

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)
663/2020 de 10 de diciembre
[ROJ: STS 4108/2020]

DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO POR FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS

1. ANTECEDENTES DE HECHO

La STS de 10 de diciembre de 2020 (TOL 8.233.861) aborda un supuesto de ejercicio del derecho de separación del socio. La sociedad Comercio, Transporte y Auxiliares, S.L. (COTRASA) fue fundada en 1979 como sociedad anónima, cuyo capital estaba repartido entre un matrimonio formado por D. Eulogio (75%) y su cónyuge, Dña. Esther (15%), y la hija de ambos, Dña. Felicísima (10%). En el año 1992 quedó transformada en una sociedad limitada, forma social que mantiene en la actualidad, con un capital social de 8.353.827,83 €. Fallecido D. Eulogio en 2003, y tras la sucesión hereditaria, el capital quedó repartido de la siguiente manera: Doña Esther asumió el 66.64% (92.631 participaciones) y sus cinco hijos el 6.67% (9.273 participaciones) cada uno.

Procede indicar que, en los años posteriores, los hijos del matrimonio mantuvieron múltiples disputas por ocupar cargos en el consejo de administración de la entidad. Unos formaron parte de él un tiempo hasta que fueron cesados y sustituidos por el resto de los hermanos. Las tensiones se mantuvieron hasta el presente procedimiento judicial. En efecto, el día 15 de octubre de 2011 se celebró una junta universal, donde se abordó, entre otros puntos del orden del día, el examen y aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2010. Ante la falta de conformidad del acuerdo adoptado, tres de los hermanos (D. Román, Dña. Lucía y Dña. Raquel), que votaron en contra, remitieron burofax a COTRASA el 10 de noviembre de 2011 comunicando su intención de ejercitar el derecho de separación reconocido en el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Ante la falta de acuerdo con la sociedad sobre el valor razonable de las participaciones, y por causa de la pasividad del consejo de administración por solicitar el nombramiento de un experto independiente que acometiera la tasación, los socios afectados requirieron al Registro Mercantil de La Coruña para que efectuara la designación de un auditor. Sin embargo, el órgano de administración se opuso y la Registradora declaró improcedente el nombramiento porque en la junta celebrada no se solicitó el reparto de dividendos, según constaba en acta notarial. La resolución fue recurrida en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), que la revocó y ordenó la designación del experto independiente.

El 1.º de enero de 2014 COTRASA presentó demanda de impugnación de esa RD-GRN y el abogado del Estado se allanó, al ser ineficaz, por extemporánea, la resolución. El juzgado dictó sentencia ordenando la cancelación del nombramiento de auditor efectuado por la Registradora Mercantil de La Coruña. Contra la referida sentencia se presentó incidente de nulidad de actuaciones por indefensión de los demandantes, al no haber sido parte en el procedimiento seguido, que fue inadmitido a trámite por providencia de 28 de mayo de 2014. El 22 de diciembre de 2014, D. Román, Dña. Lucía y Dña. Raquel presentaron una demanda contra COTRASA, solicitando el reconocimiento de su derecho de separación por falta de reparto de dividendos y la condena de la demandada al reembolso del valor razonable de sus participaciones sociales. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La sociedad demandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que fue desestimado. Consideró que el art. 348 bis LSC era aplicable en atención a la fecha en que se celebró la junta general y que el voto en contra de destinar los beneficios a reservas era suficiente para entender cumplidos los requisitos exigidos por el precepto.

2. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO FUNDADO EN LA AUSENCIA DE REPARTO DE DIVIDENDOS

2.1. *Fundamento*

El derecho de separación es un instrumento de protección para el socio ante circunstancias sobrevenidas que modifican sustancialmente, y desde una posición subjetiva (la del socio), el fin del contrato social. El advenimiento de alteraciones en la configuración de la persona jurídica impulsa la marcha del socio por razones fundadas: la pérdida individual del interés en la sociedad. El mecanismo de la separación es un acto unilateral y recepticio [SAP de Castellón de 26 de enero de 2017 (TOL 6.085.311)] que viene contemplado en el art. 346 LSC, y es ejercitable, bien por la producción de un supuesto de hecho establecido en la ley, o previsto en estatutos (art. 347 LSC); si bien, procede indicar que nuestro Alto Tribunal ha admitido el derecho de separación *ad nutum*, si tal posibilidad se incorpora expresamente en estatutos [STS de 15 de noviembre de 2011]

Mediante el ejercicio de la separación, el socio puede abandonar la sociedad recibiendo de esta el valor razonable de sus acciones o participaciones, con la correspondiente reducción de capital social (art. 358 LSC) o, en función del caso, la adquisición de aquellas por la sociedad (art. 359 LSC). La trascendencia de este derecho se observa con mayor impacto en la sociedad de capital más cerrada que existe: la sociedad limitada. Ello se explica por la existencia de trabas legales a la transmisión de la condición de socio, más restringida que en la anónima; y, también, por la inexistencia

de un mercado de participaciones sociales [RDGRN de 2 de noviembre de 2020 (TOL 6.273.358)].

De las eventuales circunstancias que la ley tasa como causa de separación, centraremos nuestra atención en la relativa a la falta de reparto del dividendo, que es la que da origen a la sentencia que comentamos.

En primer lugar, el art. 93 a) LSC establece el derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales. Ahora bien, la norma configura la distribución del beneficio como un derecho abstracto, que solo puede hacerse efectivo mediante acuerdo en la junta de socios. Solo a partir de entonces podemos hablar de un verdadero dividendo, pues se concreta la parte exacta de la ganancia global que corresponde a cada socio, conformada ya como un derecho de crédito que ostenta este frente a la sociedad [STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005/5761) y STS de 15 de enero de 2021 (TOL 8.271.617)].

En segundo lugar, considerando la necesidad de acuerdo previo de la junta para asignar el dividendo, cabe la posibilidad de que no se produzca por falta de aprobación si no resultan las mayorías necesarias y, por tanto, no se haga efectivo el derecho, incluso aunque existan beneficios repartibles. Las razones que favorecen una situación de este tipo son varias: bien porque los socios desean reservar la ganancia para engrasar el patrimonio social, o porque la mayoría de ellos perciben ingresos de la sociedad por otros cauces distintos al dividendo; por ejemplo, como trabajadores asalariados de la entidad o por ostentar un cargo en el órgano de administración. En ocasiones, el rechazo para el reparto del dividendo se produce por simple abuso de la mayoría en detrimento de los socios minoritarios, quienes tienen un claro interés en percibirlo (*vid.*, HERNÁNDEZ, D. 2017: «El derecho de separación del socio en caso de falta de distribución de dividendos y el método de valoración de su participación en la sociedad». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2017, n.º 928, disponible en <http://www.aranzadidigital.es>).

Para ofrecer una solución ante esta circunstancia, la LSC ofrece una solución en su art. 348 bis:

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.

De conformidad al precepto examinado, procede analizar sus presupuestos.

3. REQUISITOS

3.1. *Transcurso de cinco ejercicios desde la inscripción de la sociedad*

El primer requisito del art. 348 bis 1 LSC tiene una naturaleza temporal. La separación del socio por falta de distribución del dividendo solo es ejercitable transcurridos los primeros cinco ejercicios económicos de la sociedad tras su inscripción en el Registro Mercantil. La razón de este presupuesto descansa en la necesidad de proporcionar un intervalo de tiempo mínimo para que la entidad inicie y fortalezca su actividad empresarial. El legislador ha considerado que el transcurso de cinco ejercicios contables es adecuado para entender que una sociedad alcanza su «velocidad de crucero» tras el despegue. Dicho en otras palabras, que en este punto la actividad económica se desarrolla con normalidad y el coste de la inversión inicial debería estar suficientemente cubierto para comenzar a generar beneficio. En consecuencia, ya sería posible afrontar una eventual separación, pues la entidad puede disponer de un patrimonio sólido para entregar el valor razonable de las acciones o participaciones al socio que la abandona sin incurrir en una descapitalización.

