

06 APR 2021

Revista de Derecho de Sociedades

2013

Núm. 41 (Julio-Diciembre 2013)

Praxis

Cuestiones

4. Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos (FELIO VILARRUBIAS GUILLAMET y ALBERT FAURIA PLANAS)

4 Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos

FELIO VILARRUBIAS GUILLAMET

Profesor Titular de Dº Mercantil. Universidad Autónoma de Barcelona

ALBERT FAURIA PLANAS

Abogado

Revista de Derecho de Sociedades 41
Julio - Diciembre 2013

Sumario:

[I. Introducción](#)

[II. La suspensión de la norma jurídica: naturaleza y alcance](#)

[a. Planteamiento](#)

[b. Naturaleza y alcance de la suspensión del artículo 348 bis LSC](#)

[III. Consecuencias de una interpretación material de la suspensión: nula retroactividad y protección de los derechos adquiridos](#)

[IV. Interpretación de la suspensión conforme a los principios de protección de la minoría y prohibición de abuso de derecho por parte de la mayoría](#)

[V. Otras implicaciones temporales de la suspensión](#)

[a. El momento de la pérdida de la condición de socio: implicaciones prácticas ante la eventual impugnación de acuerdos sociales](#)

[b. Problemas de derecho transitorio cuando finalice la suspensión](#)

[c. Efectos de la norma suspendida durante el período de suspensión](#)

Cuestión: Interrogantes y posibles respuestas derivadas de la “improvisada” suspensión de la aplicación del art. 348 bis de la LSC y de los efectos de su transitoriedad.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algo más de un año, la Ley 25/2011 introducía una modificación en la Ley de Sociedades de Capital que causó poco menos que estupor generalizado, al tiempo que se abría el debate jurídico

en cuanto a su aplicación y alcance. Nos referimos al derecho de separación de cualquier socio ante la falta de reparto de dividendos, el cual se introducía como artículo 348 bis¹⁾ en el texto de la citada Ley con el siguiente redactado:

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

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.

Pues bien, el 23 de julio de 2.012, el Boletín Oficial del Estado publicaba la Ley 1/2012, en cuyo artículo primero, apartado cuarto, se introduce la siguiente disposición transitoria a la Ley de Sociedades de Capital:

«Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta Ley».

Dicha disposición transitoria entró en vigor -según la Disposición Final Tercera de la mencionada Ley- el día siguiente de su publicación, esto es, el 24 de junio de 2.012. En consecuencia, desde esta última fecha la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se encuentra «suspendida».

A la vista de lo anterior, se plantea una situación de incertidumbre que exige analizar desde un punto de vista teórico-práctico, las implicaciones que derivan de la mencionada suspensión, haciendo particular mención a la problemática de transitoriedad de la norma que subyace bajo la misma²⁾.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA NORMA JURÍDICA: NATURALEZA Y ALCANCE

A. PLANTEAMIENTO

¿Qué significa que una norma jurídica se encuentre *suspendida* ? La respuesta a esta cuestión no es trivial, ni viene prevista expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, el Legislador nos fuerza a encontrarla, toda vez que dependiendo de la naturaleza jurídica que otorguemos a la institución de la *suspensión* , el alcance y virtualidad de la suspensión operada en el artículo 348 bis LSC variará de forma sustancial.

Pues bien, dada la excentricidad de esta institución jurídica, y la premura con la que ha actuado el legislador para dejar temporalmente sin efecto el artículo 348 bis LSC, cabe preguntarse si dicha suspensión puede actuar como un mandato dirigido al Juzgador, y a cualesquiera Autoridades Públicas, para que se abstengan de aplicar y reconocer los derechos subjetivos que la norma suspendida confería, o simplemente operaría como una causa impeditiva respecto de la configuración de nuevos derechos a su amparo.

A estos efectos puede tratarse la configuración jurídica de la *suspensión* desde dos posibles concepciones distintas y contradictorias, a saber:

a') En los términos antes expuestos, la suspensión operada podría interpretarse como una *suspensión de las acciones* derivadas del derecho subjetivo establecido en el artículo 348 bis LSC y, en este sentido, se articularía como mandato del legislador para que las autoridades públicas se abstuvieran de reconocer cualquier consecuencia jurídica que derivara de dicho precepto.

Podríamos hablar, así, de la *suspensión procesal* de la norma jurídica.

a") Por el contrario, cabría defender también una concepción más *normativa* del instituto de la suspensión, incardinable en el ámbito de la transitoriedad de las normas jurídicas, y que se concebiría simplemente como una causa impeditiva *ope legis* respecto de cualquier derecho que la norma suspendida confiriere.

