

Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital

Aurora Campins Vargas
Jesús Alfaro Águila-Real
Liber Amicorum Juan Luis Iglesias. Civitas, 2014

SUMARIO: 1. **Consideraciones generales del derecho de separación.** 1.1. En las sociedades de personas. 1.2. En las sociedades de capital. 1.2.1. Ausencia de un derecho de denuncia/separación *ad nutum*. 1.2.2 Ausencia de una cláusula general de separación por justos motivos. 2. **El abuso de la mayoría en la falta de reparto de dividendos.** 3. **Problemas prácticos de la implementación del art. 348bis LSC.** 3.1. Tenor literal del art. 348bis LSC. 3.2. Margen de los socios para la regulación estatutaria del derecho de separación por no reparto de beneficios 4. **Conclusiones y propuesta de regulación.**

1. Consideraciones generales del derecho de separación

El derecho de separación constituye *una concreción del principio de denunciabilidad de las relaciones obligatorias*¹, o más precisamente de la idea según la cual nadie puede quedar vinculado eternamente (y por lo tanto, las relaciones sin término de duración son libremente denunciables -denuncia ordinaria-), y en la idea complementaria según la cual, todos tienen derecho a desvincularse de una relación pensada como de duración determinada en el tiempo si hay razones serias para ello -denuncia extraordinaria-, en particular, en el Derecho de sociedades, "una perturbación que determine la inexigibilidad al socio de permanecer en la sociedad"². La vigencia de este principio de carácter imperativo no impone, sin embargo, al legislador ni a las partes una forma determinada para su garantía. El legislador o los particulares pueden garantizar la posibilidad de desvinculación a través de diferentes instituciones.

1.1. En las sociedades de personas

¹ J. ALFARO, "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", *RDM*, 1.996, n. 222, pp. 1079 ss, 1109.

² C. PAZ-ARES, "Comentario a los artículos 1665 y ss", en AAVV, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de justicia, II, Madrid, 1991, pp. 1506 ss y p.1512 con una construcción general de la denuncia en la sociedad civil. Sobre este principio vid. GIRON, *Derecho de sociedades*, T. I, *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, p. 633. En la jurisprudencia estas ideas están recogidas, por ejemplo, en la STS 17.2.93 (Roj: 702).

En las *sociedades de personas* (en las que existe una "implicación total" de los socios en la vida de la sociedad al desarrollar toda su actividad personal en el seno de la compañía y responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales) el derecho a resolver unilateralmente la relación se traduce en un *derecho de denuncia* (arts. 1705 y 1706 CC y 224 C de c), que tiene por efecto no la disolución parcial o extinción del vínculo del socio, sino la disolución y extinción de la sociedad³. No existe porque no es necesario en la regulación supletoria de estas sociedades un derecho de separación.

Naturalmente, el derecho a separarse libremente de la sociedad, esto es, el derecho a exigir de los demás socios que le liquiden su parte en la sociedad abandonando esta cuando le parezca, solo tiene sentido en el ámbito de las sociedades constituidas por tiempo indefinido. Es seguro que si la sociedad tiene una duración determinada tal derecho no existe. Permitir que un socio pudiera separarse libremente en este caso implicaría dejar el cumplimiento del contrato a su arbitrio (art. 1256 Cc). En las sociedades constituidas por tiempo determinado la salida voluntaria del socio únicamente se justifica "a no intervenir justo motivo" tal y como establece el art. 1707 Cc para las sociedades civiles.

³ Esta afirmación no ofrece duda alguna en la regulación de la sociedad civil. Más dudas suscita sin embargo la interpretación de la normativa referida a las sociedades mercantiles de personas. La discusión se centra en torno a cuál es el alcance del derecho de separación contemplado en el art. 225 C de c. Algunos autores estiman que el precepto debe ser interpretado como "un derecho de separación incondicionado, sin una limitación de supuestos", esto es, un derecho de separación libre de la sociedad. (Así, GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I-3, Madrid, 1949, pp. 1195-1196; MOTOS, "La separación voluntaria del socio en el Derecho Español", *RDN*, 1.956, pp. 88 ss. La doctrina mayoritaria afirma que el derecho de separarse libremente de la sociedad solo opera si la sociedad tiene una duración indeterminada. La justificación de esta teoría se hace descansar en el tenor literal del artículo 225 C de c puesto en conexión con su inmediato precedente (el art. 224 C de c). Vid. por todos GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, pp. 686-687. A nuestro juicio, sin embargo, los mejores argumentos militan en contra de tal derecho. Y ello porque en estas sociedades los socios tienen siempre derecho a provocar la disolución de la sociedad y este derecho a provocar la disolución y el derecho de separación son incompatibles. En efecto, si cualquiera de los demás socios puede pedir, en cualquier momento, la disolución, es evidente que puede pedirla también cuando otro socio pide la separación. Por tanto, se sigue que el socio que desea separarse no puede "imponer" a los demás que continúen en sociedad tras su salida lo que constituye, precisamente, la esencia del derecho de separación. Lo único que puede imponerles es la disolución de la sociedad. Consecuentemente, el socio solo podrá separarse cuando todos los demás socios estén de acuerdo, porque si no hay acuerdo, se impone necesariamente, la disolución de la sociedad. En el mismo sentido L.SUAREZ-LLANOS, "Sobre la separación de un socio en las Sociedades de Personas", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1.978, pp.793-805. *Contra*, MARTINEZ SANZ, *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997, p.7, 14, quien postula un derecho de separación en estas sociedades si bien el mismo -entiende el autor- aparece estrechamente ligado a la facultad de denuncia -ordinaria o extraordinaria- según los casos.

Dado el carácter dispositivo del derecho de denuncia/disolución, es claro que *los socios pueden sustituir* el mismo por un derecho de separación *a voluntate*⁴. Lo que en ningún caso puede admitirse es su eliminación sin que sea sustituido por otro que garantice de un modo equivalente la libertad de salida del socio. La razón ya ha sido apuntada. Si las partes estuvieran *obligadas a permanecer* en la sociedad y *a responder por las deudas indefinidamente* se estarían infringiendo esos valores de máximo rango que están en la base del principio de temporalidad de las relaciones obligatorias.

Las *ventajas de la sustitución* del mecanismo de la denuncia (ordinaria o extraordinaria) por la separación (*ad nutum* o *ad causam*) se explican fácilmente en términos de eficiencia por la inestabilidad que la primera introduce en la sociedad. Como certeramente se ha afirmado, “los costes no se producen solo *ex post* con la liquidación (costes de disipación de los activos intangibles), sino también *ex ante*, puesto que la perspectiva de una disolución fácil provee incentivos muy escasos para la inversión en activos específicos durante la vida de la sociedad. Ello explica la aparición en escena del mecanismo de la separación, cuyo cometido es el de satisfacer al propio tiempo dos necesidades de la vida económica y social: la conservación de la organización y la preservación de libertad individual, permitiendo desvincularse a quien desea irse o tiene motivos para hacerlo y, a la vez, haciendo posible conservar la empresa a los que desean permanecer”⁵.

Precisamente la mayor relevancia de la estabilidad de la organización y el ahorro de los costes mencionados explica porqué en la AIE, - que es una sociedad de personas “modernizada” - haya sido el propio legislador quien directamente haya suprimido la denuncia unilateral como causa de disolución (v. art. 18.1 LAIE) y haya previsto en su lugar un derecho general de separación (art. 15 LAIE), que puede ejercitarse *ad nutum* si la agrupación se ha concertado por tiempo indeterminado o al amparo de un justo motivo, si la agrupación se ha contraído por tiempo determinado (v. también art. 266.2 RRM).

1.2. *En las sociedades de capital*

⁴ Sobre la intercambiabilidad de los mecanismos de derecho de denuncia y derecho de separación vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.637 y PAZ-ARES, *Comentario*, II, pp. 1508-1509.

