

Entrada en vigor del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: derecho de separación del socio en caso de falta de reparto de dividendos

Les informamos que con fecha **1 de enero de 2017 ha entrado en vigor el artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio**, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), que dispone el **derecho de separación del socio en caso de falta de distribución de dividendos**.

Dicho artículo establece:

“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.”

A.- Origen, entrada en vigor y suspensión del artículo

El artículo fue introducido por 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 11-7-2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Sin embargo, dada la crisis económica del país, se suspendió la vigencia de este artículo hasta el 31 de agosto de 2014 y posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2016 en virtud 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, y después mediante el Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

Por tanto, dicho artículo únicamente estuvo vigente alrededor de 9 meses, y finalmente ha vuelto a entrar en vigor con efectos 1 de enero de 2017.

Puesto que el derecho previsto en el artículo que nos ocupa surge en el momento en que se vota sobre la aplicación del resultado, se aplicará respecto de cualquier acuerdo de aplicación de resultado adoptado a partir de 1 de enero de 2017.

B.- Justificación del artículo 348 bis LSC

La razón esgrimida por el legislador para incluir dicho artículo es evitar el abuso de la mayoría, pretendiendo dotar al socio minoritario de un mecanismo con el que poder recuperar su inversión cuando la sociedad optase por no repartir dividendos.

Sin embargo, esta norma ha sido muy criticada por ser contraria a la libertad de empresa, pudiendo ser perjudicial para la sostenibilidad y desarrollo del negocio en un contexto de crisis.

C.- Requisitos de aplicación

El artículo 348 bis LSC exige una serie de requisitos:

1.- Elemento temporal: “A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad”.

El legislador no se refiere a cinco años (anualidades) desde la inscripción registral, sino a cinco ejercicios económicos, incluyendo ejercicios económicos de duración inferior al año natural, que deben computarse como ejercicios completos a efectos legales.

La norma no exige reiteración en la falta de reparto del dividendo.

2.- Elemento objetivo o fáctico: “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 exigibles”.

En relación con el concepto “beneficios propios de la explotación” no está exento de polémica, no coincidiendo con el concepto contable.

Deben entenderse como beneficios disponibles (repartibles) por la sociedad, y su cálculo debe realizarse, por tanto, tras descontar el importe del impuesto sobre los beneficios correspondientes, así como las dotaciones legalmente necesarias.

Parece pacífico que el “beneficio propio de la explotación” excluye resultados extraordinarios. Esta cuestión ha sido examinada por la Sentencia de la AP de Barcelona 81/2015 de 26 de marzo, concluyéndose que para tener carácter de extraordinarios los ingresos no deben proceder de la actividad típica de la empresa, pero además tienen que tener una cuantía significativa y no ser recurrentes.

3.- Elemento personal: “El socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales”.

En siguiente lugar, el legislador concede únicamente el derecho de separación a aquellos socios que hubieran votado a favor de la distribución de beneficios en la Junta General, excluyendo, por tanto, a aquellos que (i) no han asistido a la Junta, y aquellos que (ii) se han abstenido en la votación.

Una interpretación estrictamente gramatical podría derivar en situaciones anómalas, por ejemplo si no existe literalmente una propuesta de distribución de dividendo sino por ejemplo de aplicación del resultado a reservas. En este caso la Sentencia de la AP de Barcelona de 26 de marzo de 2015 señala que hay que entender que siempre que la propuesta de aplicación del resultado no implique un reparto de dividendos superior al mínimo legal, los socios que han votado en contra, tendrán derecho de separación. No obstante, es conveniente que en la Junta dejen constancia expresa de su voluntad favorable al reparto reservándose el citado derecho.

D.- Plazo para el ejercicio del derecho

El plazo para el ejercicio del derecho será de un mes desde la fecha de celebración de la Junta.

E.- Forma de ejercicio

El artículo que nos ocupa exige forma escrita para el ejercicio del derecho, siendo suficiente cualquier forma de comunicación escrita dirigida a la sociedad, si bien, desde el punto de vista de la prueba es conveniente notificación notarial o burofax que certifique la recepción y el contenido.

Posteriormente, los pasos a seguir serán: (i) valoración de las acciones/participaciones: si no existe acuerdo se nombrará un experto independiente con este fin designado por el Registrador Mercantil; (ii) reembolso: en el plazo de dos meses desde la recepción del informe de valoración, y (iii) reducción de capital o adquisición derivativa de conformidad con los arts. 140 y 359 de la LSC.

F.- Posibles límites

Es controvertido si se puede limitar el derecho de separación por el no reparto del dividendo mediante los estatutos sociales.

Algunos autores sostienen que no es posible al tener los supuestos de separación carácter de orden público. Y porque en la propuesta de Código de sociedades se admitía la posibilidad de previsión estatutaria en contra del reparto de dividendos, por lo que al no preverlo la norma aprobada no es posible.

Sin embargo, también puede defenderse la postura contraria, al no estar salvaguardándose ningún principio básico de las sociedades de capital. La LSC permite en general la libre configuración de los derechos de los socios, previendo acciones y participaciones con derechos distintos, siendo el derecho al dividendo uno de los que permite la diferencia de trato.

Incluso el legislador ha previsto expresamente que el régimen de reparto de dividendos esté condicionado por lo que establezcan los estatutos, a través de la reserva estatutaria de acuerdo con el art. 273 de la LSC. Si bien, a partir de ahora la reserva estatutaria requerirá el acuerdo unánime de los socios para evitar infringir su derecho.

En todo caso esta posibilidad aún no ha sido resuelta por los Registros ni la DGRN, por lo que su posible inscripción no está confirmada.