En suma, si entendemos que la suspensión es procesal, podemos indicar que la suspensión de una norma jurídica conllevaría la falta de acción en relación con todos los derechos que derivan o derivaban de la norma suspendida; por el contrario, si entendemos que la suspensión es material, su efecto se limitaría a impedir *ex nunc* la configuración de nuevos derechos que emanen de la norma suspendida.

Asimismo, enfocando la cuestión desde el punto de vista de los efectos retroactivos que puede acarrear la suspensión en relación con la norma jurídica que se suspende, cabe observar que una suspensión material no implica, por sí misma, la retroactividad de sus efectos: la cuestión debe considerarse como un problema de transitoriedad de la norma, quedando -en principio- protegidos los derechos adquiridos por los beneficiarios de la norma suspendida, al tener la suspensión efectos *ex nunc* (*ex. art. 2.3 del Código Civil*).

Por el contrario, si se trata de una suspensión procesal de la norma, sus efectos deben configurarse necesariamente como retroactivos: los sujetos beneficiados por el derecho que entra en suspensión se verán incapacitados para hacerlo valer. Con lo que, en cualquier caso, la suspensión operaría con efectos *ex tunc* respecto de los derechos que ha conferido la norma material suspendida desde su entrada en vigor.

B. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA SUSPENSIÓN DEL ARTÍCULO 348 BIS LSC

Sentado lo anterior, debe estudiarse si la suspensión operada sobre la norma de referencia implica una suspensión material del derecho de separación conferido, o bien puede tratarse de una suspensión procesal de las acciones que derivan del artículo 348 bis LSC.

Dicho debate -a primera vista, doctrinal- mantiene importantes implicaciones prácticas.

En concreto, el mismo permite ofrecer una solución a los supuestos -problemáticos desde el punto de vista de derecho transitorio- que se plantean acerca de los efectos que despliega la suspensión del artículo 348 bis LSC cuando el derecho de separación del socio minoritario ya se hallaba configurado antes del 24 de junio de 2012 (es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2012), aunque el proceso de separación no hubiese concluido aún en esta última fecha³⁾.

Precisamente, constituye el núcleo del presente trabajo analizar dichos problemas de transitoriedad, planteando posibles soluciones al respecto, con el objeto de determinar si el socio minoritario que hizo valer su derecho de separación en Junta General celebrada con anterioridad a la entrada en vigor de la suspensión mantiene este derecho y puede -en consecuencia- llevar el procedimiento de su separación hasta su conclusión definitiva, sin esperar a que expire la suspensión ahora operada.

Pues bien, obsérvese que la respuesta a esta problemática, si se afirma que estamos ante una suspensión procesal de la norma, pasará necesariamente por afirmar que el socio minoritario carece de derecho alguno a proseguir con el procedimiento de separación tras la suspensión del artículo 348 bis LSC, toda vez que con la entrada en vigor de la norma suspensiva no gozará de acción procesal alguna para hacer efectivo su derecho.

Por el contrario, si se afirma que la suspensión de la norma es *material*, la respuesta a la problemática planteada podrá ser la contraria a la anterior.

A la vista de ello, teniendo en cuenta la problemática expuesta, y la disyuntiva doctrinal planteada, en nuestro caso postulamos que la Ley 1/2012 impone una suspensión *material* -que no *procesal* - del artículo 348 bis LSC.

Dicho de otro modo: que la suspensión introducida no puede operar como un mandato legal a los jueces y tribunales (y, en general, a las autoridades públicas) para que se abstengan de aplicar la referida norma, sino que operará simplemente como impedimento temporal para que puedan consolidarse nuevos derechos a su amparo.

La postura mantenida en este trabajo queda sustentada básicamente por las siguientes consideraciones⁴⁾:

a) Interpretación literal y naturaleza de la norma suspendida

En primer lugar, acudiendo a una interpretación literal de la norma suspensiva, inicialmente podría pensarse que cuando el texto impone suspender «la aplicación» está pretendiendo una suspensión procesal de la norma.

No obstante, esta interpretación no es la literalmente correcta, teniendo en cuenta que el artículo 348 bis LSC es una norma constitutiva del derecho de separación.

En efecto, véase que si la norma no fuera constitutiva de ningún derecho, esto es, si fuera necesaria la actuación del poder público para que el derecho surtiera efectos (*e.g.* norma de carácter sancionadora), entonces sí se podría hablar de un auténtico mandato al poder público para que se abstuviera de aplicar dicha norma y, en consecuencia, de constituir el derecho en cuestión.

Sin embargo, el artículo 348 bis LSC constituye el derecho de separación *ope legis* , sin que se precise acción ni actividad alguna por parte de los poderes públicos a tal efecto: desde el momento en que el socio anuncia en la Junta General correspondiente su voto favorable al reparto de beneficios, automáticamente dispone de su derecho a separarse de la sociedad en los términos y plazos que allí se indican; es decir: desde aquel momento es titular de un derecho subjetivo reconocido legalmente y que está en condiciones de ejercitar conforme a lo preceptuado por la misma norma.

