

MAYO 2019



EL DERECHO DE SEPARACIÓN DE SOCIOS POR INSUFICIENCIA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.
ANÁLISIS PRÁCTICO

El pasado 29 de diciembre de 2018 fue publicado en el **BOE la Ley 11/2018, de 28 de diciembre**, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Entre las modificaciones introducidas por dicha norma, que entro en vigor al día siguiente de su publicación, fue modificada la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, “LSC”)¹ en el sentido de introducir una nueva redacción al artículo 348 bis, relativo al derecho de separación de socios² en aquellos supuestos de insuficiencia de distribución de dividendos.

La nueva redacción del artículo 348 bis de la LSC se transcribe al final de esta nota.

1.- Introducción y antecedentes

Dentro de los fines de las sociedades mercantiles, conforme al artículo 116 del Código de Comercio³, se encuentra la obtención de lucro, es decir, lograr beneficios para sus socios. Uno de los “*derechos fundamentales del socio*”, desde la perspectiva económica, es el reconocido en el

Uno de los “derechos fundamentales del socio” es el de participar en el reparto de las ganancias sociales

¹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

² Los supuestos y procedimiento de separación de socios se regulan en el Título IX de la LSC denominado “*Separación y exclusión de socios*”.

³ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio

artículo 93 a) de la LSC, de participar en el reparto de las ganancias sociales, es decir, de percibir los dividendos correspondientes y proporcionales, salvo algunas excepciones, a la participación que ostente en la compañía.

Una vez acordado por la Junta General el reparto de las ganancias, previo cumplimiento de los requisitos legales (tales como existencia de un patrimonio neto superior al capital social⁴, dotación de reserva legal⁵, de reserva por investigación y desarrollo⁶ o por autocartera⁷, así como, en su caso, de reservas estatutarias) nace el derecho del socio a percibir su dividendo.

El legislador, con el fin de reforzar este derecho de los socios y pensando en la protección de los minoritarios, incorporó por medio de la Ley 25/2011 de reforma parcial de la LSC e incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2007/36/CE⁸, el artículo 348 bis de la LSC, con una redacción inicial un tanto controvertida. Dicho precepto, poco tiempo después de su entrada en vigor, fue suspendido en su aplicación –en dos ocasiones– desde el 24 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016⁹, por razón de las dudas interpretativas que presentaba y la situación de crisis económica generalizada. La modificación operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre trata de arrojar cierta luz sobre esta cuestión y despejar las dudas que presentaba la anterior redacción del artículo

348 bis de la LSC, además de introducir otras modificaciones.

Con carácter previo al análisis de esta nueva redacción del artículo 348 bis de la LSC, debemos retrotraernos a la Proposición de Ley¹⁰ de diciembre de 2017 que constituye la génesis de la modificación del precepto (en adelante, la “**Proposición de Ley**”) con el fin último de aportar más claridad al mismo y en evitación de un incremento de la litigiosidad. En la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, se indica que, el ahora reformado artículo, en su redacción original intentaba otorgar un mecanismo de separación de la sociedad a aquellos socios minoritarios que veían cómo su derecho al dividendo se veía restringido por la toma de decisiones de los socios mayoritarios en la Junta General Ordinaria de aprobación de Cuentas Anuales y aplicación del resultado¹¹. Estos socios mayoritarios en dicho acuerdo de aplicación del resultado tendían a oponerse al reparto del dividendo y acordaban reinvertirlo en la sociedad, toda vez que, además, dichos socios pueden obtener rendimientos de la sociedad por otras vías complementarias o alternativas tales como, por ejemplo, remuneraciones de administradores, arrendamiento de activos a la sociedad, o préstamos financieros y/o participativos, entre otros (todo ello en el marco y con los límites que determina la normativa sobre operaciones vinculadas, por tratarse de operaciones con socios y/o administradores).

Si bien en las sociedades cotizadas el accionista puede optar por transmitir sus acciones en el mercado, no ocurre lo mismo en las sociedades cerradas, en las que el socio minoritario puede verse atrapado en la sociedad, sin posibilidad de

⁴ Artículo 273.2 LSC.