⁵ PAZ-ARES, en [R.URÍA/A.MENÉNDEZ (dirs.)] *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2ª ed., Madrid 2006, *Curso*, p.699.

1.2.1. Ausencia de un derecho de denuncia/separación *ad nutum*

En la regulación legal de las sociedades de capital, no se contempla un derecho de denuncia/separación *ad nutum* en las concertadas por tiempo indefinido. Ello no supone, sin embargo, un atentado contra la denunciabilidad de las relaciones obligatorias. Las razones que suelen aducirse para ello son la responsabilidad limitada de sus socios y la transmisibilidad de la condición de socio. En este sentido se viene afirmando por un lado, que la limitación de responsabilidad característica de las sociedades anónimas y limitadas hace difícil afirmar el vínculo "opresivo", aunque sea indefinido en su duración, en la medida que la posición del socio se limita a la de un mero inversor y, por otro, que el mecanismo jurídico para permitir que el socio pueda desvincularse de la organización social se instrumenta típicamente a través de la transmisión y no mediante el derecho de separación⁶.

Estas explicaciones no son suficientes. En concreto, si se defendiese la equivalencia de la separación *ad nutum* al mecanismo de la transmisibilidad habría que predicar la existencia de un derecho de separación *ad nutum* en aquellos casos en que no haya mercado para las acciones o participaciones, lo cual, dicho sea de paso, ocurre en la mayoría de los casos de sociedades cerradas⁷.

La razón última que explica por qué la eliminación legal de la denuncia ordinaria en las sociedades de capital sin la correlativa concesión por el legislador de un derecho de separación *ad nutum* no es contraria al orden público se encuentra en la *especial posición del socio de una corporación* -sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada- en comparación con cualquier otro sujeto de una relación obligatoria. En efecto, en el modelo legal de las corporaciones, el socio no tiene ninguna obligación "pendiente" con la sociedad una vez que ha desembolsado su aportación al capital social. Es socio, pero no está obligado a ninguna conducta en relación con la corporación. Es obvio que esta afirmación necesita de matizaciones que

⁶ En este sentido se ha pronunciado recientemente la STS de 15.11.2011 (Roj: 8015) al afirmar que "tratándose de sociedades de estructura corporativa y capitalista, el principio de estabilidad del capital, como regla, impide a los socios la desinversión y rescate de su aportación, sin que su vinculación con la sociedad pueda calificarse de permanente dada la posibilidad de transmitir a terceros su posición e intereses en la sociedad".

⁷ Así se reconocía expresamente en la propia Exposición de Motivos de la derogada LSRL al afirmar que nos encontramos ante "una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio".

no podemos realizar aquí⁸ pero, en la medida en que no esté involucrado en la gestión social, (y nada le obliga a hacerlo), sus deberes como socio están muy próximos - si no se identifican - con los que tiene cualquier tercero no socio (*neminem laedere*, art. 1902 CC). No está obligado a nada más. Una vez desembolsada su aportación, no puede ser obligado a realizar nuevas prestaciones a favor de la sociedad. Además, la limitación de responsabilidad reduce la onerosidad de la vinculación porque las actividades de la sociedad no vinculan a todo su patrimonio. Aunque no se disponga de un mercado líquido para las participaciones o existan -*a fortiori*- restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones, el quebranto que puede sufrir el socio desentendiéndose de la vida social se limita a su aportación gracias a la responsabilidad limitada. Dicho en otros términos: la permanencia del vínculo no constituye una hipoteca insoportable de la vida del socio, puesto que normalmente no pesa sobre él ninguna obligación personal permanente que menoscabe su libertad.

La cuestión adquiere, sin embargo, un cariz distinto en dos grupos de casos que podríamos formular como de vinculación opresiva *obligatoria* y vinculación opresiva *real* del socio.

Puede haber una vinculación opresiva *obligatoria* del socio en sociedades -de estructura corporativa y de duración indefinida- en el caso de que la aportación del socio no se limite a la mera aportación patrimonial, sino que sus relaciones con la sociedad le obliguen a realizar a favor de esta prestaciones personales, sea en virtud de previsiones estatutarias (prestaciones accesorias), sea en virtud de obligaciones asumidas en pactos parasociales. En tales casos, la prohibición de vinculaciones opresivas debe traducirse en la atribución al socio de un derecho a desvincularse. Así sucede señeramente en las sociedades a través de las cuales los socios desarrollan su profesión u oficio. Parece evidente que en este tipo de sociedades la regulación legal no se ajusta en este punto a la especial naturaleza de las mismas. Es más, en los casos donde las partes no hayan llegado a un arreglo contractual la aplicación del sistema legal, implicaría una clara vulneración del principio de temporalidad de las relaciones obligatorias, por lo que, pese al sistema previsto por el legislador para este punto, y como ya hemos puesto de manifiesto en otros trabajos, a nuestro juicio, el mismo no debería encontrar aplicación. Lo más razonable en estos casos es integrar

⁸ J. ALFARO AGUILA-REAL, “La terminación por denuncia ordinaria de los contratos de *joint venture* de duración indeterminada” en AA.VV. *Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Bogotá 2012, pp. 687 ss, pp. 700-701: “Lo que es opresivo, pues, es seguir permanentemente obligado a prestar, a desarrollar una conducta que otra persona puede exigir sin límite temporal”.

con alguna salida la regulación legal. Salida que, en buena lógica, debería pasar por reconocer un derecho de separación *ad nutum* en el caso de que la sociedad se haya constituido por tiempo indeterminado (lo que permitiría al socio liberarse del vínculo personal), y también un derecho de separación *ad causam* o por “justos motivos” en el caso de que la sociedad se haya constituido por tiempo determinado (lo que permitiría la salida voluntaria del socio en situaciones que objetivamente deberían justificarla -cuando la ulterior permanencia del mismo devenga inexigible-)⁹.

En nuestro derecho positivo esto ha sido precisamente lo que ha previsto el legislador en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP) para este tipo de sociedades con independencia del tipo social (personalista o capitalista) al que se acojan los profesionales¹⁰. Las razones de una previsión de este tipo pueden comprenderse con facilidad si se tienen en cuenta las peculiares características de estas sociedades. Nos referimos, no tanto a que en estas sociedades el principio general sea el de una transmisibilidad restringida en atención a la impronta personalista que las caracteriza (art. 12 LSP), cuanto a la existencia de prestaciones accesorias muy gravosas vinculadas a la condición de socio. A saber, la obligación de que la totalidad o al menos la mayoría de los socios vengan obligados a prestar su actividad profesional en la sociedad que, además, suele realizarse en régimen de exclusividad. En definitiva, la naturaleza personal de este tipo de sociedades (aun cuando se acojan a formas societarias de capital) y la iliquidez de las participaciones que les es congénita justifican esta regulación¹¹.

En cuanto a los casos de vinculación *real* que deviene opresiva, los más frecuentes serán aquellos en los que una parte muy significativa del patrimonio del socio esté representado por las participaciones o acciones de la sociedad lo que será frecuente en el caso de sociedades patrimoniales y participaciones sociales heredadas. En estos casos, la prohibición de vinculaciones perpetuas en su aspecto de *vinculación real*

⁹ Sobre el derecho de separación como causa legal no escrita en los términos indicados en el texto nos remitimos a lo expuesto en ALFARO, *RDM*, 1.996, pp. 112-114. En jurisprudencia vid. la STS 10.2.1997 (Roj: 869), que admitió en última instancia el derecho de un socio a separarse a pesar de que ni la ley ni los estatutos se lo conferían.

¹⁰ En concreto, el art. 13 LSP dispone que: “1. Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad. 2. Si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado, los socios profesionales sólo podrán separarse, además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, en los supuestos previstos en el contrato social o cuando concurra justa causa”.

¹¹ Sobre el tema vid. A.CAMPINS, *La sociedad profesional*, Madrid, 2000, pp. 377-383.