Por consiguiente, de la literalidad de la norma suspensiva se infiere que no se está enervando la capacidad de acción en reclamación de derechos de separación que ya se hubiesen constituido, sino que se está impidiendo -transitoriamente- que puedan nacer nuevos derechos de esta naturaleza⁵⁾.

b) Aplicación del principio de prohibición de la retroactividad

Hemos apuntado que la retroactividad de la norma suspendida se presenta como una consecuencia necesaria en caso de que se suspenda *procesalmente* la norma en cuestión.

Pues bien, aplicando el silogismo en orden inverso, si no existe irretroactividad de la norma material, ello debe implicar necesariamente que la suspensión operada no es *procesal* .

Tal y como se pondrá de manifiesto más adelante, resulta fundado mantener que la norma que opera la suspensión carece de efectos retroactivos: para que dicha norma tuviera efectos *ex tunc* , la misma debería haberlo previsto expresamente (*ex.* art. 2.3 del Código Civil).

Así, el legislador -pudiéndolo hacer- no ha optado por suspender retroactivamente el artículo 348 bis LSC: se ha omitido la regulación de cualquier tipo de retroactividad a estos efectos.

Ello implica necesariamente que la suspensión aquí examinada no pueda desplegar ningún tipo de efecto retroactivo, pues de lo contrario se estaría extralimitando el efecto transitorio pretendido por el propio legislador.

Dicho de otro modo: si se aceptare que la suspensión decretada impone un deber a los poderes públicos para que se abstengan de aplicar lo dispuesto en el artículo 348 bis LSC, ello implicaría tanto como validar una suerte de retroactividad tácita de la propia suspensión; lo que sería contrario al principio que instaura el artículo 2.3 del Código Civil.

En consecuencia, también desde el punto de vista de la retroactividad de la norma se concluye que no estamos ante una suspensión procesal, sino que lo que en verdad se suspende es el efecto material *ex nunc* del artículo 348 bis LSC.

c) Supuesto análogo: la suspensión de las normas autonómicas por parte del Tribunal Constitucional

Dispone el artículo 161.2 de nuestra Constitución:

«El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses».

Dicho precepto regula expresamente la posibilidad que, en el contexto descrito, una norma jurídica sea *suspendida* por parte del Tribunal Constitucional.

Así pues, para el estudio del caso planteado merece especial consideración el análisis jurídico de esta suspensión normativa regulada en sede constitucional y, en particular, poder concluir si dicha suspensión se prevé con efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

Pues bien, nada indican sobre el particular, ni la propia Constitución, ni tampoco la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Igualmente, tampoco son muchos los precedentes en que el Alto Tribunal ha hecho uso de este instituto, decretando la suspensión de una norma autonómica.

No obstante, se constata que la suspensión que decreta el Tribunal Constitucional al amparo de dicha norma no es una suspensión *procesal* de la misma: se suspenden *ex nunc* los efectos constitutivos de la norma jurídica, con plena protección de los derechos adquiridos hasta la fecha.

Evidencia lo anterior el hecho de que, en materia de suspensión, ni la Constitución, ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional vienen a establecer las prerrogativas que por contra sí fijan para el caso de conflicto positivo de competencias.

En efecto, nos estamos refiriendo a las medidas que dispone el artículo 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando, declarada la titularidad de la competencia controvertida, habilita a que el Tribunal disponga *«lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma»*.

Pues bien, si cuando la misma Ley Orgánica regula la suspensión omite cualquier referencia a la prerrogativa del Tribunal de regular situaciones jurídicas acaecidas bajo la vigencia de la norma que se suspende, ello significa que el Tribunal se encuentra deshabilitado para regular dichas situaciones. Lo que implica necesariamente que la suspensión deberá operar, en cualquier caso, con efectos *ex nunc*, estando proscrita la suspensión *ex tunc* en perjuicio de derechos adquiridos.

En consecuencia, si cuando examinamos el único supuesto legal en que expresamente viene regulada la suspensión de una norma jurídica observamos que dicha suspensión se regula con carácter material -que no procesal-; por analogía debemos afirmar que la suspensión que se introduce por la Ley 1/2012 seguirá este mismo patrón jurídico.

A la vista de todo lo anterior cabe descartar que del instituto de la suspensión se pueda derivar un efecto *procesal*.

Por todo ello puede sostenerse que el estudio de este instituto jurídico debe hacerse en el ámbito de la transitoriedad de la norma jurídica, descartando que de la suspensión quepa inferir un efecto retroactivo automático que impida el ejercicio de los derechos subjetivos que emanan de la norma suspendida.