⁵ El artículo 274.1 de la LSC obliga a destinar el 10% de los beneficios anuales hasta alcanzar una reserva legal del 20% de la cifra de capital social.

⁶ Artículo 273.3 LSC.

⁷ Art. 140 y siguientes LSC.

⁸ 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.

⁹ Se suspende la aplicación hasta el 31 de diciembre de 2014 por la disposición transitoria añadida por el art. 1.4 de la Ley 1/2012, de 22 de junio. Se suspende la aplicación hasta el 31 de diciembre de 2016 por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. Se ratifica la suspensión de la aplicación hasta el 31 de diciembre de 2016 por la disposición final 1.2 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

¹⁰ 122/000151 Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de 1 de diciembre de 2017, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

¹¹ Artículo 273 Ley de Sociedades de Capital.

percibir dividendos, ni de corregir este tipo de decisiones en Junta al ser minoritario y/o, en última instancia, sin poder deshacerse de su participación en la compañía y recuperar su inversión por falta de mercado y por tanto de liquidez.

Por otra parte, no debe perderse de vista que esta vía extraordinaria de separación de socios, no está exenta de polémica y riesgos, toda vez que puede poner a la compañía en una situación delicada, pudiendo afectar a su solvencia, al tener que hacer frente al pago de la participación del socio que se separa¹² o incluso a su viabilidad, pues la mayor parte de las sociedades se constituyen con la cifra mínima de capital, pudiendo quedar la cifra de capital social por debajo del mínimo legal y, por tanto, incurso en causa de disolución legal¹³ como consecuencia del ejercicio de este derecho, salvo que la sociedad disponga de reservas o tesorería suficiente. Llegado este punto, compartimos el criterio que apunta algún autor quien, valorando en general como positiva la modificación, ha venido a indicar que *"se echa en falta una causa expresa de exclusión del derecho de separación cuando el reparto pueda comprometer en el corto y medio plazo tanto la solvencia como la viabilidad de la sociedad a causa de incumplimiento de obligaciones con terceros o por tensiones de tesorería"*¹⁴.

La vía extraordinaria de separación de socios, no está exenta de polémica y riesgos

¹² El reembolso de la participación se regula en el artículo 356 de la LSC.

¹³ El artículo 363.1 f) de la LSC constituye como causa legal de disolución obligatoria tener una cifra de capital social, inferior a los 3.000 euros en una SL o a los 60.000 euros en una S.A.

¹⁴ Manuel Calavia, profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 949 de 28 de febrero de 2019.

Debe tenerse en consideración que pueden darse supuestos en los que una sociedad haya presentado beneficios de forma continuada en el tiempo, existiendo motivos fundados en las circunstancias propias de la compañía o de su sector de actividad que aconsejen no distribuir los dividendos destinándose, por ejemplo, a planes estratégicos de consolidación o de expansión y crecimiento, reducción de deuda financiera, etc. En estos casos, si el interés social así lo aconseja y el acuerdo de no distribución de dividendos es adoptado por la mayoría (sin que suponga un supuesto de abuso de derecho) resulta, al menos cuestionable, el nacimiento de este derecho separación, sin que la nueva redacción del precepto analizado regule una "salida" para situaciones de este tipo, más allá del hecho de exigir una cierta estabilidad financiera de la sociedad como requisito previo al ejercicio del derecho de separación por este motivo¹⁵.

2.- Descripción y análisis de las novedades incorporadas

2.1. Sociedades sujetas y supuestos excluidos.

El derecho de separación previsto en el artículo 348 bis de la LSC se encuentra reconocido, salvo disposición contraria en los Estatutos, para todos los socios y accionistas tanto de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como Anónimas no cotizadas. El apartado 5º del Artículo desarrolla los supuestos en los que no será de aplicación este derecho:

¹⁵ "1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles *siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores.*"

a) Por el tipo de sociedad

- i) Las sociedades cotizadas en el mercado secundario y aquellas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación, es decir las que negocien sus acciones en el **Mercado Alternativo Bursátil (MaB)**.
- ii) Sociedades Anónimas Deportivas.
- iii) Entidades de crédito (EC), establecimientos financieros de crédito (EFC), empresas de servicios de inversión (ESI) a las que se les aplique el Reglamento UE nº 575/2013, entidades de pago (EP) y entidades de dinero electrónico (EDE)¹⁶.

b) Por la situación de desequilibrio patrimonial en que se encuentre la sociedad (con independencia del tipo -anónima o limitada-)

- iv) Sociedad que se encuentre en **concurso de acreedores**¹⁷.
- v) Sociedades que se encuentren en **situación pre-concursal** del artículo 5 bis de la Ley Concursal¹⁸ (en adelante “**LC**”).
- vi) Sociedades que hayan alcanzado un **acuerdo de refinanciación** que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación

concursal (Homologado judicialmente según la Disposición Adicional Cuarta y art 71 bis de la Ley Concursal).

2.2. Regulación del derecho de separación en los estatutos sociales. Pactos Parasociales.

La nueva redacción legal resuelve la discusión doctrinal respecto de la posibilidad de renunciar a este derecho, permitiendo que los estatutos sociales puedan establecer disposiciones contrarias a este derecho o bien modificarlo para su adaptación a las circunstancias de los socios, del proyecto y de la compañía.

Si se acuerda suprimir o modificar en los estatutos sociales este derecho de separación será preciso:

- i) O bien el consentimiento de todos los socios¹⁹,
- ii) O bien la mayoría (suficiente para modificar los estatutos), si bien en este caso a los socios que no voten a favor de esta modificación (bien por votar en contrario, abstenerse o, simplemente, no asistir a la Junta) se les reconoce el derecho de separación.

También será posible regular este derecho de separación en el ámbito interno de relaciones por vía de pactos parasociales -que afecte a uno o a más socios- bien con la propia sociedad y en interés de ésta, con otros socios, e incluso con terceros (por ejemplo por exigencia de entidades financieras en procesos de financiación – prohibición de repartir dividendos y/o compromisos de permanencia en la sociedad-), todo ello en los términos y condiciones que se acuerde, con total libertad de forma.

¹⁶ Esta exclusión se regula o incorpora con posterioridad en la Disposición Adicional 11ª de la LSC incorporada por la Disposición Final 4ª del Real Decreto-ley 19/2018.

¹⁷ Según Auto firme de declaración del concurso ex art. 21 y concordantes de la Ley Concursal.

¹⁸ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

¹⁹ En la presente nota nos referiremos a socios tanto para los socios de una SL como para los accionistas de una SA.

Si bien, como es sabido, los pactos parasociales al no estar inscritos en el Registro Mercantil pueden ser objeto de incumplimiento y, por lo tanto, no aplicarse lo regulado entre ellos hasta que se dictamine su aplicabilidad a través de un procedimiento judicial.

2.3. Configuración y requisitos del derecho de separación.

Este derecho de separación se encuentra establecido en favor de todos los socios, con independencia de si tienen la consideración de mayoritarios o minoritarios (si bien es una norma que tiene por objeto la protección de los minoritarios frente a eventuales abusos de la mayoría) y con independencia de si el socio es persona física o jurídica, de su nacionalidad o de cualesquiera otras circunstancias personales.

i) Requisito temporal

Desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil debe haber transcurrido un período de cinco (5) ejercicios para permitir el ejercicio de este derecho. El legislador ha considerado necesario aclarar las dudas de interpretación de la redacción anterior y establecer un período inicial de cinco ejercicios de vida de la sociedad para la consolidación del negocio, por lo que es a partir del sexto año, en el momento de acordar la distribución de dividendos del quinto año, cuando resulta posible el ejercicio de este derecho. Ello significa que, si desde la constitución de la sociedad, en función del plan de negocio e inversiones, se conoce o prevé que el período de maduración del negocio –con reinversión de dividendos, etc.- puede ser superior a cinco años, se recomienda el establecimiento de medidas “*ab initio*” bien para la renuncia, bien para la modificación o adecuación de este derecho.

ii) Requisitos cuantitativos

En primer lugar, es necesario que la sociedad haya **obtenido beneficios en los tres ejercicios anteriores**, lo que supone tener que volver a iniciar el cómputo de tres años si hubiera pérdidas en uno cualquiera de los tres años anteriores.