(amortización de la propiedad del socio) debería traducirse también en un derecho de separación o disolución al socio en sociedades de estructura corporativa.

1.2.2. Ausencia de una cláusula general de separación por justos motivos

El Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)¹² no contempla tampoco, a día de hoy, una cláusula general de separación por justos motivos. Constituyen justos motivos de separación dos conjuntos de circunstancias. En primer lugar, la adopción por la sociedad de medidas que modifiquen la situación jurídica y económica del socio en una forma en que su aceptación no resulte exigible para el socio. En segundo lugar, la existencia de un conflicto permanente y duradero entre mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo -antiestatutario o ilegal de forma sistemática- de la mayoría.

Si observamos las causas legales de separación reguladas en el art. 346 LSC (disconformidad del socio con los acuerdos de sustitución del objeto social, prórroga o reactivación de la sociedad, modificación de la regulación de las prestaciones accesorias y para la SL, además, disconformidad del socio con el acuerdo de modificación de las reglas sobre transmisibilidad) comprobamos que todas ellas tienen que ver con modificaciones estatutarias que alteran sustancialmente las bases del contrato social, esto es, con el primer conjunto de circunstancias que constituyen justos motivos de separación¹³. La regla general que se puede inducir del conjunto de supuestos regulados es que en las sociedades de capital el contrato se puede modificar por mayoría y el socio que no esté de acuerdo con una modificación importante no puede impedir que el acuerdo correspondiente se adopte pero puede separarse. Es decir, se concibe el derecho de separación como una restricción a la regla mayoritaria que pueda afectar a las bases del contrato social¹⁴ o, en otros

¹² Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010).

¹³ Señalar también que el derecho de separación en casos de transformación societaria y de traslado de domicilio al extranjero se regulan en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE núm.82, de 4 de abril de 2009). *A contrario*, no hay derecho de separación en fusión o escisión porque el legislador ha dejado claro que la protección del minoritario se articula por otras vías. Para una primera aproximación a las principales novedades de la LSC y LME en materia de separación puede consultarse el trabajo de J.BRENES CORTÉS, “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, *RdS* 37, 2011-2, pp. 19 ss.

¹⁴ Vid. por todos, MARTINEZ SANZ, “Causas de separación del socio en la LSRL”, *RdS*, 6, 1996, pp. 29-30 y allí ulterior bibliografía.

términos, como un mecanismo de protección de la minoría frente a modificaciones sustanciales del contrato social por la mayoría¹⁵.

Ni en las derogadas LSA y LSRL, ni en la LSC se ha previsto una norma que regule, a modo de cláusula general, el segundo grupo de casos que constituyen justos motivos de separación, esto es, supuestos conflicto permanente y duradero entre mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo -antiestatutario o ilegal- de la mayoría¹⁶. Dentro de los grupos de casos que pueden incluirse en este segundo grupo se encuentran los supuestos de atesoramiento injustificado de los beneficios. En efecto, la falta de reparto de los beneficios es una de las estrategias más frecuentes de los socios mayoritarios para expropiar a los minoritarios, máxime si, como es frecuente, va acompañada de la percepción por el mayoritario de salarios (como puede ser la retribución que perciben por formar parte del órgano de administración) u otras prebendas asociadas al control de la sociedad (como la

¹⁵ En palabras de la RDGRN 2.11.2010, “el fundamento del derecho de separación del socio previsto en el art. 95 LSRL es la protección del socio y de la minoría frente a los acuerdos de la mayoría relativos a las modificaciones esenciales del contrato social”. En términos semejantes se expresaba la STS 30.06.2010 (Roj: 3538) en relación al derecho de separación en los casos de sustitución del objeto social, recogiendo, además, las líneas básicas de cuando estamos en presencia de una “sustitución” del objeto social. En palabras del TS, la justificación del reconocimiento del derecho de separación no es otra que “respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella. No habrá, pues, sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, (...), pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos”. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente por la STS de 10.03.2011 (Roj: 2033). Señalar por lo demás, que la Ley de Reforma Parcial de la LSC, de agosto de 2011 [Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas (BOE núm. 184, de 2 de agosto, de 2011)] ha consagrado legalmente esta jurisprudencia, añadiendo a la “sustitución” que recogía el art. 346 a) LSC, la “modificación sustancial del objeto social” como causa de separación.

¹⁶ La primera sentencia española que recoge la doctrina de la opresión de los minoritarios es la dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 13.7.2007 (Roj: 97), quien resume la doctrina anglosajona de las conductas reputadas como opresoras, en los siguientes tres grupos de comportamientos o grupos de casos: “En primer lugar, aquellas actuaciones de la mayoría tendentes a limitar los ingresos de los socios minoritarios (vgr., no distribución sistemática de dividendos, reducción del número de administradores con exclusión de los socios minoritarios del órgano de administración, despido de los socios minoritarios empleados de la sociedad). En segundo lugar, todas aquellas conductas dirigidas a apropiarse -siquiera sea a medio plazo- de los activos sociales y de las oportunidades de negocio de la sociedad (tunneling o siphoning). Finalmente, puede contemplarse un tercer tipo de prácticas opresivas, consistente en la puesta en práctica de mecanismos dirigidos a privar a los minoritarios de sus derechos políticos y/o económicos (vgr., negación sistemática del derecho de información)”.

celebración de contratos entre la sociedad y otras sociedades vinculadas al grupo mayoritario). Sobre los conflictos derivados de la falta de distribución de dividendos y las soluciones que se han venido otorgando a los mismos hasta la promulgación del art. 348bis LSC nos ocupamos en el apartado siguiente.

2. El abuso de la mayoría en la falta de reparto de dividendos

Como es sabido, la solución a los conflictos de abuso por no reparto de los dividendos se ha venido articulando, tradicionalmente, a través del recurso a los Tribunales, quienes han venido protegiendo a los minoritarios a través de la prohibición de abuso de derecho. En concreto, el enjuiciamiento de las decisiones sociales sobre reinversión de los beneficios se ha venido realizando partiendo de la premisa de que es legítima cualquier decisión de reinvertir (arg. ex art. 273.1 LSC) salvo que ésta pueda calificarse como abusiva (arg. ex art. 7.2 Cc), lo que exige al impugnante probar que el acuerdo social no responde a otra finalidad que la de perjudicar a la minoría.

Un repaso por la jurisprudencia evidencia que cualquier justificación mínimamente razonable para la reinversión (incluso en casos de dilatados períodos temporales sin repartir dividendos) suele ser suficiente para que los tribunales declaren la validez del acuerdo social de no reparto¹⁷. El resultado práctico de esta situación es de sobra conocido: es posible impugnar acuerdos contrarios al reparto de dividendos pero no es tan fácil que se declare abusivo el acuerdo de reinversión. Buena prueba de ello es que son pocas las resoluciones que declaran la nulidad o anulabilidad de un acuerdo de no reparto. En el mejor de los casos, el acuerdo de no distribución impugnado queda declarado judicialmente sin efecto, pero sin que su nulidad o anulabilidad se vea acompañado de un reconocimiento efectivo al derecho del socio a la participación en el reparto de las ganancias.

Como excepción a esta política jurisprudencial deben señalarse sin embargo, la publicación de sentencias como la STS 26.05.05 (Roj: 3394) o las más recientes SSAP de Álava 19.10.2010 (Roj: 515) o Baleares 22.12.2010 (Roj: 2639) en las que los tribunales, además de declarar nulo, por abusivo, el acuerdo social sistemático de reinvertir los beneficios y no repartir dividendos, condenan a la sociedad en los tres casos al reparto de los beneficios “en la parte proporcional a las participaciones de

¹⁷ Sobre el tema puede consultarse J. ALFARO/A. CAMPINS, “El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia”, *OTROSÍ*, n.5, enero-marzo 2011, pp.19 ss.

cada socio" (en la STS y SAP Baleares) o a adoptar un acuerdo en junta en el que se decida repartirlos en la proporción que considere "oportuna" (en la SAP Álava).