III. CONSECUENCIAS DE UNA INTERPRETACIÓN MATERIAL DE LA SUSPENSIÓN: NULA RETROACTIVIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

ADQUIRIDOS

Descartado el alcance procesal de la suspensión estudiada, debe profundizarse en el estudio de si dicha suspensión puede implicar algún tipo de retroactividad a pesar de que sus efectos se ciñen al ámbito material.

En este punto es conveniente reseñar que la doctrina⁶⁾ ha definido hasta tres grados de retroactividad, en función de su alcance:

- *Grado mínimo* : cuando la nueva ley se aplica sólo a los efectos de la relación creada bajo la antigua que se produzcan después de regir aquélla;
- *Grado medio* : cuando la nueva ley se aplica también a los efectos de la relación que, producidos antes de dictarse aquélla, aún no se han consumado;
- *Grado máximo* : cuando la nueva ley permite que incluso los efectos producidos y consumados bajo la antigua, se deshagan y rehagan a tenor de la nueva.

Ahora bien, para que se pueda predicar el efecto retroactivo de una norma jurídica, cualquiera que sea su grado, la Ley lo debe indicar así expresamente (ex. art. 2.3 del Código Civil), presumiéndose *iuris tantum* la falta absoluta de efecto retroactivo, en otro caso.

Así, dado que en el literal de la Ley 1/2012 no se prevé ningún tipo de efecto retroactivo, ni tampoco puede inferirse ninguna presunción favorable que apunte a algún grado de retroactividad, la suspensión no puede afectar -de ninguna forma- a la relación creada bajo la norma suspendida⁷⁾.

Véase que, de llegarse a la conclusión contraria, lo que provocaría la norma suspensiva sería una auténtica *expropiación temporal* de derechos adquiridos: se estaría privando temporalmente el ejercicio del derecho de separación a socios que legítimamente estaban en posesión de tal prerrogativa. Y ello sin que el legislador lo hubiese previsto expresamente; ni hubiese modulado un calendario de transitoriedad adecuado; ni tampoco hubiese regulado posibles compensaciones por los daños producidos.

La situación así descrita podría ser susceptible de motivar un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador (STC 27/1998, de 13 de febrero y STS de 17 de febrero de 1998, entre otras); e incluso podría hacer cuestionar la propia constitucionalidad de la suspensión operada, por vulnerar ésta los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en el Ordenamiento Jurídico, a la luz de nuestra Jurisprudencia Constitucional (STC 234/2001, de 13 de diciembre)⁸⁾.

Así pues, la Ley 1/2012 no puede ni suspender los derechos adquiridos bajo el artículo 348 bis LSC, ni impedir su ejercicio.

Sentada esta premisa básica, debe dilucidarse cuándo el derecho a la separación de un socio puede considerarse adquirido bajo la vigencia del artículo 348 bis LSC.

Obsérvese que, planteada así la cuestión y descartado el efecto retroactivo de la norma suspensiva, el problema de interés práctico que aquí planteamos debe examinarse únicamente desde el punto de vista de la transitoriedad de las normas jurídicas en juego (artículo 348 bis LSC y norma suspensiva).

A nivel teórico, de inicio para resolver esta cuestión se puede acudir analógicamente a lo que disponen las disposiciones transitorias primera y cuarta del Código Civil, que recogen el sentir mayoritario de nuestra doctrina en materia de transitoriedad de las normas⁹⁾:

«1.- Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el

derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen.

[...]

4.- Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros».

De esta forma, careciendo la norma suspensiva de efecto retroactivo, cabe sostener que aquélla no podrá afectar a derechos ya constituidos en virtud de *hechos* ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la suspensión.

En consecuencia, la clave de bóveda para considerar los efectos transitorios de la suspensión está en razonar si los *hechos* en los que se fundan los derechos adquiridos tuvieron lugar con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de la suspensión.

Pues bien, aplicando estas premisas al caso no podemos sino razonar de la siguiente forma:

a) El hecho que constituye el derecho de separación es, concretamente, la falta de acuerdo favorable al reparto de dividendos por parte de la Junta General de la Sociedad de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior y que sean legalmente repartibles.

b) Adicionalmente a lo anterior, las siguientes son también condiciones necesarias para que el derecho se constituya:

- En primer lugar, es necesario que el socio en cuestión vote favorablemente al reparto de dividendos en la propia Junta General Ordinaria.

- Asimismo, se requiere que hayan transcurrido cinco ejercicios desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

- Las acciones de la Sociedad no deben cotizar en ningún mercado organizado.

c) Cumplido el hecho descrito en el apartado a) anterior, así como las condiciones apuntadas, el derecho se habrá configurado legalmente en la esfera jurídica del socio en cuestión.