En segundo lugar, es preciso **que, además (de forma cumulativa junto con el requisito anterior), en el último lustro se haya distribuido de forma acumulada (en total) menos del 25% de los beneficios legalmente distribuibles de los años en análisis**. En este sentido, entendemos que una vez determinado el beneficio legalmente atribuible registrado en el ejercicio en cuestión y calculado su 25% se debe comparar con la suma acumulada de los dividendos distribuidos durante los cinco ejercicios anteriores para la verificación del cumplimiento del requisito. Es decir, no surgiría el derecho de separación si la suma total de los dividendos distribuidos en los cinco años anteriores es igual o superior al 25% de la cifra legalmente distribuible durante dicho periodo.

Estos condicionantes, tienen por objeto considerar la evolución de los dividendos distribuibles en un período de tiempo continuado y no un simple análisis aislado de un sólo ejercicio, lo cual nos parece coherente con la relevancia y alcance de este derecho excepcional.

Se pretende asimismo resolver con la nueva redacción legal del precepto una cuestión no exenta de controversia e interpretaciones: el concepto de “beneficios” a efectos del ejercicio del derecho de separación. Inicialmente se concretó en la norma en los “**beneficios propios de la explotación del objeto social**”²⁰, que fue interpretado por los Juzgados de lo Mercantil como los beneficios de “*la actividad ordinaria, excluyendo beneficios extraordinarios y plusvalías*”

²⁰ El único precedente parecido de este concepto se encuentra en el artículo 128 de la LSC cuando se refiere a las reglas de liquidación del usufructo.

susceptibles de ser reflejadas en la sociedad”, considerando ingresos extraordinarios los que caen fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa y aquellos de los que no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia, sean excepcionales y de cuantía significativa²¹. Esta conceptualización podía tener difícil encaje en determinadas sociedades como por ejemplo las patrimoniales o las sociedades holding, de forma que determinados resultados podían quedar excluidos tales como la plusvalía procedente de la transmisión de determinados activos.

La nueva redacción de “**beneficios legalmente distribuibles**”, además de zanjar las discusiones habidas, centra la cuestión en este concepto según se recoge en el artículo 273 de la LSC, así como en disposiciones complementarias y de desarrollo, donde es destacable la normativa contable²² y las Resoluciones del ICAC²³.

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 81/2015 de 26 de marzo –EDJ 2015 128110, y sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 21 de junio de 2013 –Jur 2013/330722, del Juzgado de lo Mercantil de nº 9 de Barcelona de 25 de septiembre de 2013 –Jur 2013/330448 y Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 15 de diciembre de 2014 –Jur2016/109614.

²² Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PGC-PYMES) aprobado por el Real Decreto 1515/2007.

²³ El 11 de marzo de 2019 se ha publicado en el BOE la Resolución del ICAC de 5 de marzo sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, que será de aplicación a las cuentas anuales de ejercicios iniciados a partir de 2020. En los artículos 3 sobre Definiciones y 28 sobre aplicación del resultado se define el concepto de beneficio distribuible como el máximo que puede ser distribuido y repartido como dividendos a los socios. “**Beneficio distribuible:** es el agregado del resultado del ejercicio, de acuerdo con el balance aprobado, y los siguientes ajustes:

a) Positivos.

1.º Las reservas de libre disposición, y

2.º El remanente.

b) Negativos.

1.º Los resultados negativos de ejercicios anteriores. No obstante, el exceso de estos resultados sobre los ajustes positivos solo se incluirá como ajuste negativo en la parte en que no estén materialmente compensados con el saldo del importe de la reserva legal y de las otras reservas indisponibles preexistentes, y

2.º La parte del resultado del ejercicio en que deba dotarse la reserva legal y las restantes atenciones obligatorias establecidas por las leyes o los estatutos.

