

LA SEPARACIÓN DEL SOCIO POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL

Eliseo Sierra Noguero
Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Barcelona

El legislador mediante Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial del Texto Refundido de la Ley de sociedad de capital (TRLSC) e incorporación de la Directiva 2007/36/CE, introdujo el art. 348 bis TRLSC para reconocer por primera vez en Derecho positivo español el derecho de separación al socio si la Junta General no acordaba el reparto al menos de una tercera parte de los beneficios repartibles. Se coloca al socio minoritario en el centro del interés público a proteger.

El art. 348 bis TRLSC, en su tenor original, estuvo vigente entre el 2-10-2011 y el 23-6-2012, para las Juntas Generales celebradas en este período, pues su aplicación quedó suspendida hasta el 31-12-2014 por la disposición transitoria de la Ley 1/2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. La disposición final 1ª del Real Decreto Ley 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, amplió la *vacatio legis* del art. 348 bis TRLSC hasta el 31 de diciembre de 2016.

El art. 348 bis recobró vigencia el 1-1-2017 y se aplicó hasta el 28-12-2018. En estos lapsos intermitentes de vigencia, muchos socios obtuvieron judicialmente el derecho a separarse de una sociedad de capital. Por ejemplo, SSAP Valencia 28-1-2020, A Coruña 15-1-2018; Castellón, 26-1-2017; Tenerife 2-12-2015; y, Barcelona 26-3-2015.

El texto vigente proviene de la Ley 11/2018, de modificación del Código de Comercio, el TRLSC y la Ley de auditoría, y del Real Decreto Ley 7/2021, de transposición de directivas bancarias. El interés público es ahora el “equilibrio” entre los intereses del socio minoritario y la continuidad de la sociedad. No se aplica a las entidades de crédito, las sociedades cotizadas, las sociedades en concurso o en fase preconcursal, ni a las sociedades anónimas deportivas.

Cabe pactar en contrario en los estatutos, de otro modo se aplica el art. 348 bis TRLSC. Incluye suprimir el derecho o modularlo, por ejemplo, fijar años, cuantía de dividendos repartibles, etc. Si está incluido en los estatutos, para modificarlo o excluirlo, es preceptivo el consentimiento unánime de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse.

El ejercicio del derecho de separación no es posible los primeros cinco años desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Para su ejercicio, es preceptivo que el socio:

1º Haya hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos repartidos.

2º Que la Junta General no acuerde la distribución de al menos el 25% de los beneficios “distribuibles”. No todos lo son, hay que valorar el Plan General de Contabilidad y los límites del TRLSC.

3º) Que haya habido tres ejercicios anteriores con beneficios. Se entiende que si la sociedad lleva un ciclo de beneficios de tres ejercicios y decide no repartir dividendos esta decisión no es razonable y puede enmascarar un abuso del socio minoritario.

Sin embargo, como condición precedente, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al 25% de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Si se dan estos requisitos, el socio puede ejercer su derecho a separarse, mediante comunicación recepticia dirigida a la propia sociedad en un plazo de un mes a contar desde la fecha de celebración de la Junta General que detonó el proceso. Si hay conflicto, es mejor que un notario eleve el acta a escritura pública y dé fe del acuerdo.

Este régimen de separación es menos estricto, pues se elimina el requisito de los cinco años, si se trata de un socio de una sociedad dominante de un grupo de sociedades y que deba presentar cuentas consolidadas.

En relación a los efectos de la pandemia, el Real Decreto Ley 8/2020, suspendió el derecho de separación en general entre el 14-3-2020 y el 21-6-2020 durante el estado de alarma. El Real Decreto Ley 25/2020, suspendió la separación por no reparto de dividendos luego entre el 7-7-2020 y 31-12-2020.

Desde la adopción del art. 348 bis TRLSC, numerosas sentencias han reconocido el derecho de separación, como la SAP Madrid 22-7-2022, en que se repartió un dividendo insuficiente con arreglo al parámetro legal.

Otro tema de interés y de conflicto judicial son la valoración de las participaciones sociales y acciones de los socios que se separan, como en SAP Madrid 3-5-2022 o SAP Barcelona, 4-7-2022, donde es claro que, aunque el TRLSC no lo contempla, es viable la impugnación judicial hecha por el experto designado por el Registro Mercantil.

Respecto al momento de separación del socio, las SSTS 15-1-21, 2-2-21 y 9-2-21 crean jurisprudencia según la cual las participaciones o acciones se valoran en el momento de ejercer el derecho de separación, pero el socio lo siguen siendo hasta que, en efecto, percibe la cuota y, en caso de concurso sin haber cobrado, su crédito es concursal.

Hay también jurisprudencia en contra del socio que se separa en abuso de su derecho. La STS 25-1-2022 no ampara al socio que ejerció el derecho de separación cuando la sociedad ya había convocada una segunda Junta General para repartir los dividendos que no repartió en la primera. El derecho de separación del socio debe ejercerse con arreglo a las exigencias de la buena fe y sin incurrir en abuso de derecho (7 Código Civil). La STS 25-2-2021 también indica que una cosa es proteger al socio minoritario frente al rodillo de la mayoría y otras que se ensanche artificialmente el periodo para ejercer el derecho de separación, pues generaría inseguridad jurídica.

En conclusión, el tenor del art 348 bis TRLSC es complejo, pero los tribunales modulan tanto el ejercicio del derecho de separación como los acuerdos de no reparto de dividendos con la exigencia de que los derechos deben ejercerse de buena fe no cabe abuso de derecho.