A la vista de lo anterior, concluimos que la suspensión no podrá afectar al derecho de separación que se hubiese configurado legalmente en el transcurso de una Junta General celebrada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2012.

En este caso, el socio que ostentara tal derecho subjetivo lo podrá hacer valer y ejercitarlo frente a la sociedad y frente al resto de los socios aún en el caso de que al proceder a dicho ejercicio el artículo 348 bis LSC ya se encontrara en suspenso.

Véase que, de no respetarse esta interpretación, se estarían vulnerando derechos lícitos y legalmente adquiridos por el socio que pretende su separación, sin que así lo hubiese previsto expresamente nuestro Legislador.

Y no invalida esta conclusión el hecho de que el socio no hubiera ejercitado el derecho con anterioridad a la entrada en vigor de la suspensión: el socio ya estaba en disposición de su legítimo derecho a separarse, sin que le sea exigible haberlo ejercitado con premura, cuando disponía del plazo de un mes para hacerlo. Precisamente, la prerrogativa de agotar dicho plazo de ejercicio forma parte integrante del propio derecho.

IV. INTERPRETACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONFORME A LOS PRINCIPIOS DE

PROTECCIÓN DE LA MINORÍA Y PROHIBICIÓN DE ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LA MAYORÍA

Llegados a este punto, y planteados los efectos de la suspensión que aquí se sustentan, conviene determinar si la interpretación de este instituto, tal y como se plantea, es conforme con la doctrina y la jurisprudencia actual en relación con los derechos de los socios minoritarios al reparto de dividendos.

La respuesta a esta cuestión no puede ser más que positiva, toda vez que, a día de hoy, se puede afirmar que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo viene a configurar una esfera jurídica de protección de los socios minoritarios en relación con el derecho a la percepción de dividendos; esfera que pivota sobre la prohibición de abuso de los derechos que asisten a la mayoría.

En este sentido, debe citarse la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, cuando reseñaba que *«privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática [...] se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los tribunales, pues se trata de una actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»* ¹⁰⁾.

Más recientemente, cabe citar en la misma línea las Sentencias del Alto Tribunal de 5 de octubre y 7 de diciembre de 2011.

También en la jurisprudencia menor se encuentran casos en los que la falta en el reparto de dividendos motiva la procedencia de la anulabilidad de los acuerdos sociales por mediar abuso de derecho de la mayoría: SAP Álava de 19 de octubre de 2010 y SAP Madrid de 5 de octubre de 2005.

A la vista del estado de esta cuestión, resulta más que razonable pretender una interpretación de la suspensión aquí examinada conforme a los principios de protección de la minoría y prohibición de abuso de los derechos que asisten a la mayoría; interpretación que nos lleva indefectiblemente a los resultados que se mantienen en el presente trabajo.

Y más cabe reafirmar esta tesis cuando lo que resulta de dicha interpretación es una flexibilización del derecho de separación, pues no son pocas las voces que defienden la apertura de los supuestos de separación de los socios para garantizar un mecanismo eficiente de solución de los conflictos societarios ¹¹⁾.

V. OTRAS IMPLICACIONES TEMPORALES DE LA SUSPENSIÓN

A parte del problema de derecho transitorio que se ha analizado hasta aquí, la Ley 1/2012 suscita otra serie de supuestos problemáticos que tratamos de analizar a continuación de forma sucinta.

A. EL MOMENTO DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: IMPLICACIONES PRÁCTICAS ANTE LA EVENTUAL IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Las dudas de transitoriedad y retroactividad que acarrea la entrada en vigor de la Ley 1/2012 pueden llevar a un supuesto práctico que conviene mencionar: celebración de la Junta General que, pese a la oposición del socio minoritario, niega al reparto de dividendos, al tiempo que aprueba determinados acuerdos sociales contrarios a los intereses del socio minoritario. Ante lo cual, el socio minoritario se plantea dos actuaciones: con carácter principal, articular su separación de la sociedad; pero, con carácter subsidiario -y ante la eventualidad de que su derecho a separarse no sea amparado por los tribunales- pretendería la impugnación de los acuerdos sociales acordados en el seno de la Junta General.

Véase que este supuesto encaja a la perfección con las dudas que los tribunales deberán afrontar con la entrada en vigor de la suspensión aquí estudiada: es muy posible que la mayoría societaria no acepte la separación, alegando una interpretación restrictiva de la transitoriedad de la norma

suspendida.

Obsérvese que la posición del socio que pretende su separación es ambivalente en este supuesto: si pretende su separación, lo lógico fuera que no planteara la impugnación de los acuerdos sociales adoptados. Hacerlo podría reputarse, incluso, como un desistimiento en el ejercicio del derecho de separación.