A los exclusivos efectos de cuantificar el beneficio distribuible, el resultado del ejercicio deberá incrementarse en el importe de los gastos financieros contabilizados al cierre del periodo en concepto de dividendo mínimo o preferente.

La prima de emisión y la prima de asunción constituyen patrimonio aportado que puede ser objeto de recuperación por los socios, en los mismos términos que las

En tercer lugar, se reduce del 30% al **25% el porcentaje mínimo de beneficios legalmente distribuibles del ejercicio a repartir.**

En conclusión, se endurecen notablemente los requisitos para el ejercicio de este derecho de separación por parte del socio.

2.4. Plazo de ejercicio del Derecho de separación.

No sufre variación, manteniéndose en **un (1) mes a contar desde la fecha de celebración de la Junta general** ordinaria en la que se adoptó el acuerdo sobre aplicación de resultados²⁴.

2.5. Requisitos formales para el ejercicio del derecho de separación.

Es necesario para el ejercicio de este derecho que el socio **i) vote en la junta en contrario del acuerdo de distribución de los resultados y, ii) solicite que conste en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos** (sólo se exige que conste su protesta, no siendo necesario que el socio justifique o tenga que especificar cuestiones como por ejemplo una propuesta de cifra a repartir).

A nuestro juicio es irrelevante si el socio vota personalmente, representado por un tercero o por medios telemáticos. Lo importante es que conste en acta su protesta formal²⁵.

Cuestión diferente es si estamos en una sociedad anónima en la que se hubiere podido establecer

reservas de libre disposición, y las aportaciones de los socios reguladas en el artículo 9.

En todo caso la distribución de resultados o la devolución de las aportaciones indicadas en el párrafo anterior, estará sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 28.”

²⁴ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 1 de febrero de 2018 (núm. 34/2018)

²⁵ Se recoge el criterio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 81/2015 de 26 de marzo –EDJ 2015 128110. La sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de diciembre de 2015 (núm. 322/2015), admite cumplido el requisito con la constancia en acta notarial de la Junta del ejercicio de derecho de separación de forma oral por el socio.

un número mínimo de acciones para asistir a la Junta²⁶, lo que supondría la privación de este derecho a estos socios micro-minoritarios (salvo que agruparan su participación).

Por tanto, no es suficiente con la inasistencia del socio a la Junta o su mera abstención.

Resulta recomendable que, además de lo ya indicado, se haga constar en el acta la advertencia expresa de reserva de las acciones legales que le asistan y, en especial, de la posibilidad de ejercitar el derecho de separación reconocido en este artículo 348 bis de la LSC objeto de análisis. Se deberá realizar, además, dentro del plazo señalado de un mes, la correspondiente comunicación fehaciente a la sociedad ejercitando el derecho de separación.

Compartimos el criterio de determinados autores de aplicación del derecho también en aquellos supuestos en los que –para evitar el ejercicio de este derecho- la junta no adopta decisión sobre el reparto de dividendos, cumpliéndose el resto de requisitos, si bien el socio lo deberá hacer también constar en el acta.

2.6. Compatibilidad del ejercicio de derecho de separación con otros derechos de socio y acciones legales.

La nueva redacción del precepto de forma expresa permite que el socio pueda acudir a cualquier otra medida que considere oportuna en defensa de sus intereses, tales como acciones de impugnación de acuerdos sociales, acciones de responsabilidad, nombramiento de auditor, etc.

2.7. Sociedades Dominantes de Grupos.

Se incorpora un nuevo apartado (4^a) de regulación expresa del derecho de separación en las sociedades dominantes de los grupos de sociedades (poco a poco se van incorporando en la LSC disposiciones que regulan los grupos de sociedades).

Debemos señalar que este derecho de separación y en general las reglas del resto del artículo serán de aplicación a la sociedad dominante española – no aplicaría a una sociedad no española-, siempre que sea una sociedad no cotizada, que esté obligada a consolidar sus cuentas y con independencia de que se vayan excluyendo o incorporando nuevas sociedades al grupo, que una o varias de sus filiales puedan ser extranjeras o que las acciones de una o varias de las dominadas coticen en mercados²⁷.