Ahora bien, este requisito se asienta sobre la base de una situación probable, que no absoluta. Por regla general, una sociedad que comienza a desarrollar su actividad y se estabiliza en el mercado tras cinco ejercicios es porque tiene una buena situación financiera; no obstante, también puede incurrir en pérdidas, frustrando una posible distribución de beneficio, aunque esta circunstancia se examina en el siguiente presupuesto. En todo caso, y con independencia del resultado contable, la aplicación del art. 348 bis LSC se activa a partir del quinto ejercicio social tras la inscripción (sobre el particular, consulte BERGES ANGÓS, I. 2014: «El derecho de separación del socio por falta de distribución de dividendos». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2014, n.º 891, disponible en <http://www.aranzadidigital.es>).

3.2. *Que existan beneficios legalmente distribuibles*

Para que el socio afectado pueda ejercitar la separación es requisito básico la existencia de beneficios legalmente repartibles. El art. 348 bis LSC no contiene previsión al respecto; no obstante, el art. 273.2 LSC establece unas reglas relativas a la aplicación del ejercicio concluido. Antes de proceder al reparto de dividendos, es preciso atender dos previsiones. La primera: cubrir la reserva legal (20% de la cifra de capital), pues, si no estuviera plenamente satisfecha, habrá de destinarse a ella, al menos, el 10% del beneficio obtenido (art. 274.1 LSC). La segunda: asegurar una solvencia mínima tras el reparto. Atendida la reserva legal, procederá la distribución de las ganancias si «el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social» (art. 273.2 LSC). Esta última indicación refleja

la importancia patrimonial de la sociedad de capital, pues solo permite el reparto del dividendo si, una vez efectuado, el patrimonio social no queda reducido por debajo de la cifra de capital. El objetivo es garantizar la integridad del capital social, como uno de sus principios informadores; además, esta exigencia de solvencia mínima es garantía de terceros (acreedores sociales).

La SAP de Badajoz de 7 de enero de 2020 abordó un supuesto de separación del socio por falta de reparto de beneficios. La audiencia desestimó el recurso de apelación porque consideró que la sociedad actuó correctamente al no acordar el pago del dividendo. Los beneficios del ejercicio anterior se destinaron a cubrir la reserva legal y a compensar resultados negativos de ejercicios anteriores. Por esta razón, concluye la sentencia: «No se desconoce ni vulnera el derecho de separación de los socios, con la resolución impugnada, tal y como pretenden decir los hoy apelantes, pues el derecho de separación existe cuando no se reparten dividendos entre los socios pese a existir beneficios legalmente repartibles, en consecuencia si estos no existen no habrá vulneración alguna del derecho de separación del socio, ni infracción del art. 348 bis, como norma imperativa del T.R.L.S.C.».

Por tanto, si no existen beneficios legalmente repartibles, el socio no podrá ejercitar el derecho de separación. En este caso, la sociedad debe dirigir el destino de las ganancias, con carácter preferente, a atender las previsiones legales en materia de solvencia.

3.3. Que la junta no haya acordado el reparto de, al menos, el 25% del beneficio obtenido en el ejercicio inmediatamente anterior

Suponiendo la existencia de beneficios legalmente repartibles conforme a lo expuesto en el apartado anterior, el derecho de separación aflora ante la negativa de la junta para proceder a su reparto entre los socios. En realidad, el art. 348 bis LSC exige la aprobación de un dividendo mínimo, de modo que el ejercicio de ese derecho también procede si la distribución acordada es inferior al 25% del beneficio legalmente distribuible. En torno a este extremo, destaca el profesor ZARZALEJOS TOLEDANO (en su artículo: «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos». *La Ley Mercantil*, 2015, n.º 16, consultada de forma online en: <https://laleydigital.laleynext.es>) que el art. 348 bis LSC no aclara si, a efectos del cálculo de ese dividendo mínimo, es posible considerar otro tipo de distribuciones que pueda haber acordado la sociedad para sus socios como, por ejemplo, el reparto de la prima de emisión, reducciones de capital con cargo a reservas. Ante tal incógnita, entiende el citado autor que «toda distribución acordada por la sociedad deberá ser considerada para determinar si se ha cumplido o no con la obligación de distribución del tercio de los beneficios propios de la explotación, ya que de otra forma se estaría limitando la autonomía de las compañías para decidir la vía más conveniente para retribuir a sus socios».