No obstante, si opta por no impugnar dichos acuerdos, y los tribunales competentes -haciendo una interpretación extensiva de la suspensión examinada- no aplican el artículo 348 bis LSC, el socio verá como le habrá caducado su derecho a plantear dicha impugnación.

Ante tal disyuntiva, lo más acertado y prudente fuera plantear la impugnación de los acuerdos sociales de forma *ad cautelam*, reseñando expresamente la voluntad de concluir el proceso de separación.

Sin perjuicio de esta solución práctica y altamente recomendable, debe apuntarse que el problema teórico que subyace a la cuestión aquí planteada no está resuelto doctrinalmente. Y es que para encauzar debidamente esta problemática resulta fundamental fijar temporalmente el momento en que puede considerarse que el socio se ha separado de la sociedad -esto es, que «ha dejado de ser socio»-.

Antes de proseguir, sin embargo, hay que poner de manifiesto que el interés de la cuestión aquí planteada bien merecería un trabajo específico para su análisis, pues su complejidad escapa del objeto del presente. No obstante, sin ánimo de exhaustividad, apuntamos a continuación las dos líneas que doctrina y jurisprudencia vienen manteniendo sobre el particular:

- Por un lado, existe un amplio sector doctrinal¹²⁾ que defiende que la separación se produce -por lo que respecta a los efectos internos, en la relación sociedad-socios- en el momento en que el socio informa de forma efectiva a la sociedad del ejercicio de su derecho. Por otra parte -afirma este sector doctrinal- la separación no tendrá efectos frente a terceros hasta que se publique la reducción de capital correspondiente en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

- Y, por otro lado, no son pocos los autores¹³⁾ que defienden que la separación no se produce hasta que el socio percibe el reembolso de sus participaciones sociales.

Véase que, de aceptarse esta segunda opinión, el problema práctico planteado estaría resuelto: hasta que el socio perciba el pago por sus participaciones sociales estará legitimado para impugnar cualquier acuerdo social.

No obstante, de primar la primera interpretación, es decir, si se admite que la separación se hace efectiva desde el momento en que el socio comunica su voluntad de separarse a la sociedad, el carácter *ad cautelam* se debe remarcar en la demanda de impugnación de los acuerdos sociales, so pena de poder incurrir en una falta de legitimación activa.

B. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO CUANDO FINALICE LA SUSPENSIÓN

Paralelamente a los problemas de transitoriedad que acontecen con la entrada en vigor de la suspensión, se pueden entrever también ciertas dudas en relación con los efectos de la finalización del período suspensivo.

En efecto, según el literal de la norma, la suspensión permanecerá hasta el «31 de diciembre de 2014». A partir de tal fecha, por consiguiente, el artículo 348 bis LSC entrará de nuevo en vigor, desplegando todos sus efectos.

Pues bien, en concordancia con la posición mantenida en los apartados anteriores, los problemas de derecho transitorio que se puedan plantear el 31 de diciembre de 2014 se deberán resolver como cualquier otra norma que entrara en vigor.

Así las cosas, y atendiendo a los parámetros interpretativos que se han descrito, consideramos que

el levantamiento de la suspensión tampoco acarreará ningún tipo de efecto retroactivo.

En consecuencia, la finalización de la suspensión surtirá los mismos efectos que la entrada en vigor de una norma jurídica: a partir del 1 de enero de 2015 se podrá configurar de nuevo el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis LSC, siempre y cuando los hechos en los que éste encuentra su fundamento se hayan producido con posterioridad a tal fecha.

Obsérvese, a mayor abundamiento, que la perspectiva temporal que aquí se plantea viene a corroborar la tesis mantenida en el presente trabajo sobre los efectos de la suspensión desde la entrada en vigor de la Ley 1/2012 y, en particular, sobre la ausencia de efecto retroactivo alguno de dicha suspensión.

Así, véase que, de aceptarse un efecto retroactivo de la norma suspendida, ni que sea en su grado mínimo, el ejercicio de los derechos conferidos en virtud del artículo 348 bis LSC con anterioridad a la entrada en vigor de la norma suspensiva se pospondrían hasta el 1 de enero de 2015, momento en el que -entendemos- serían plenamente ejercitables.

No obstante, nótese la injusticia que podría acarrear dicha situación: un derecho constituido a raíz de una Junta General de Socios celebrada antes del 24 de junio de 2012, no se podría ejercer hasta transcurridos dos años y medio.

Además, teniendo en cuenta el interés económico-patrimonial que asiste al derecho de separación, el daño derivado de dicho aplazamiento podría llegar a ser vital para la esencia misma del propio derecho; lo que sería susceptible de generar responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, como ya se ha apuntado *ut supra*.