No obstante, lo anterior, dicha aplicación práctica en el futuro aconseja la realización de un análisis pormenorizado e interpretación adecuada a las circunstancias de cada caso. En esta línea parece correcto considerar que los tres años de resultados positivos se deben considerar desde que la sociedad es dominante.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación para sociedades dominantes presenta un abanico de cuestiones a analizar que, por razones de espacio de este análisis, no es posible desarrollar y que requerirán de un asesoramiento jurídico especializado, como por ejemplo las sociedades que se incluyen dentro del perímetro de consolidación, tales como asociadas o vinculadas, sociedades multigrupo y sociedades de propósito especial o si sería de aplicación a una sociedad dominante de un subgrupo integrado en un grupo

²⁶ Artículo 179.2 de la LSC.

²⁷ Existen supuestos muy discutibles, con argumentos a favor y en contra, sobre la existencia de este derecho por ejemplo cuando nos encontramos con una dominante cuyo único patrimonio es una sociedad cotizada y que se constituye por pacto de socios como instrumento necesario para la tenencia de dicha participación.

más amplio (creemos que, no por no ser obligatorio).

Por otra parte, el artículo 348 bis LSC no entra en cuestiones como el sistema o método de consolidación que tuviera la sociedad dominante, esto es integración total, integración proporcional o puesta en equivalencia. Todo lo anterior tiene una importancia relevante a efectos de determinar el resultado positivo de la sociedad dominante, y ello en función de las sociedades que se hayan incluido y sus resultados individuales.

Esta nueva regulación, al no decir nada en contrario, podría suponer la coexistencia en este tipo de sociedades de dos derechos de separación: el individual propio de la consideración de las cuentas anuales individuales y el de sociedad dominante del grupo de las cuentas consolidadas, con todas las dificultades de análisis derivadas de tales situaciones, entre otras, el diferente sistema de cálculo de beneficios distribuibles o la necesidad de regular la exclusión de este derecho estatutariamente o en pactos sociales para ambos supuestos.

2.8. Calificación concursal del crédito del socio.

Una cuestión práctica de suma importancia es la

calificación del crédito del socio a percibir el reembolso de su participación desde la perspectiva del derecho concursal en cuanto a su calificación como crédito ordinario o subordinado y, por ende, el orden de prelación de su crédito. Ello va ligado a la discusión doctrinal sobre el momento en el que se considera que el socio pierde tal condición, bien cuando comunica a la sociedad su decisión de separarse y, por tanto, ejercita su derecho, bien cuando recibe el pago del valor de su participación. Esta cuestión es resuelta en favor de la primera tesis por la Audiencia Provincial de La Coruña en sentencia de fecha 15 de enero de 2018 (num. 12/2018), en la que se realiza un análisis muy exhaustivo de este problema.

2.9. Entrada en vigor.

Esta nueva redacción es aplicable a las Juntas generales que se celebren partir del 30 de diciembre de 2018, dado que se establece una excepción en el apartado primero de la Disposición Transitoria, a la entrada en vigor de la Ley 11/2018, estableciéndose que las modificaciones introducidas por esta Ley en el artículo 348 bis de la LSC, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.

*Esta nueva regulación podría
suponer la coexistencia de dos
derechos de separación*

Ley de Sociedades de Capital

“Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. 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.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.

b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.

c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.

e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas.”

LUPICINIO

INTERNATIONAL LAW FIRM

PARA MÁS INFORMACIÓN:

LUPICINIO
INTERNATIONAL LAW FIRM



Luis Manuel García
Socio

Luis Manuel García
Socio Senior
lmg@lupicinio.com
+34 91 436 00 90

LUPICINIO
INTERNATIONAL LAW FIRM



Javier Aguilera
Asociado

Javier Aguilera García
Asociado
jag@lupicinio.com
+34 91 436 00 90

La presente publicación contiene información de carácter general y divulgativa sin que constituya asesoramiento jurídico.
© 2019 LUPICINIO INTERNATIONAL LAW FIRM