Pues bien, ni siquiera en estos últimos casos en el que los jueces han obligado a la sociedad a adoptar un acuerdo de reparto, garantizando el derecho al dividendo del socio en un ejercicio concreto, puede considerarse una protección completa para los socios en casos de opresión. En efecto, para cumplir estrictamente con el art. 7.2 Cc e impedir "*la persistencia del abuso*", han de proporcionarse a los socios minoritarios remedios suficientes. Y cuando el conflicto es *permanente, abierto y originado por el comportamiento abusivo sistemático del mayoritario*, la única forma de evitar la persistencia del abuso de derecho es permitir al socio minoritario separarse de la sociedad (o, lo que es equivalente, disolverla también por "justos motivos").

Y esto ha sido precisamente la finalidad que ha justificado la promulgación del 348bis LSC por la Ley de Reforma Parcial de la LSC¹⁸, que, como es sabido, obliga a las sociedades con beneficios a repartir al menos un tercio so pena de permitir al socio discrepante con la reserva separarse de la sociedad¹⁹. En concreto, en la enmienda parlamentaria que se presentó para la introducción de este precepto²⁰, se afirmaba que "el derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos (...). La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias

¹⁸ Véase nota 15.

¹⁹ El tenor literal del artículo es el siguiente: "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 hubiere 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".

²⁰ Enmienda de adición (número 21) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 111-11, de 30 de mayo).

a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio”²¹.

Aunque, a nuestro juicio, hubiera sido preferible una formulación en forma de cláusula general (del tipo de la prevista en la LAIE o en la LSP) incluyendo la falta de reparto *injustificada* como un grupo de casos señero de opresión de la minoría que diera derecho a esta a separarse, lo cierto es que la idea de regular específicamente el supuesto de no reparto injustificado puede considerarse suficiente para, por *analogía iuris*, reconocer un derecho de separación en cualquier otro conflicto permanente y duradero entre mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo –anti estatutario o ilegal de forma sistemática– de la mayoría²². Con ello ya tendríamos en la propia Ley los mimbres para poder afirmar la existencia de un derecho legal de separación por justos motivos (tanto por modificación sustancial del contrato social –deducida de los supuestos regulados en el art. 346 LSC–, como por opresión de la mayoría –ex art. 348bis LSC).

La regla, por lo demás, está en línea con las soluciones que se han ofrecido a las situaciones de explotación u opresión del minoritario en otros ordenamientos comparados. Nos referimos a la doctrina de la “oppression” en los Derechos anglosajones (así en Estados Unidos y Gran Bretaña)²³ y la creación doctrinal y jurisprudencial de un derecho de separación por justa causa en el ámbito del derecho continental (recogiéndose el modelo paradigmático en el ordenamiento suizo y alemán)²⁴.

²¹ Una norma semejante, si bien con carácter dispositivo, admitiendo pacto en contrario de los estatutos, fue incluida en el art. 150 de la Propuesta de Código de sociedades mercantiles de 2002.

²² En apoyo esta aplicación analógica para casos semejantes nos parece importante señalar que, pese a la tesis mayoritaria que únicamente reconoce el derecho de separación en los supuestos concretos previstos en la ley (y, en su caso, en los estatutos), la jurisprudencia está empezando a reconocer un derecho de separación en casos análogos a los previstos en la ley, esto es, a los que suponen una modificación sustancial del contrato social, (aun a falta de regulación estatutaria), como los de filialización. Nos referimos a la SAP Valencia 4.5.2011 (Roj: 2467) y a la STS 10.3.2011 (Roj: 2033) en la que el TS ha considerado que modificar los estatutos sociales para incluir la denominada cláusula de “ejercicio indirecto” de la actividad social –a través de filiales y como primer paso para un filialización– constituye modificación sustancial del objeto social y da derecho de separación.

²³ Para una primera aproximación a la teoría de la opresión del derecho anglosajón puede consultarse entre nosotros, el trabajo de VAZQUEZ LEPINETTE, “La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas”, *RDM* 283, enero-marzo 2012, pp. 169 ss.

²⁴ Para una primera aproximación al derecho de separación por justa causa en el ordenamiento alemán, puede consultarse, entre nosotros, el trabajo de MARTINEZ SANZ, *RdS*, 6, 1996, pp. 37 ss.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta que surge de inmediato es por qué el art. 348bis LSC ha suscitado tantas críticas en la doctrina²⁵ y, sobre todo, y más importante, por qué a los pocos meses de su introducción se ha aprobado una Disposición Transitoria nueva en la LSC suspendiendo temporalmente su aplicación hasta diciembre de 2014²⁶.

3. Problemas prácticos de la implementación del art. 348bis LSC

En términos generales puede afirmarse que la previsión de un supuesto legal de este tipo ha sido una buena idea pero mal articulada, cuyas consecuencias prácticas han ido mucho más allá del espíritu que animó su introducción en la LSC. Las razones de su suspensión tienen que ver pues, con el propio tenor del precepto, y, a nuestro juicio, también, con la interpretación que la doctrina ha venido propugnando del mismo. A ello dedicamos las líneas siguientes.

3.1. Tenor literal del art. 348bis LSC

Lo primero que tenemos que afirmar es la *idoneidad* del art. 348bis LSC para otorgar una salida a situaciones de opresión o abuso de la mayoría en la política de dividendos que, como hemos advertido, tradicionalmente se han venido solucionando, no siempre de forma satisfactoria, a través del recurso a los Tribunales. En efecto, gracias a su introducción, se ha reconocido el derecho de los minoritarios a *poner fin con carácter definitivo* a situaciones de conflicto permanente y abierto originadas por el atesoramiento injustificado de los beneficios por el mayoritario. Posibilidad que hasta la promulgación del precepto la mayoría de la doctrina venía denegando por entender que, fuera de los concretos supuestos previstos en la ley y en los estatutos de la sociedad, el sistema legalmente diseñado impide, o cuando menos, dificulta, el

²⁵ Los más críticos alegan incluso que el precepto tiene posibles tachas de inconstitucionalidad: “el nuevo artículo 348 bis viola los derechos y principios constitucionales de libertad de empresa, seguridad jurídica, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Así, I. IBÁÑEZ GARCÍA, “Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad!” <http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-que-barbaridad/>. El mismo autor en “La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)”, *Rev. Der. Neg.*, núms. 263-264, sept. octubre 2012, pp. 7 ss. En la misma línea, C.CÁCERES CÁRCELES, “El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el art. 348bis de la LSC”, *Rev. Der. Neg.*, núm. 263-264, septiembre-octubre 2012.

²⁶ La Disposición Transitoria ha sido introducida por la Ley Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE 23.6.12, entrada en vigor 24.6.12).

reconocimiento del derecho de separación²⁷. La introducción del art. 348bis LSC puede considerarse en este sentido, la consagración legal del reconocimiento de un derecho de separación en supuestos de opresión de la minoría por la mayoría²⁸.

Sentado lo anterior, no puede desconocerse sin embargo, que *la falta de distribución del dividendo que prescribe el art. 348bis LSC no tiene por qué presuponer, siempre y en todo caso, una situación de opresión de la mayoría frente a la minoría*²⁹. Habrá casos en que evidentemente sí (atesoramiento sistemático de beneficios tras impugnaciones sistemáticas –exitosas o no- de los correspondientes acuerdos de no reparto) y habrá otros en que no (un acuerdo de no reparto que siga a varios ejercicios consecutivos en los que se haya procedido al reparto de los beneficios sociales, o simplemente no se prevea repartir durante unos años al objeto de dar cumplimiento al objetivo fijado *a priori* de acometer determinadas adquisiciones)³⁰. Como hemos apuntado más arriba, la clave para juzgar la existencia o no de una situación de opresión está en determinar si en el supuesto concreto concurren o no circunstancias concretas que hagan inexigible al socio su ulterior permanencia en la sociedad. Solo si esto ocurriera nos encontraríamos ante un justo motivo de

²⁷ Esta omisión es justamente criticada por MARTINEZ SANZ, *La separación*, pp. 44 ss, y allí referencias. En BRENES CORTÉS, *RdS*, núm. 37, 2011-2, pp. 33 ss, puede consultarse una amplia referencia doctrinal que corrobora la tesis apuntada en el texto.

