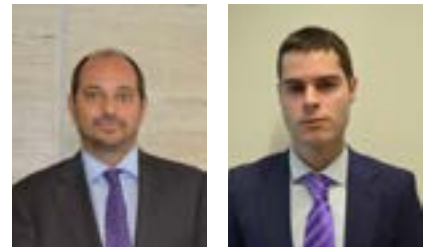


LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO INTERPRETA EL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS



Javier García Marrero. Counsel de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca
y Magistrado en excedencia
Buenaventura Hernández. Abogado de Litigación y Arbitraje de Pérez-Llorca

SUMARIO

1. Introducción. Artículo 348 bis y requisitos
2. Hechos de las resoluciones de la DGRN. Interpretación de la DGRN

Recientemente han sido publicadas dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notario (la “DGRN”) de fecha 28 de noviembre de 2017 en las que se interpretan algunos aspectos del artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010 (la “LSC”). Antes de proceder a analizar qué es lo que dicen las resoluciones, vamos a proceder a realizar un pequeño análisis de esta norma.

El artículo 348 bis es un precepto que fue introducido por el legislador en el año 2011, sin embargo, su aplicación ha sido suspendida en reiteradas ocasiones –salvo en periodos muy cortos de tiempo– hasta el 1 de enero de 2017. Dicha norma es novedosa en nuestro

ordenamiento, **ya que legitima al socio de una sociedad limitada o anónima –no aplica a las sociedades cotizadas– a poder ejercitar el derecho de separación de la sociedad en caso de no reparto de dividendos.**

Así pues, con su introducción la intención del legislador fue evitar que existieran socios minoritarios que pudieran sentirse cautivos al negárseles el dividiendo año tras año de forma abusiva. De esta forma, se trata de asegurar al socio la posibilidad de transmitir sus

participaciones o acciones para evitar que no quede convertido en una suerte de prisionero. Pero, ¿cuáles son los requisitos necesarios para su activación?

Esta norma **no concede un derecho automático de separación, sino que deben cumplirse los siguientes requisitos:** (i) el derecho solo puede ejercitarse a partir del quinto ejercicio de la sociedad a contar desde su inscripción en el Registro Mercantil; (ii) voto a favor de la distribución de beneficios por parte del socio en cuestión o voto en contra en caso de que el orden del día incluya el no reparto de dividendos; (iii) negativa de la sociedad a distribuir en concepto de dividendos, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el año anterior; (iv) que los beneficios sean legalmente repartibles; y (v) comunicación del socio a la sociedad, en el plazo máximo de un mes desde la celebración de la junta, su ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que el socio puede dejar constancia del ejercicio del derecho en el propio acta de la propia junta.

“La DGRN deja claro que para el ejercicio del derecho de separación de los socios no es necesario que entre éste y la sociedad exista un previo acuerdo, sino que el primero puede ejercitarlo de forma unilateral”



LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Legislación. Marginal: 109184). Arts.; 348 bis, 353

Una vez señalado lo anterior, la DGRN, en las referidas resoluciones, ha analizado algunas cuestiones de importante relevancia para la aplicación práctica del artículo 348 bis LSC. En primer lugar, **la DGRN resolvió sobre la competencia del registrador**

para determinar si concurren los anteriores requisitos y, en consecuencia, nombrar a un experto independiente para que valore las participaciones o acciones del socio que ejercita el derecho de separación —cuando no haya consenso

“La DGRN ha considerado que el registrador es el competente para pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 348 bis LSC”

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Resolución de 8 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Marginal: 70427337)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 25 de marzo de 2014, núm. 154/2014, Nº Rec. 556/2012, (Marginal: 69493007)

sobre su valoración—. Asimismo, la DGRN señaló cómo debe interpretarse el término “beneficios propios de la explotación del objeto social”, esto es, qué es lo que debe incluirse o excluirse para calcular si se ha repartido por la sociedad el tercio que exige el precepto. Finalmente, la DGRN valoró la influencia de procedimientos que no son firmes relativos a la impugnación de acuerdos sociales que afectaran al resultado del ejercicio.

Aunque los hechos sobre los que se basaron las resoluciones de la DGRN eran similares, la resolución inicial del registrador fue diferente. Mientras que en una de ellas el origen de la resolución de la DGRN tuvo su causa en el nombramiento de un experto independiente por parte del registrador, la otra tuvo su fundamento en la denegación



del registrador de nombrar a un experto independiente. Así pues, ambas resoluciones tuvieron su inicio en las solicitudes de los socios minoritarios de dos sociedades.