C. EFECTOS DE LA NORMA SUSPENDIDA DURANTE EL PERÍODO DE SUSPENSIÓN

Con independencia de los problemas de derecho transitorio, cabe preguntarse sobre los efectos que eventualmente puede llegar a desplegar una norma que se encuentra *suspendida*.

A este respecto, entendemos que el artículo 348 bis LSC, durante su suspensión, desplegará los mismos efectos que una norma jurídica en el período de *vacatio legis*.

En este sentido, obsérvese que la situación en que queda el mencionado precepto una vez operada su suspensión es análoga a la que se produce cuando el legislador aprueba determinada Ley, esta se promulga y publica, pero a pesar de ello no entra en vigor hasta transcurrido determinado período de tiempo que la propia norma establece.

Teniendo en consideración lo anterior, entendemos que no se puede sentenciar que la norma suspendida no despliega ningún efecto jurídico. Así, si bien dicha norma no constituirá derechos subjetivos durante su suspensión, sí implicará los efectos de cualquier norma en *vacatio legis*.

Y dichos efectos, como describe la doctrina¹⁴, parece que pivotan sobre un principio de interpretación conforme del conjunto del ordenamiento jurídico con la norma que se encuentra suspendida; o más incluso: con el espíritu de tal norma.

A priori, no obstante, parece difícil fijar las consecuencias prácticas de este principio de interpretación conforme; si bien éstas se podrían concretar en los siguientes ámbitos:

- En primer lugar, este principio podría actuar como refuerzo de la línea jurisprudencial mantenida recientemente por el Tribunal Supremo, y que ha sido examinada anteriormente, sobre abuso de derecho de la mayoría por falta de reparto de dividendos.

- Y, asimismo, el hecho de que exista una norma -aunque suspendida- que permite la separación de socios en caso de falta de reparto de dividendos puede fundamentar una interpretación extensiva de cláusulas estatutarias que habiliten la separación de los socios en otros supuestos más allá de los que vienen legalmente previstos (art. 346 LSC).

FOOTNOTES

1

Para un análisis en profundidad del precepto, *vid.* FERRANDO MIGUEL, I.; GONZÁLEZ CASTILLA, F.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (dir.) *Las reformas de las Ley de Sociedades de Capital*. Ed. Aranzadi, 2012; LUCEÑO OLIVA, J. L. *Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis LSC)*, Diario La Ley, nº 7709, 2011; SILVA SÁNCHEZ, M. J.; SAMBEAT SASTRE, J. M. *Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital*, Diario La Ley, nº 7825, 2012; entre otros.

2

El enfoque del presente trabajo intenta ofrecer una solución a los problemas prácticos que plantea la referida suspensión, dentro del ámbito de la transitoriedad de las normas. Para un análisis teórico y amplio de la transitoriedad de la norma, *vid.* DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*. Parte General, Tomo I. 2ª Edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949.

3

En palabras de LUCEÑO OLIVA, «*La suspensión de este artículo, que a buen seguro posibilitará una redacción más clara de la norma, favorece que las juntas generales que se celebren a partir de la entrada en vigor de la norma lo hagan con mayor seguridad jurídica, aunque se plantea qué ocurre con aquellas otras que aprueben las cuentas del ejercicio 2011 y cuya celebración ya se haya producido o se produzca antes de la entrada en vigor de la norma comentada*» [*vid.* LUCEÑO OLIVA, J. L. *La Suspensión del Derecho al Dividendo*. Periódico «Cinco Días». 16.06.2012. Puede consultarse la versión digital en <http://www.cincodias.com/articulo/opinion/suspension-derecho-dividendo/20120616cdscdiopi 1/>].

4

Intentando acudir a una interpretación auténtica de la norma, observamos como los propios diputados que aprobaron la enmienda que daba lugar a la suspensión aquí analizada confundían claramente los términos en que se aprobaba la misma. En este sentido, en la sesión de la Comisión de Justicia que aprobó el texto de la Ley 1/2012, la diputada del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), Sra. Lourdes Ciuró i Buldó, manifestaba «*hemos acordado la suspensión de la entrada en vigor del artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que en la situación actual -entendemos que así lo ha valorado el partido que da apoyo al Gobierno- conviene contribuir a la no descapitalización de las compañías en una época en que la crisis dificulta la accesibilidad al crédito y, por tanto, contribuimos con esta suspensión a la viabilidad financiera de las compañías con recursos propios*». Véase que se habla de «*suspensión de la entrada en vigor*», con lo que parece que la norma suspensiva viene a regular la transitoriedad de la norma suspendida. Estaríamos, por tanto, enfocando la cuestión como una *suspensión material* del artículo 348 bis LSC. Ahora bien, es evidente que no se podía suspender la «*entrada en vigor*», cuando dicha entrada en vigor ya se había producido. [*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia, Año 2012, X Legislatura, de 23

de mayo de 2012].