3.4. Protesta del socio por insuficiencia del beneficio reconocido

La última premisa exigida por el art. 348 bis LSC es la manifestación de disconformidad del socio por la aprobación de un reparto insuficiente de beneficios. Cuando aconteció el supuesto de la sentencia comentada, el art. 348 bis LSC tenía una redacción distinta, pues exigía expresamente el voto favorable del socio a la distribución de beneficios sociales: «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».

Quienes ejercitaron la separación, simplemente votaron en contra de aplicar el resultado del ejercicio económico a fines distintos a la distribución del dividendo. No hubo voto favorable porque en la reunión no se planteó la posibilidad de destinar una parte de las ganancias a los socios; por tanto, no pudo existir voto en sentido positivo, como exigía la anterior redacción del art. 348 bis LSC. Ahora bien, los socios expresaron su disconformidad sobre la aplicación de ese resultado (que no satisfacía el interés de los socios que votaron en contra) y el Tribunal Supremo dispuso que, pese a la dirección de su voto, los socios defendieron el derecho de separación manifestando su deseo de recibir el dividendo. Así, la sentencia refleja que «hubo declaración de voluntad expresa de los socios en la junta general de que el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es a lo que, con mejor o peor redacción, se refería la versión original del precepto».

Naturalmente, el art. 348 bis LSC fue modificado por el art. 2.6 de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que modificó, entre otras normas, la LSC. El cambio introducido da un sentido más preciso al precepto y elimina las trabas que producía una interpretación rígida del mismo. En el orden del día no tiene por qué figurar el reparto concreto del resultado económico obtenido, sino simplemente que se va a abordar el destino del mismo. De este modo, el socio solo tiene un conocimiento preciso sobre ese asunto durante el transcurso de la reunión, y entonces podrá obrar en consecuencia, dependiendo de la situación que encuentre. Si el beneficio repartible se aplica a fines distintos a su distribución entre los socios (a reservas voluntarias o a una inversión concreta) o el destinado a dividendo no alcanzan el mínimo de un tercio, el socio deberá manifestar una protesta para defender sus intereses en la percepción de aquel.

Considerando que el art. 348 bis LSC alude expresamente a una «protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos», cabe plantear el siguiente interrogante: ¿qué ocurre si la junta propone distribuir una cantidad de beneficio superior al tercio establecido en el precepto y el acuerdo no prospera por el voto desfavorable reiterado de la mayoría? Este supuesto no aparece contemplado en el precepto y, sin embargo, frustra de igual modo el interés del socio minoritario en percibir su parte de las ganancias. Siguiendo el término literal de la norma, el afectado no podría ejercitar la

separación en este caso. Su vía de actuación consistiría en impugnar el acuerdo por lesión al interés social, generada por la imposición de la mayoría. Aquí, la dificultad reside en la prueba del abuso y si la medida de no repartir el beneficio responde a una necesidad razonable de la sociedad (art. 204.1 II LSC). A nuestro juicio, hubiera resultado deseable que el legislador incorporara el derecho de separación del socio ante la negativa reiterada de la distribución del dividendo, siempre que hubiera cualquier clase de beneficio legalmente repartible y la decisión se adoptara sin necesidad razonable de retener esas ganancias en el haber social o de invertirlas en algún proyecto determinado.

Martín GONZÁLEZ-ORÚSCHARRO
Doctor en Derecho
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es