²⁸ No parece necesario insistir en que, pese a lo afirmado en el texto, nosotros venimos defendiendo que el Derecho español vigente incluye una causa legal no escrita de separación por justos motivos, de tal forma que la incorporación de una norma como la del art. 348bis LSC solo tendría un carácter meramente declarativo. Como ha explicado extensamente F.J.FRAMIÑÁN SANTAS, *La Exclusión del Socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2005 (cap. III) no hay razón alguna para no aplicar analógicamente los casos legales en los que se reconoce al socio un derecho a separarse (sustitución o modificación sustancial del objeto social, modificación de las condiciones de transmisibilidad de las participaciones, traslado del domicilio social al extranjero...) a cualquier supuesto en lo que no sea exigible al socio seguir vinculado a sus consocios y no tenga, como opción alternativa la de vender sus acciones o participaciones en un mercado libre. En relación al abuso de la mayoría en el reparto de dividendos, R.CABANAS TREJO y J. MACHADO PLAZA, “Derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales y abuso de la mayoría”, *RdS*, 4, 1995, p. 297, habían defendido ya la posibilidad de contemplar el derecho de separación en caso de atesoramiento de los beneficios durante varios años consecutivos siempre que no originase descapitalización de la sociedad.

²⁹ Salvo alguna excepción, (como VAZQUEZ LEPINETTE, *RDM* 283, 2012, pp. 169 ss) así lo han puesto de manifiesto la práctica totalidad de los autores que se han ocupado del tema.

³⁰ En el mismo sentido BRENES CORTÉS, *RdS* núm. 37, 2011-2, p. 33 afirma que “no creemos que pueda apreciarse abuso de la mayoría el que, en función de la situación económico-financiera de una sociedad, se decida distribuir dividendos anualmente sin ajustarse al tercio que impone la ley, sobre todo si tenemos en cuenta la indeterminación jurídica que implica la base de reparto establecida por la norma «beneficios propios de la explotación del objeto social”. En el mismo sentido IBÁÑEZ GARCÍA, *Rev. Der. Neg.*, núm. 263-264, 2012, pp. 7 ss.

separación que justificaría la separación del socio de la corporación cuando este no tuviese como opción alternativa la de vender sus acciones o participaciones.

Pues bien, el gran problema del art. 348bis LSC, ha sido que, con su redacción, ha hecho algo más que reconocer una salida a situaciones de opresión por falta de reparto de beneficios, toda vez que parece presuponer que la falta de reparto constituye *per se* una situación de abuso. En efecto, a partir del quinto año desde la constitución de una sociedad –que no son cinco años de falta de distribución de dividendos- el art. 348bis LSC trata de garantizar un reparto parcial periódico a los socios pero, *en vez de hacerlo a través de una regla de reparto de dividendos* (por ejemplo, instaurando el reparto como regla general y el atesoramiento como excepcional³¹ –debiendo ser la mayoría la que justifique la falta de reparto entre los socios-)³², y *dejando la separación como un recurso subsidiario* (que únicamente se active para resolver las situaciones de conflicto permanente y abierto entre mayoría y minoría)³³, lo ha resuelto directamente, abriendo de par en par la puerta a la separación para cualquier situación de falta de reparto. *Y todo ello sin permitir excluir su aplicación cuando motivos de interés social o de cumplimiento de obligaciones con terceros justifiquen la no distribución de dividendos*. En efecto, ante la decisión de no repartir o de no hacerlo ajustándose a la distribución del tercio de beneficios que dispone el art. 348bis LSC, el precepto faculta a todo socio que hubiese votado a favor del reparto, a exigir directamente su cuota de liquidación en la empresa y ello, como advertimos, aun cuando la falta de reparto pudiese estar justificada en atención a los

³¹ Una solución de este tipo fue tomada en consideración por los autores de la Ponencia que daría lugar al Anteproyecto de LSRL de 1993, regulando en su art. 87 un reparto obligatorio de dividendos como instrumento de protección de las minorías. En concreto, el art. 87 del mencionado Anteproyecto disponía que: “A partir del tercer ejercicio cerrado desde la constitución o la transformación en sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad estará obligada a distribuir como dividendo, un tercio, al menos, de los beneficios legalmente repartibles, obtenidos durante el ejercicio social, siempre que, antes de la aprobación de las cuentas anuales, lo soliciten socios que representen el 5 por 100 del capital social”. Vid. al respecto A. ROJO, “La sociedad de responsabilidad limitada: Problemas de política y de técnica legislativas”, en *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, págs. 75 y 76.

³² Si como proponemos en el texto, se partiera de la regla de reparto como regla general, la posibilidad de impugnación del acuerdo de no reparto (con la consiguiente declaración de nulidad o anulabilidad) debería poder ir acompañada de la posibilidad de disponer de una acción judicial para exigir la *ejecución* o el *cumplimiento específico* del contrato de sociedad pidiendo al juez que obligase a la sociedad a fijar los criterios de reparto (los cuales, naturalmente podrían ser impugnados, en su caso, conforme a las reglas generales ex arts. 204 y ss. LSC). Sobre el tema y sobre la *business judgment rule* en relación a la política de dividendos nos remitimos a lo que dijimos en nuestro trabajo ALFARO/CAMPINS, *OTROSÍ*, pp. 22 ss.

³³ Sobre la consideración de la separación como un remedio subsidiario o última *ratio* para eliminar relaciones opresivas vid. más ampliamente, MARTINEZ SANZ, *RdS* 1996, pp. 27 ss.

finés y a la situación económico-financiera de la sociedad³⁴. A partir de aquí, no es extraño que se haya considerado que esta atribución de poder de decisión a cada uno de los socios sobre los beneficios sociales pueda acabar por convertirlos en meros acreedores de un crédito frente a la sociedad y a estas en meras "entidades de depósito remunerado"³⁵ con el eventual peligro de acabar transformando el abuso de la mayoría en abuso de la minoría en lo que a política de dividendos se refiere³⁶, sin olvidar tampoco el peligro de desinversión o descapitalización de capital que el derecho de separación implica³⁷ y el grave riesgo que ello puede suponer en el momento de crisis actual para la viabilidad económica de la propia sociedad y para los contratos de financiación que las sociedades tienen firmados con terceros.

³⁴ SANCHEZ GRAELLS señala que "se trata de una norma rígida e innecesariamente restrictiva de la autonomía de la Junta General en la determinación del interés social (en concreto, en cuanto al mejor uso de los resultados obtenidos para su promoción y desarrollo) y viene a establecer un derecho absoluto del socio a la percepción de un dividendo mínimo que altera nuestra concepción dogmática de los derechos económicos del socio como derechos abstractos (al menos, parcialmente) y que puede distorsionar las normas relativas a privilegios económicos (puesto que, de hecho, todas las acciones y participaciones ordinarias pasarán a gozar de un derecho al reparto de un dividendo mínimo que, hasta ahora, se venía reservando a las acciones y participaciones privilegiadas, en su caso)": SANCHEZ GRAELLS, "El nuevo deber de reparto de dividendos de las sociedades de capital: ¿dónde queda la autonomía de la Junta en la determinación del interés social?", entrada de 5 de septiembre de 2011 publicada en el blog <http://howtocrackanut.blogspot.com/2011/09/el-nuevo-deber-de-reparto-de-dividendos.html>. En un editorial muy crítico ILLESCAS ORTIZ, *Rev.Der.Neg.* núm. 254, noviembre 2011, afirma que "el legislador español, sin el más mínimo apoyo comunitario y actuando espontáneamente, viene en su virtud a consagrar un derecho de separación en favor de cualquier socio que, en las muy generales circunstancias legisladas, haya votado en favor de la distribución de dividendos y no haya logrado que el acuerdo mayoritario de sus socios haya resultado en favor del reparto por él ansiado. Como es obvio, si el resultado que la votación arroja es de 49% de los votos favorables al reparto y el 51% fueran contrarios al mismo, el ejercicio del derecho de separación ahora consagrado dejará a la compañía afectada con la mitad de su cuerpo social y, con toda probabilidad, con menos de la mitad de su patrimonio neto dado el significado societario y patrimonial del derecho de separación atribuido a los socios derrotados". Por su parte, JUSTE MENCÍA, "La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos" en la página web de GÓMEZ ACEBO Y POMBO señala que con la promulgación del art. 348bis LSC "queda sobredimensionada la causa lucrativa del contrato de sociedad y limitada la libertad de la mayoría para tomar las decisiones más acordes con lo que considere, legítimamente el interés social".

