



Entrada en vigor del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital sobre el derecho de separación por falta de distribución de dividendos

Resumen ejecutivo

El pasado 1 de enero de 2017 volvió a entrar en vigor el controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), suspendido desde el 24 de junio de 2012 hasta el pasado 31 de diciembre de 2016 a través 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.

Dicho artículo reconoce un derecho de separación de la sociedad a los accionistas de sociedades anónimas no cotizadas y a los socios de sociedades limitadas cuando, cumplidas determinadas condiciones, ésta no proceda a la distribución de dividendos.

La incorporación a la LSC de un derecho de separación por falta de distribución de dividendos trae causa en la necesidad de establecer un mecanismo de protección de los socios minoritarios frente a un posible abuso de la mayoría. Dicho abuso consistiría en la privación injustificada de la repartición de los dividendos por parte de la sociedad a los socios que hubieran votado a favor del acuerdo de distribución de beneficios sociales.

Mediante la presente circular, les describimos: (i) los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para ejercitar el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos; (ii) el plazo y la forma para su ejercicio; (iii) la posible irretroactividad o no del citado derecho así como, (iv) su regulación estatutaria.



Contenido del derecho

Introducción

El pasado 1 de enero de 2017 volvió a entrar en vigor el controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), suspendido desde el 24 de junio de 2012 hasta el pasado 31 de diciembre de 2016.

Dicho artículo se aprobó a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC 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, estando inicialmente suspendida su aplicación desde el 24 de junio de 2012 hasta el pasado 31 de diciembre de 2014 en virtud del artículo primero 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. Dicha suspensión fue posteriormente prorrogada hasta la fecha indicada por las Disposiciones Finales Primeras del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, ambas de medidas urgentes en materia concursal, esto es, hasta el pasado 31 de diciembre de 2016.

El citado derecho, que se otorga a los accionistas y a los socios de sociedades anónimas no cotizadas y de sociedades limitadas, respectivamente, establece que, a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, el socio o accionista que hubiese votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá el derecho de separación de la sociedad en el caso de que la junta general de la sociedad no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social de la sociedad.

Requisitos para su ejercicio

Con base a lo previsto en el mencionado precepto legal y en la doctrina jurisprudencial relativa a su interpretación desde la regulación del citado artículo, pasamos a analizar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para ejercitar el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos:

i. Que la sociedad lleve inscrita cinco años en el Registro Mercantil:

De la redacción del precepto que nos ocupa se desprende que el derecho de separación se podrá ejercitar a partir del sexto (6) año desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y años siguientes, en relación con los resultados de los ejercicios anteriores, estos son, los resultados del quinto (5) ejercicio desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y los resultados de los ejercicios posteriores.

Por lo que, en el caso de una sociedad que a 31 de diciembre de 2016 llevaba inscrita más de cinco (5) ejercicios, la norma se aplica al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016 (tomando como fecha de cierre el 31 de diciembre) y sobre el que se aprobará su distribución en el sexto ejercicio, esto es, en la reunión de la junta general ordinaria que se celebre durante el año 2017.

El ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos por parte de la sociedad, que entró de nuevo en vigor el pasado 1 de enero de 2017, se otorga a los accionistas de sociedades anónimas no cotizadas y a los socios de las sociedades limitadas.

Requisitos

ii. Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos:

Habida cuenta que el sentido del voto cambia según la redacción del punto del orden del día, se debe entender que estarán legitimados para ejercitar el derecho de separación aquellos socios que hubieran votado a favor de la distribución de dividendos o, en su caso, aquellos que hubieran votado en contra de su retención o en contra de destinarlos a reservas.

Asimismo, conforme la doctrina jurisprudencial existente, los socios que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto también estarán legitimados para ejercer el citado derecho; no obstante, la jurisprudencia considera que no estarán legitimados para ejercerlo: (i) aquellos socios que no asistieron a la junta general; (ii) aquellos que asistieron a la junta general pero se abstuvieron en la votación o votaron en blanco; (iii) los morosos en el pago de desembolsos pendientes así como; (iv) los titulares de participaciones o acciones sin voto.

iii. Que la junta general no acuerde un reparto de dividendos de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior:

La indicada expresión se refiere a la actividad ordinaria de la sociedad, por lo que, de los mencionados beneficios se excluyen los beneficios extraordinarios o atípicos así como las plusvalías susceptibles de ser reflejadas en la contabilidad (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo), evitándose así tener que repartirlos como dividendos.

iv. Que los beneficios sean legalmente repartibles:

En caso de que exista una limitación legal que justifique la no repartición de beneficios, como, por ejemplo, la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o estatutarias, éstos no se considerarán beneficios legalmente repartibles, por lo que no computarán como tales.



Requisitos para su ejercicio: que (i) la sociedad lleve 5 años inscrita en el Registro Mercantil; (ii) el socio hubiese votado a favor de la distribución; (iii) la junta no acuerde un reparto de dividendos de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación durante el ejercicio anterior; (iv) los beneficios sean repartibles.

Derecho de separación del socio o accionistas por falta de distribución de dividendos

Procedimiento

Plazo para el ejercicio

Los socios que reúnan los requisitos anteriormente citados dispondrán del plazo de un (1) mes para el ejercicio por escrito del citado derecho ante la sociedad, a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta General de socios o accionistas en la que se hubiera adoptado el acuerdo de no repartir dividendos, sin que se requiera la aceptación de la sociedad.

