
ÚLTIMA MODIFICACIÓN DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL: NUEVA REDACCIÓN DEL 348 BIS

Como ya advertimos en nuestra [circular de 23 de abril de 2018](#), existía un borrador de modificación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que finalmente ha sido aprobado, con alguna modificación que lo mejora, por La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, publicada en el BOE el 29 de diciembre y que entró en vigor el día siguiente (es decir, el día 30 de diciembre) en cuyo Artículo segundo se modifica la LSC y cuyo apartado 6 da una nueva redacción al artículo 348 bis LSC del siguiente tenor:

«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.»

Las líneas básicas de la reforma del indicado artículo 348 bis, como habíamos ya advertido en la citada [Circular del pasado 23 de abril](#), son las siguientes:

PRIMERO. Voluntariedad del sistema. Bajo el régimen anterior, la mayor parte de la doctrina entendía que el sistema legal era de Derecho necesario y por ende inderogable en estatutos o/y en pactos parasociales. Ahora se contempla la posibilidad expresa de pacto estatutario en contra (presumimos que también parasocial) en el bien entendido que la introducción del pacto modificativo del régimen legal supletorio (y la modificación de dicho pacto) exigen el simultáneo reconocimiento de un derecho de separación al socio.

MEJORAS TECNICAS. Se ha aprovechado la experiencia reciente para resolver problemas de detalle que planteaban no pocos problemas de cierta trascendencia:

1. Presupuesto de hecho temporal: el derecho nace “trascurrido el quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad en el registro mercantil”. Aunque no se aclara si el derecho nace en el caso de transformación (parece que no), ni tampoco queda claro en el caso de traslado internacional de domicilio ni en el de inmatriculación como resultado de fusión o escisión (es discutible), por lo menos se aclara que cabe separación con ocasión del quinto ejercicio suponemos que completo desde la inmatriculación.
2. Legitimación del socio: siguiendo la pauta de la famosa sentencia de la Audiencia de Barcelona, se aclara que legitimado es quien protesta la insuficiencia o el no-reconocimiento del dividendo ...aunque haya votado a favor de percibir un dividendo menor del que constituye el mínimo legal.
3. Umbral de dividendo legal mínimo: aquí la reforma es importante porque: (i) se rebaja la cuantía del dividendo mínimo al 25% que ahora se calcula sobre una cifra no controvertida (“beneficios obtenidos”); (ii) se subordina el reconocimiento de tal derecho a una actuación sistemática de la sociedad que se refiere a un periodo o ciclo de dividendos insuficientes (en consecuencia, no surge el dividendo cuando el total de los distribuidos durante los últimos cinco años equivale por lo menos al 25% de los beneficios legalmente distribuibles en dicho periodo).
4. Se deja a salvo de lo dispuesto en el art. 348 bis LSC las otras posibles medidas alternativas legales de las que solamente se citan la acción de impugnación de acuerdos sociales abusivos y la de responsabilidad (de administradores e incluso del socio de control).
5. Se amplía el presupuesto subjetivo de la exclusión de la norma para incluir no solo a las sociedades cotizadas (admitidas a negociación en mercados regulados) sino también a las que cotizan en el MAB (“sistema multilateral de negociación”) y con escaso fundamento en este último caso porque constituye un privilegio que no está compensado con la regulación del sistema y con la liquidez y profundidad del mercado; las declaradas en concurso (es difícil imaginar que las concursadas hubieran declarado beneficios, la verdad); situaciones pre-concursales (acuerdos de refinanciación, propuesta anticipada de concurso; acuerdo extrajudicial de pagos) o, en fin, las sociedades anónimas deportivas (cosa bastante curiosa de fundamento exotérico). Hay que tener presente que la normativa financiera contiene otras excepciones en entidades sujetas a supervisión especial.
6. Por último, y esto sí constituye una importante novedad, se incluye una previsión con una minuciosa regulación que obliga a considerar los límites objetivos del reparto de dividendos en base

consolidada (cfr. apartado 4 del nuevo artículo), para evitar que el socio dominante de la holding no acuerde distribuir dividendos en las filiales para eludir el precepto.

Maria Luisa de Alarcón, socia de Fieldfisher JAUSAS

Departamento Societario

marialuisa.dealarcon@fieldfisher.com

nuria.clemente@fieldfisher.com