³⁵ Así ILLESCAS ORTIZ, *Rev.Der.Neg.* 254, 2011.

³⁶ Así, I. IBÁÑEZ GARCÍA, <http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-que-barbaridad/>. La misma idea se repite en *Rev. Der. Neg.*, 263-264, 2012, pp. 7 ss.

³⁷ En este sentido BRENES CORTÉS, *RdS*, núm.37, 2011-2, pp. 33-34, afirma que "la cuantía es ciertamente considerable, y que dicho reparto constituye una importante descapitalización de fondos propios de la sociedad, circunstancia que puede perjudicar los intereses de los acreedores. Por ello, no alcanzamos a comprender cuál es la razón por la que el legislador ha establecido una cifra de reparto tan alta. A esto hay que unir la propia desinversión que el ejercicio del derecho de separación implica"; IBÁÑEZ GARCÍA *Rev. Der. Neg.*, 263-264, 2012, pp. 17 ss., ejemplifica numéricamente las consecuencias económico-financieras que la aplicación literal del art. 348 bis LSC implicaría para una sociedad que todos los años tuviera que repartir un tercio de los beneficios.

Lo anterior podría evitarse si, a pesar del pecado por exceso del tenor literal del precepto, su aplicación se limitara a situaciones de explotación u opresión del minoritario, toda vez que –no hay que olvidar– han sido este tipo de situaciones las que han justificado su introducción en nuestro ordenamiento. Si así fuese tendríamos que convenir que *habría que calificar de ejercicio abusivo* del derecho de separación por el minoritario, el ejercido ante una decisión de reserva de los beneficios que venga claramente exigida por el interés de la sociedad (por una situación grave de iliquidez, financiación externa de proyectos de inversión muy costosa, etc.) y *ello aun cuando se den los muy generales presupuestos previstos en el 348bis LSC*. A tal efecto debería traerse a colación la buena fe y el deber de lealtad de la minoría en el ejercicio de sus derechos³⁸.

Aunque deseable, entendemos, sin embargo, que una interpretación “restrictiva” del derecho en el sentido apuntado tendría pocas posibilidades de éxito en la práctica dado el “automatismo” con el que se está configurado el derecho de separación –el socio no tiene más que alegar la falta de reparto de dividendos en los términos que prescribe el art 348bis LSC para poder ejercer su derecho³⁹– y la interpretación que del precepto viene haciendo la doctrina mayoritaria (sobre esto último véase el apartado 3.2 *in fine*).

3.2 *Margen de los socios para la regulación estatutaria del derecho de separación por no reparto de beneficios*

Una posible solución a efectos de evitar situaciones del tipo de las indicadas a las que lleva la aplicación literal del art. 348bis LSC podría pasar por reconocer que con el consentimiento de todos, los socios regulen estatutariamente el ejercicio del derecho como tengan por conveniente (modificándolo o renunciando a él). Decimos consentimiento de todos los socios por ser esta la regla para incorporar nuevas causas de separación en los estatutos, modificarlas o suprimirlas, no porque consideremos acertada tal exigencia. No se entiende por qué no pueden introducirse nuevas causas de separación por mayoría, en los casos en los que la regulación estatutaria atribuya

³⁸ Una breve referencia a la construcción jurisprudencial de los deberes de lealtad de la minoría se encuentra en esta entrada <http://www.derechomercantilesana.blogspot.com/2012/12/deber-de-lealtad-de-la-minoria.html#more>

³⁹ En este sentido se reconoce que “el ejercicio de este derecho de separación será libre, esto es, el socio que decide separarse no deberá demostrar que la retención es injustificada”: GARCÍA SANZ, “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, *RdS* núm. 38, 2011-2012, pp. 55 ss, 64.

el derecho de separación a todos los socios. Incluso *de lege lata* y, atendiendo a la *ratio* de la norma deberían considerarse lícitas estas últimas modificaciones estatutarias. Atribuir a los socios derechos por encima de los que les atribuye la Ley no requiere del consentimiento de todos los socios. Por el contrario, cuando se trate de suprimir una causa estatutaria o legal de separación, el consentimiento de todos los socios está más justificado desde la doctrina de los derechos individuales del socio.

La cláusula estatutaria aprobada con el consentimiento de todos los socios, al menos en la sociedad limitada, podría configurarse como una *renuncia in genere*, esto es, como una autorización a la junta general para que nunca reparta dividendos hasta su disolución. A través de ella, los socios estarían expresando el carácter no lucrativo del fin común, lo que – en el caso de sociedades anónimas y limitadas – es perfectamente lícito. Piénsese en la sociedad limitada constituida para disfrutar los socios de unas instalaciones recreativas a las que se accede, por los socios o terceros, mediante pago. Es perfectamente natural que los socios quieran asegurarse los precios de entrada más bajos posibles por vía de prohibición del reparto de dividendos para asegurarse que los ingresos de la sociedad se destinan al mantenimiento y mejora de las instalaciones y que los administradores tienen incentivos para mantener bajos los precios de acceso. Pues bien, es evidente que si los socios han de poder excluir el reparto de dividendos por toda la vida de la sociedad, han de poder suprimir el derecho de separación si, la vinculación no puede calificarse de opresiva en alguno de los dos sentidos (*obligatorio* o *real*) recogidos anteriormente. En la sociedad del ejemplo, porque la propia sociedad organice un “mercado” de participaciones que permita a un socio vender su participación sin dificultades insuperables o porque la aportación a la sociedad como desembolso de la participación sea tan reducida que no haya atisbos de opresión en la inexistencia de mecanismos sencillos de “salida” del socio.

Pero fuera de estos casos, ciertamente marginales, lo normal será que los socios quieran pactar *restricciones*⁴⁰ al ejercicio del derecho de separación atribuido por el

⁴⁰ No queremos dejar de señalar que la respuesta favorable a la posibilidad de una renuncia *a priori* no varía sea cual sea el significado del concepto de “renuncia” y del concepto de “derecho” del que se parta en el análisis, esto es, ya se califique como una renuncia preventiva, ya se califique como un supuesto de exclusión voluntaria de la ley aplicable del art. 6.2 Cc, ya se califique como una renuncia a una expectativa de derecho. Nuestro punto de partida es que entendemos que nos encontramos ante una regulación disponible con el consentimiento de los afectados y por tanto, la renuncia no podría invocarse como un supuesto prohibido por el art. 6.2 Cc. Sobre los distintos significados de la renuncia de derechos puede consultarse en la doctrina civilista a L. DÍEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11ªed., 2ª, 2005, pp. 189 ss; RODRIGUEZ MORATA, F., “Comentario al art. 6 Cc”, en [R.BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, (dir.)] *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, 2ª ed., 2006, pp. 60 ss; F. RIVERO HERNÁNDEZ, en

art. 348 bis LSC a los socios y, singularmente, que *supediten el ejercicio del derecho de separación a la situación económico-patrimonial de la sociedad*⁴¹, por ejemplo, condicionando su ejercicio a que se produzcan o dejen de producirse determinadas circunstancias, como que la sociedad o el grupo del que esta pueda ser cabecera no alcancen determinados parámetros fijados en el plan de negocios o determinados *ratios* financieros -deuda sobre ebitda u otros- o, más razonablemente, utilizando una formulación estatutaria de cláusula general que bien podría traerse de algunas sentencias que afirman el carácter abusivo de la reserva de los beneficios.