5

Acudiendo de nuevo a la interpretación auténtica de la norma, corrobora también la conclusión aquí expuesta el hecho de que el diputado del Partido Popular, Sr. Francisco Molinero Hoyos, expresara claramente que lo que se proponía con el literal de la norma analizada era *«introducir una disposición transitoria en donde acordaba suspender temporalmente hasta el 31 de diciembre de 2014 los efectos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, suspender el derecho de separación de los socios por falta de dividendos»*. Véase que lo que se suspenden son «los efectos» que derivaban del artículo 348 bis LSC; y estos efectos no son otros que la configuración de nuevos derechos de separación a su amparo. [vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, Año 2012, X Legislatura, de 14 de junio de 2012].

6

Por todos Vid. ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho Civil*. 14ª Edición. Ed. Edisofer, S.L., 2.011.

7

El propio Tribunal Supremo ha reconocido expresamente el carácter restrictivo de los supuestos de retroactividad de las normas que pueden afectar al derecho de separación de los socios. Así, en la  [Sentencia de la Sala de lo Civil nº 32/2006, de 23 de enero](#) (RJ 2006, 256), el Alto Tribunal reconocía: *«No hay, en primer lugar, tal restablecimiento, sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (artículo 2.3  CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la  Constitución, en ningún caso las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, ya que, en principio, cualquier aplicación retroactiva de una disposición ha de aplicarse bajo el principio de respeto de los derechos adquiridos, como señala la DT preliminar del Código civil. Y "derecho adquirido" es el de separación que no sólo se ha manifestado o exteriorizado como se dice la sentencia, como una suerte de propósito, sino que se ha ejercitado (El mismo principio inspira, por ejemplo, la regla del inciso final del artículo 11 del CCom)»* [FJ 3º].

8

Un estudio crítico sobre el alcance constitucional de la retroactividad de la norma, y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador se puede encontrar en BACIGALUPO SAGGESE, M. *Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado (Una toma de posición más en el marco de una controversia ¿inacabable?)*. Revista de Documentación Administrativa, nº 263-264. Instituto Nacional de Administración Pública.

9

Recientemente, y sobre la misma problemática aquí analizada, se pronuncia favorablemente a esta aplicación analógica el Despacho Gómez Acebo & Pombo. vid. publicación digital en http://www.gomezacebo-pombo.com/docs/PUB_1027_doc.pdf. También lo hace en el mismo sentido el

Bufete Escura: http://www.escura.com/archivos/pdf/33_12.pdf. Otras publicaciones digitales no se pronuncian al respecto, pese a poner en evidencia las dudas de transitoriedad que suscita el redactado de la norma analizada. Como ejemplo: <http://www.mromeroconsultores.es/blog/item/129-suspensi%C3%B3n-del-derecho-de-separaci%C3%B3n-del-socio-en-caso-de-no-distribuci%C3%B3n-de-beneficios>; http://www.cincodias.com/articulo/opinion/suspension-derecho-dividendo/20120616cdscdiopi_1/; <http://aulavirtual.afige.es/webafige/informacion-sobre-derecho-al-dividendo-suspendido>.

10

En la doctrina, destaca recientemente TUSQUETS TRIAS DE BES, F. *Abús de Dret i Tutela de la Minoria en les Societats de Capital*, discurso del académico de número Ilmo. Sr. Dr. Francesc Tusquets Trias de Bes en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 6 de noviembre de 2012.

11

Vid. TUSQUETS TRIAS DE BES, F. *Opus Cit.* 7; IRÁCULIS ARREGUI, *La separación del socio sin necesidad de justificación por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio*. Revista de Derecho de Sociedades, nº 38, 2012; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. *La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una sociedad anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005*. Revista de Derecho de Sociedades, 2006. En esta línea, el Tribunal Supremo ha validado las cláusulas estatutarias de separación *ad nutum* en su Sentencia nº 796/2011, de 15 de noviembre.

12

Por todos, BERCOTIZ ÁLVAREZ, R. (coord.) *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. 2ª Edición, 2006. Ed. Aranzadi; y AGUILERA RAMOS, A. «El Derecho de Separación» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros, *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Ed. Mc.Graw-Hill, 1996.

13

MARTÍNEZ SANZ, F. *La Separación del Socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Ed. Mc. Graw-Hill Interamericana de España, 1997; UGENA MUÑOZ, S. «La Separación y Exclusión de Socios» en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2009.

14

Vid. MUÑOZ SABATÉ, L. *La vacatio legis de la L.E.C. 1/2000 no es absolutamente inerte*. En «*Técnica Procesal. 25 años de estudios forenses*». J. M. Bosch Editor, 2012.