En la primera de las resoluciones –que resolvía un recurso contra la resolución del registrador del Registro Mercantil de Sevilla–, **los socios en cuestión, tras entender que se habían cumplido todos los requisitos del artículo 348 bis LSC, acudieron al Registro Mercantil para solicitar el nombramiento de un experto independiente, de conformidad con el artículo 353 LCS, para que valorara sus participaciones.** No obstante, la sociedad se opuso a la pretensión de éstos con base en que: (i) se había producido el reparto del tercio del beneficio de ex-

plotación mínimo previsto en la LSC; (ii) la discrepancia relativa a las bases del cálculo era algo que transcendía la competencia del Registro Mercantil, debiendo discutirse en la jurisdicción civil; (iii) la imposibilidad de nombrar un experto independiente por el registrador si existía una controversia sobre el derecho de separación ejercitado por un socio; y (iv) existencia un procedimiento judicial cuyo devenir podría influir en los resultados económicos de la sociedad.

En cuanto al contexto de la **segunda de las resoluciones** –en resolución de un recurso contra la decisión del registrador del Registro Mercantil de Cádiz–, tuvo unos hechos muy parecidos, ya que los socios entendieron que se habían cumplido los requisitos del artículo 348 bis LSC y **solicita-**

ron la designación de un experto independiente, oponiéndose la sociedad a ello. No obstante, **en este caso el registrador entendió que no debía nombrarse dicho experto.** A diferencia del anterior caso, quien recurrió en alzada contra la resolución del registrador fueron los socios minoritarios al entender que: (i) la sociedad, en ningún momento, había justificado la exclusión de los resultados financieros del beneficio de explotación; (ii) no existía un procedimiento judicial que pudiera dar lugar a una suerte de litispendencia; y (iii) la decisión del registrador sobre el nombramiento del experto independiente no produce efectos de cosa juzgada. Esta es la situación de la que parten las resoluciones de la DGRN ya que las decisiones de los registradores fueron objeto de impugnación.



“El hecho de que un ingreso sea ajeno a la actividad típica de una empresa no determina que automáticamente sea considerado como beneficio extraordinario, sino que hay que tener en cuenta la cuantía de dicho ingreso en relación con el importe neto de la cifra de negocio y si tiene origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia”

En cuanto a la fundamentación jurídica de las resoluciones, en primer lugar, **la DGRN deja claro que para el ejercicio del derecho de separación de los socios no es necesario que entre éste y la sociedad exista un previo acuerdo, sino que el primero puede ejercerlo de forma unilateral –siempre, claro está, que se cumplan los requisitos legales o estatutarios–, sin perjuicio de las**

consecuencias que se deriven de la falta de acuerdo sobre la valoración de las acciones o participaciones.

Pero, ¿quién examina si se han cumplido los requisitos para ejercitar el derecho de separación? Pues bien, en ambas resoluciones la DGRN afirma que esa tarea corresponde al registrador quien, verificados si son cumplidos los requisitos para ejercitar el derecho, nombrará a un experto independiente. La DGRN

apunta que esta competencia no invade las competencias de los órganos judiciales ya que el registrador no priva que su decisión sea revisada posteriormente por un órgano judicial al no tener ésta efectos de cosa juzgada.

Una vez que la DGRN dejó claro que el registrador tenía competencia para valorar si se habían cumplido los requisitos del artículo 348 bis LSC para poder nombrar a un experto independiente, el siguiente paso que llevó a cabo la DGRN, en ambas resoluciones, fue explicar cómo debía ser interpretado uno de los requisitos más complicados de apreciar –y que, con toda probabilidad, será el caballo de batalla de las sociedades para oponerse a la separación–, esto es, qué debe entenderse como “un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social”. Sobre este concepto han existido dudas interpretativas tanto en la doctrina como en la poca jurisprudencia que ha podido pronunciarse al respecto. En concreto, las dudas han estado orientadas a si esto debía ser

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOTECA

- SIURANETA PÉREZ, DAVID. *Operaciones societarias más frecuentes en la S.A. y en la S.L.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2006
- MALLÉN, MERCEDES. *Sabotodo contratación civil y mercantil.* 2ª Edición Actualizada a 2014. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2014
- AMAT, ORIOL. MARTÍNEZ-PINA, ANA MARÍA. MÍNGUEZ, SANTIAGO. SANZ, JUAN IGNACIO. GINÉS CASTELLLET, NÚRIA. *Reforma de la legislación mercantil y las normas internacionales de contabilidad.* Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2014

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- SORIA, ADOLFO. *Derecho de separación de socios en caso de no reparto de dividendos.* Economist&Jurist Nº 158. Marzo 2012. (www.economistjurist.es)
- PAVÓN, CARLOS. *Supuestos en los que las mayorías no pueden oponerse al reparto de dividendos.* Economist&Jurist Nº 191. Junio 2015. (www.economistjurist.es)
- MARCH, CARMEN. *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital: las nuevas competencias de la Junta General y el fomento de la participación social.* Economist&Jurist Nº 190. Mayo 2015. (www.economistjurist.es)

considerado como un concepto jurídico indeterminado o un concepto que ya venía definido por la normativa contable y, por lo tanto, se trataría de una especie de “norma en blanco”.