Una vez efectuada la comunicación durante el plazo indicado anteriormente, ésta operará automáticamente y la sociedad estará obligada a comprar las participaciones sociales o acciones de los socios que pretenden separarse.



Forma del ejercicio

Según la doctrina jurisprudencial relativa al citado artículo, el derecho de separación por falta de distribución de dividendos se podrá ejercer mediante una comunicación por escrito que permita acreditar la realización del envío, y que deberá ir dirigida a la sociedad, produciendo efectos desde el momento de la recepción, sin que se requiera la aceptación por parte de la sociedad.

Compraventa de las acciones o participaciones

Cumplíndose los requisitos anteriores y, ejercido el derecho de separación por el socio que haya votado a favor de la distribución del dividendo en el plazo indicado, la sociedad estará obligada a comprar las acciones o participaciones del socio.

El precio de compra será el valor razonable de las acciones o participaciones acordado entre la sociedad y el socio o determinado por un tercero conforme al procedimiento de valoración pactado entre las partes. En defecto de acuerdo, el valor razonable de las participaciones o acciones será determinado por un tercero experto independiente designado por el Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad a solicitud de esta última o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. En este caso, la retribución fijada por el experto independiente deberá ser satisfecha por la sociedad.

Plazo de 1 mes para el ejercicio por escrito del derecho ante la sociedad a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta General en la que se hubiera adoptado el acuerdo de no repartir dividendos. Obligación de la Sociedad de comprar las participaciones o acciones afectadas.

Irretroactividad

De conformidad con el principio general de irretroactividad de las leyes establecido en el artículo 2.3º del Código Civil, las disposiciones legales no ordenan más que el porvenir ni rigen más actos que aquéllos que se producen con posterioridad a su promulgación y entrada en vigor.

Conforme la anterior, podríamos considerar que el levantamiento de la suspensión del artículo 348 bis no tendrá efectos retroactivos; no obstante, dicha suspensión no podrá afectar al derecho de separación que se hubiese configurado legalmente en el transcurso de una Junta General celebrada con anterioridad al 24 de junio de 2012, fecha en la que se acordó a través de la Ley 1/2012 la suspensión de dicho artículo.

Regulación estatutaria

Una última cuestión relevante es si se considera que la regulación del citado derecho es imperativa y, por tanto, no se puede limitar su ejercicio en los estatutos sociales; por lo que, se debería tener en cuenta este aspecto en la redacción de los estatutos sociales de la Sociedad, más aún si el reparto de beneficios se regula en los estatutos de forma contraria a lo establecido en el citado artículo.

Dicha imposibilidad de regular un pacto contrario a dicho derecho tiene sentido si atendemos a la voluntad del legislador de proteger a los socios minoritarios; protección que quedaría desvirtuada por un acuerdo de la mayoría que limitara el ejercicio del derecho de separación en dicho supuesto.

Asimismo, teniendo en cuenta que la norma del artículo 348 bis de la LSC parece que no deja margen a establecer ningún tipo de excepción legal o estatutaria a su aplicación automática, nos planteamos qué ocurre en determinados supuestos en que el reparto de dividendos se pueda ver afectado por situaciones de dificultad de liquidez de la Sociedad o el posible reparto contravenga determinados acuerdos con terceros.

En la línea de lo anterior, una parte de la doctrina considera que la norma podría tener carácter dispositivo y, por tanto, se permitiría un pacto estatutario que limitase el ejercicio de tal derecho atendiendo a que la regulación del derecho de separación es disponible bien por estatutos, si existe unanimidad de todos los socios en los términos del artículo 347.2 de la LSC, bien como pacto parasocial.

En cualquier caso, será una cuestión a analizar en cada caso y que estaría pendiente de aclararse por el Registro Mercantil afectado en cada caso o, incluso, por la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN).

Es una cuestión a analizar en cada caso y, pendiente de aclararse por los Registradores Mercantiles o, en su caso, por la DGRN si se puede limitar mediante regulación estatutaria o, por pacto parasocial, el ejercicio del citado derecho de separación.

Síguenos en :



www.duransindreu.com

Persona de contacto

M^a Rosa Rovira Garcia

Asociado

Área mercantil Durán-Sindreu

mrrovira@duransindreu.com

Esta publicación contiene exclusivamente información general sobre la materia objeto de la presentación. A través de la misma Durán-Sindreu no emite opinión jurídica o técnica relativa a ningún supuesto concreto.

Antes de tomar cualquier decisión sobre su caso particular le recomendamos consultarnos para adoptar una solución a su caso concreto o acudir a un asesor profesional con la debida cualificación. Durán-Sindreu no será responsable de las pérdidas o daños que pueda sufrir cualquier persona o entidad que consulte esta publicación.

© Durán-Sindreu Asesores Legales y Tributarios, S.L.P.

N.I.F. B-62340716 / VAT ES-B62340716
Avda. Diagonal, 618, 3^a, 08021 de Barcelona.
☎ 93-602-52-22

Sociedad profesional inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona en el tomo 41.890, folio 71, hoja 223.258.