La posibilidad de una renuncia personal de cada uno de los socios en los términos indicados no debería ofrecer duda alguna toda vez que la separación se configura como un instrumento pensado exclusivamente en la protección del interés particular del socio frente al poder de decisión de la mayoría. Siendo así, es evidente que, si bien su regulación escapa a la voluntad de la mayoría⁴², sin embargo, resulta permeable a la autonomía privada. Esto es, se trata de un derecho inderogable (por la mayoría) pero *renunciable* (por los socios)⁴³. Sobre el carácter dispositivo de las normas

[J.L.LACRUZ BERDEJO/A. LUNA SERRANO/F. RIVERO HERNÁNDEZ (dirs.)], *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen tercero. *El derecho subjetivo*, Bosch, 1990.

⁴¹ Comparte nuestra opinión BRENES CORTÉS, “Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art. 348bis LSC”, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 8, 2012.

⁴² En este sentido DE LA CÁMARA afirma que “la Junta General no podrá por acuerdo mayoritario suprimirlo ni con carácter concreto al adoptar alguno de los acuerdos que dan lugar a su posible ejercicio, ni de modo general, suprimiéndolo en los estatutos para el futuro”: DE LA CÁMARA, M., *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid 1995, p.178. En la misma línea, entre muchos, MARTÍNEZ SANZ, *RdS*, 6, 1996, p. 36 y en *La separación del socio*, Madrid, 1997, p. 23; BRENES CORTÉS, *El derecho de separación del accionista*, Madrid 1999, pp.153-154.

⁴³ Compartimos en este sentido la idea fundamental defendida por el profesor GIRÓN TENA según la cual solo son irrenunciables aquellos derechos “que se conceden por la Ley en virtud de una norma dada en interés general de la sociedad o esencial en la arquitectura legislativa del tipo creado por la Ley, no siendo de este tipo, el derecho de separación”: J.GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, 1952, pp. 180-185, 185. Y en la misma línea, compartimos la opinión de DE LA CÁMARA cuando afirma que “nada se opone parece a que el socio renuncie anticipadamente a un derecho que se concede exclusivamente en su interés particular”: DE LA CÁMARA, *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1995, p. 178; GARRIGUES es de la misma opinión argumentando que “a falta de un precepto expreso en la ley que la prohíba, no hallamos obstáculo fundado para considerar inválida la renuncia”: GARRIGUES, en URÍA/GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. II, 3ª ed., Madrid 1976, p. 256. En la misma línea FARRANDO MIGUEL afirma: “A nuestro juicio, nada impide que al adquirirse la condición de socio, o con posterioridad a este momento, pueda el interesado renunciar al futuro ejercicio de dicho derecho. El sustento lógico de esta afirmación se encuentra en que dicha conducta –la renuncia previa del socio- no contraría el orden público (...). Por otro lado, también es difícil encontrar hipótesis en que dicha renuncia pueda llegar a dañar el interés de otros sujetos (v.gr. restantes socios, acreedores del socio o de la sociedad, etc.) incluida la propia sociedad”: I. FARRANDO MIGUEL, *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades Limitada*, Civitas, Madrid, 1998, p.68 y allí ulterior bibliografía; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La modificación de estatutos”, en GARRIDO DE PALMA

relativas a la configuración de las relaciones internas entre los socios, en general, y del derecho de separación, en particular, nos hemos ocupado en otros trabajos. Ahora basta recordar que no hay derechos de terceros -no socios- afectados (es más, si se reduce el ámbito de aplicación del derecho de separación en los estatutos se está incrementando la protección de los acreedores) y que la protección de los socios viene por la posibilidad de denegar su consentimiento a la modificación estatutaria. En esta línea también nos parece importante recordar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión afirmando que las normas reguladoras de las sociedades limitadas son presuntivamente dispositivas.

Buena parte de la doctrina, sin embargo, entiende que nos encontramos ante una norma imperativa, inderogable e *irrenunciable* por las partes⁴⁴. Los dos argumentos fundamentales sobre los que se construye esta tesis se basan en: (i) la consideración del derecho de separación como un principio configurador de la sociedad de capital y como tal, integrado en el concepto amplio de orden público societario invocado como límite a la autonomía de la voluntad en los arts. 28 LSC y 6.2 y 1.255 Cc⁴⁵, y (ii) en la consideración de que el derecho de separación del art. 348bis LSC tiene como *ratio legis* una situación de opresión lo que lo convierte en un justo motivo o justa causa que lo hace irrenunciable⁴⁶.

(coord.), *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades Anónimas, de Responsabilidad Limitada, En Comandita por Acciones*, Madrid, 1990, pp. 649-651.

⁴⁴ Puede consultarse una amplia referencia del elenco de autores que participan de esta visión, mayoritaria en nuestra doctrina, en M.P. PERALES VISCASILLAS, *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 304-311, 305-306 (nota a pie 24).

⁴⁵ La consideración del derecho de separación como un derecho de orden público viene siendo defendida en relación a todos los supuestos de separación legal previstos por el legislador. En la doctrina, destacan en este sentido las voces de URÍA, en GARRIGUES/URÍA, *Comentario de la ley de Sociedades Anónimas*, cap. Transformación y Fusión, Madrid, 3ª ed., pp. 705-706; URÍA/MENÉNDEZ/CARLÓN, en [URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dirs.)], *Comentario al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tít. IX: Transformación, fusión y escisión de la sociedad anónima, vol.1, Transformación (arts. 223 a 232LSA), Madrid, Cívitas, 1.993, pp. 47-48; RODRIGUEZ ARTIGAS, “El cambio de objeto social. En particular el derecho de separación del socio», en *Derecho de Sociedades Anónimas, III, Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, V, I, Madrid, 1994, p.172; M. MOTOS, “La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español”, *RDN*, núm.11, 1956, pp. 79 ss, 164-165.

⁴⁶ En contra de la renunciabilidad del derecho de separación en general, alegando que se trata de un derecho de protección de minorías o del socio aislado, derecho que hay que proteger aún cuando exista unanimidad: F. VICENT CHULIÁ; *Compendio crítico de derecho mercantil*, T.I, vol.2ª, 3ªed, 1991, p.756. En la misma línea, T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión. Una propuesta de reforma legislativa, -propuesta de texto articulado, con E. de M.-*, Thomson Civitas, 2007, pp.82-87. El autor sostiene que cualquier regulación del derecho de salida por causa de opresión debería ser necesariamente imperativa e irrenunciable en abstracto y defiende –realizando una crítica a la regulación del derecho de separación de socios en la derogada LSRL-, que ante cualquier solución de opresión, la solución legislativa adecuada hubiera sido –más que el reconocimiento de un derecho de separación- el

A nuestro juicio, ni el derecho de separación constituye un principio configurador de las sociedades de capital con carácter general; ni las circunstancias previstas en el art. 348bis LSC indican, ni siquiera en el caso “normal” que el socio minoritario esté sufriendo la opresión del mayoritario; ni, en fin, la renunciabilidad condicionada o causalizada del derecho en los términos apuntados y con el consentimiento de los socios infringe los límites genéricos a la autonomía privada⁴⁷.

