta el 31 de diciembre de 2014 por 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. Posteriormente, la disposición final primera del Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, prolongó la suspensión de la vigencia del artículo 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2016.

El precepto, que reconoce a los socios un derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, prevé que:

“1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de 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 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 lo tanto, presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son: que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil; que la junta general no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social; que los beneficios sean legalmente repartibles; que el socio haya 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 y que no se trate de una sociedad cotizada.

La norma refuerza en consecuencia el derecho del socio minoritario al dividendo (consagrado en el artículo 93 LCS) puesto que ofrece al mismo una herramienta poderosa para obligar a la sociedad a repartir –como mínimo- un tercio de los beneficios ya que, en caso contrario, podría verse obligada a abonar el importe correspondiente a las participaciones o

acciones del socio que hubiera ejercitado el derecho de separación.

De acuerdo con la enmienda por la que se introdujo el artículo en el proyecto «*El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo ese derecho. La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.*

De otra parte, con la fórmula 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.»

Por ello, el cometido del artículo 348 bis LSC es ofrecer una salida a aquellas situaciones de abuso contra al socio minoritario cuando se ve privado de los dividendos por la mayoría de accionistas. Hasta la introducción del mecanismo previsto por el precepto en cuestión, el socio minoritario estaba obligado a litigar contra la sociedad vía abuso de derecho (solución adoptada por la jurisprudencia), o bien a vender sus títulos, con la dificultad que ello conlleva teniendo en cuenta de que se trata de una participación minoritaria en una sociedad no cotizada.

No obstante, se han avanzado numerosas críticas a la redacción del artículo 348 bis LSC toda vez que, al configurar el derecho de separación de forma objetiva y automática sin tener en cuenta la situación económica de la compañía, podría derivar en un posible ejercicio abusivo por parte del socio minoritario que podría llegar a forzar a la empresa a distribuir los dividendos, o bien a abonar el importe de sus participaciones ejercitando el derecho de separación, en perjuicio del interés social. Este posible ejercicio abusivo del derecho fue lo que motivó, en su día, la suspensión del precepto a fin de garantizar la viabilidad de empresas que no

podieran asumir ni el reparto ni el reembolso en tiempos de crisis.

Al margen de la preocupación que genera la configuración en sí del derecho, es previsible que este artículo genere un alto grado de litigiosidad en torno a la interpretación de los requisitos toda vez que, desde su introducción en nuestro ordenamiento y durante el escaso tiempo en que estuvo en vigor, ha suscitado numerosas dudas interpretativas.

Durante los anteriores nueve meses de vigencia, se interpusieron numerosas reclamaciones por parte de socios minoritarios en ejercicio del derecho de separación, lo que dio lugar a varios pronunciamientos judiciales que permiten intuir cual será la interpretación de los requisitos por parte de los tribunales. Entre otras, la sentencia número 81, de 26 de marzo de 2015, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, recurso 175/2014 y la sentencia número 322 de 2 de diciembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, recurso 372/2015.

Siguiendo el orden ofrecido por el artículo 348 bis LSC, el derecho de separación se podrá ejercitar a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil. El cómputo en ejercicios en vez de por años da lugar a dudas como por ejemplo si el quinto ejercicio queda incluido o no. La jurisprudencia lo ha matizado en el sentido que la decisión de no distribuir los beneficios debe tomarse en el sexto ejercicio.

Requisito más conflictivo consiste en que *“el socio haya votado a favor de la distribución de los beneficios sociales”*. ¿Qué ocurre si el orden del día contempla una propuesta de aplicación del resultado distinta a la distribución de dividendos y el socio no tiene facultad de exigir un complemento de la convocatoria?. Para disipar estas dudas, la Audiencia Provincial de Barcelona, entiende que no sería necesario solicitar el complemento de la convocatoria puesto que ello supondría vedar *“el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios 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”*.

A fin de poder ejercitar el derecho, por lo tanto, es suficiente *“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.”*

Entiende la Audiencia *“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.”

Ulterior requisito para el ejercicio efectivo del derecho reconocido por el artículo 348 bis LSC es que la sociedad “*no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior*”. Las dudas interpretativas en este punto se focalizan acerca de lo que debe entenderse por “beneficios propios de la explotación del objeto social”. La Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia antes citada, atiende al criterio contenido en la justificación de la enmienda que posteriormente se convertiría en el precepto analizado y rechaza la interpretación que se limite al análisis del objeto social toda vez que existen ingresos que, pese a ser ajenos al objeto social, contribuyen a la consecución del fin social. Deben excluirse los beneficios extraordinarios o atípicos y, al respecto, entiende la Audiencia “*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*”.

Como último requisito, se quiere que los beneficios sean legalmente repartibles refiriéndose a que no deben existir limitaciones legales para su reparto.

En cuanto al ejercicio en sí del derecho, la norma prevé un plazo de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. Al respecto señalar que, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en la sentencia número 372 de 2 de diciembre de 2015, reconoció como válido el ejercicio del derecho en la propia junta, sin perjuicio de la posterior comunicación remitida a la sociedad (que en ese caso concreto se produjo una vez entrada en vigor la suspensión del artículo 348 bis LSC).

En definitiva, sin perjuicio de los pronunciamientos analizados, nos encontramos seguramente ante un precepto que genera numerosas dudas hermenéuticas que, a su vez, generarán un alto grado de litigiosidad, bien en cuanto a los requisitos y a la interpretación de los mismos, bien en cuanto al contenido en sí del derecho y su posible ejercicio abusivo.