A este respecto, la DGRN hace suya la interpretación que realizó la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en su sentencia de 26 de marzo de 2014. En dicha resolución, se indicó **que para para calcular los beneficios propios de explotación del objeto social hay que: (i) eliminar aquellos ingresos que sean atípicos o extraordinarios; (ii) no solo centrarse en computar los ingresos de la actividad ordinaria, entendidos como tales los ingresos resultantes de la explotación del objeto social, ya que se generaría una inseguridad jurídica al tener que analizar operación por operación; (iii) no excluir los ingresos que ayuden a cumplir el fin social; y (iv) no solo estarse a criterios estrictamente contables ya que ni el plan contable actual ni el anterior recogen el término “beneficios propios de la explotación**

del objeto social”. En definitiva, la DRGN, a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, llega a la conclusión de que **el hecho de que un ingreso sea ajeno a la actividad típica de una empresa –por ejemplo, un ingreso financiero–, no determina que automáticamente sea considerado como beneficio extraordinario, sino que hay que tener en cuenta la cuantía de dicho ingreso en relación con el importe neto de la cifra de negocio y si tiene origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.**

Teniendo en consideración lo anterior, **la DGRN entendió que no pueden excluirse del cómputo de los beneficios propios de explotación ingresos que tengan su origen en dividendos obtenidos de sociedades participadas o ingresos financieros.** Así pues, para que una sociedad se oponga al derecho de separación del socio basándose en que se ha repartido ese tercio que indica el artículo 348 bis LSC, deberá acreditar al registrador, –si pretende excluir esos ingresos del cóm-

puto– que éstos son desproporcionados en relación con la cuantía de la cifra de negocio y su carácter infrecuente. En este sentido, la DGRN deja claro que una simple oposición de la sociedad relativa a que no se cumplen los requisitos del artículo 348 bis LSC –entendida como la simple exclusión de ingresos financieros– no es, en modo alguno, suficiente para que el registrador rechace la solicitud de nombramiento de experto independiente –siempre y cuando que el registrador entienda que los requisitos han sido cumplidos–.

Por último, en ambos casos, la DGRN valoró la posible existencia de influencia que podría tener en el nombramiento la existencia de procedimientos judiciales de impugnación de acuerdos sociales que pudieran dar lugar a una modificación de resultados del ejercicio. En este sentido, **la DGRN entendió que no existiría una suerte de litispendencia en aquellos casos en los que la impugnación de acuerdos sociales no se refiera al acuerdo social que motivó el ejercicio del derecho de separación.** ■

CONCLUSIONES

- Como se habrá podido apreciar, la DGRN ha venido a aclarar una serie de cuestiones que han provocado dudas a los operadores jurídicos y, en especial, a aquellos socios que se estaban planteando el ejercicio del derecho de separación. En efecto, en primer lugar, la DGRN ha considerado que el registrador es el competente para pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 348 bis LSC. Por otro lado, en cuanto al término de “beneficios propios de explotación” parece que, con estas resoluciones y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, se está consolidando una interpretación o, al menos, unas pautas a seguir, para saber si se ha producido el reparto del tercio mínimo exigido por la LSC
- A pesar de las dudas interpretativas de este precepto, por lo que se refiere a otros requisitos, los operadores jurídicos están llegando a un consenso sobre su interpretación. Así, son destacables las conclusiones de los Magistrados/as de lo Mercantil del pasado mes de octubre que, en relación con el cómputo del plazo de cinco años del artículo 348 bis LSC, llegaron a la conclusión que debía interpretarse en el sentido de que el primer ejercicio de vida de la sociedad, aunque hubiera sido incompleto, se computara por entero como año 1. De esta forma, en una sociedad que hubiera sido constituida en septiembre de 2012, los socios podrían ejercitar su derecho de separación en junio de 2017, al aprobarse las cuentas del ejercicio 2016
- No obstante lo anterior, es importante indicar que, a pesar de los esfuerzos interpretativos realizados, muy posiblemente el artículo 348 bis LSC tal y como está actualmente redactado, podría ser modificado en la presente Legislatura toda vez que existe en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley al respecto