En relación con el presunto carácter de principio configurador, resulta difícil realizar tal afirmación respecto del derecho de separación por falta de reparto de dividendos cuando se trata de una regla que no existe en prácticamente ningún ordenamiento y que no ha formado parte de nuestro Derecho de sociedades anónimas o limitadas en el pasado. El art. 348bis LSC, si se hubiera redactado con más juicio, sería expresión concreta, de la prohibición del abuso de derecho/deber de lealtad del socio mayoritario y de la existencia de un derecho de separación por justos motivos por lo que el principio configurador – si es que existe tal cosa – sería precisamente el que hemos expuesto en el apartado 1 de este trabajo: el derecho a dar por terminadas relaciones opresivas duraderas.

Pero es que, además, la redacción del art. 348 bis LSC no expresa una situación de opresión de la minoría. Si todos los socios son asalariados de la compañía o reciben dividendos encubiertos o esperan recuperar su inversión vía venta de la compañía (como sucede con las compañías que desarrollan productos o servicios innovadores) la falta de reparto de dividendos no expresa una situación de opresión. En consecuencia, parece inaceptable calificar como principio configurador – no el de la prohibición de opresión, que es una cuestión de orden público – uno según el cual, si transcurren cinco ejercicios sin repartir dividendos, el socio de una sociedad de capital puede separarse.

establecimiento de un derecho del socio oprimido a que se le compre su participación o bien al establecimiento de un derecho de venta forzosa de la participación de los mayoritarios (pp. 104, 109-127; y pp.129-136). El autor aplica estas mismas ideas a la regla del art. 348bis LSC en *RDM* 283, enero-marzo 2012, pp. 169 ss.

⁴⁷ Por lo demás, y como puede imaginarse, lo que tampoco debería generar ninguna duda es la viabilidad de una renuncia firmada por todos los socios en un pacto parasocial. De ello nos hemos ocupado en CAMPINS VARGAS, “Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es una derecho disponible por los socios?”, en *Diario La Ley*, nº7824, secc. Doctrina, 23 marzo 2012, año XXXIII.

Por lo demás, una interpretación doctrinal como la aquí objetada ofrece gravísimos inconvenientes prácticos toda vez que pone en entredicho la política de autofinanciación de las sociedades -tan legítima como la retribución amplia de los socios- con la gravedad que ello implica en una época de crisis generalizada del crédito⁴⁸. Y en este sentido ha de señalarse que ha sido precisamente el temor a las posibles "situaciones de dificultad económica" a las que puede llevar la aplicación literal del tenor literal del art. 348bis LSC a nuestras sociedades lo que ha llevado al Congreso de los Diputados a aprobar una enmienda transaccional en la que "se insta al Gobierno a que dentro del marco del nuevo Código mercantil que se está elaborando desde el Ministerio de Justicia, se estudien e impulsen las modificaciones legislativas que haya que introducir en la Ley de Sociedades de Capital para que, sin menoscabo del derecho de separación y del derecho a la distribución de los dividendos legalmente repartibles que se puedan generar por la explotación del objeto social, que asiste a los accionistas minoritarios, no se lleve a las sociedades no cotizadas a situaciones de dificultad económica"⁴⁹. Posteriormente, se ha introducido una Disposición Transitoria nueva en la LSC suspendiendo temporalmente la aplicación del precepto hasta el 31 diciembre de 2014⁵⁰.

⁴⁸ En esta línea IBÁÑEZ GARCÍA, señala que "la nueva norma que aquí se cuestiona está huérfana de medida alguna de cautela que tenga en cuenta la situación económico-patrimonial de la sociedad en el momento en que haya de adoptarse el acuerdo de distribución de resultados. Desconoce la norma que no es lo mismo la situación de la sociedad en cuanto a resultados que su situación financiera. Es posible, máxime en una situación de grave crisis económica como la actual, que la cuenta de pérdidas y ganancias de una sociedad arroje resultado positivo y que, sin embargo, no tenga liquidez o tenga un alto endeudamiento. De hecho, la realidad demuestra que por problemas de liquidez las empresas puedan verse avocadas a instar la declaración de concurso de acreedores, aunque hayan obtenido resultados positivos. Así, la nueva norma parece desconocer la legislación concursal (...). Tan abusiva y desproporcionada es la decisión de no repartir sistemáticamente dividendos como la de obligar a la sociedad, a requerimiento de la minoría del Capital Social, a repartir todos los años un tercio de sus beneficios": <http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-que-barbaridad/>.

⁴⁹ Esta enmienda transaccional tiene su origen en una Proposición no de Ley sobre modificación del art. 348bis LSC presentada por el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió (CIU) cuyo contenido era el siguiente: "El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a iniciar en el plazo más breve posible la reforma del artículo 348 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, para garantizar que ni la distribución como dividendo de un tercio de los beneficios del ejercicio a partir del quinto año de constitución de la sociedad ni, en su caso, el ejercicio del derecho de separación por su no distribución, sitúen a ninguna sociedad no cotizada en causa de reducción de capital o de disolución obligatorias o en situación de insolvencia, actual o inminente, conlleven el incumplimiento de las obligaciones que la sociedad haya contraído con terceros, o dificulten o pongan en peligro la viabilidad de estas empresas". (En las páginas 22 y 23 del Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de 6 de marzo de 2012 se puede leer la justificación por parte de CIU de la presentación de la proposición no de ley). Posteriormente el PP presentó una enmienda, (cuya defensa se encuentra en las págs. 3 y 4 del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 14 de marzo de 2102). Finalmente la proposición no de ley se transaccionó entre ambos grupos en los términos que hemos transcrito en el texto.

⁵⁰ Con posterioridad a la enmienda transaccional mencionada, CIU presentó ante las Cortes Generales una enmienda proponiendo una nueva redacción del art. 348bis LSC dirigida a completarlo y a corregir los

4. Conclusiones y propuesta de regulación

De momento, el texto que está redactando la Comisión General de Codificación para el futuro Código Mercantil no se ha sometido a información pública y desconocemos su regulación. A la vista de las consideraciones que venimos realizando, a nuestro juicio, la redacción del derecho de separación debería articularse sobre la base de las premisas que exponemos a continuación.

En las sociedades mercantiles de personas –y en aras de una mayor estabilidad de la organización–, la regulación debería seguir los pasos de la regulación de la más moderna LAIE (que no es sino una suerte de sociedad colectiva) suprimiendo la denuncia unilateral como causa de disolución y previendo en su lugar un derecho general de separación que podría ejercitarse *ad nutum* si la sociedad se ha concertado por tiempo indeterminado o al amparo de un justo motivo si la sociedad se ha contraído por tiempo determinado.

En las sociedades de capital, –dejando a un lado las sociedades cotizadas–, la diferenciación de la regulación entre sociedades anónimas y sociedades limitadas debería realizarse en función del “tipo real” y no el “tipo legal”. En consecuencia, el reconocimiento de un derecho de separación *ad nutum* debería establecerse en

posibles errores interpretativos que la norma podía originar sustentándose dicha propuesta sobre dos razones: por un lado, “no llevar a las sociedades no cotizadas a situaciones de dificultad económica”, y por otro estar pendiente de aprobación un proyecto de Código Mercantil. Así el 21 de mayo de 2012 se propuso como enmienda núm. 13 un texto renovado del art. 348bis LSC cuyas novedades más destacables son: (i) la posibilidad de establecer en estatutos un pacto contrario al reparto; (ii) que el derecho de separación se condicione a que no se haya distribuido un “dividendo razonable” en el conjunto de los tres últimos ejercicios, existiendo beneficios distribuibles; (iii) se exceptiona el derecho de separación en aquellos supuestos en que la distribución de dividendos perjudique el interés social o suponga el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad frente a terceros. “Se entenderá que el reparto de dividendos perjudica el interés social cuando afecte o pueda afectar a la capacidad de la sociedad para atender al pago de sus deudas a su vencimiento en el plazo de un año desde la fecha prevista para la junta general ordinaria, así como cuando pueda perjudicar los planes razonables de desarrollo de la compañía. En este caso, el órgano de administración deberá acompañar a las correspondientes propuestas de aplicación de resultado un informe que justifique la concurrencia de dichas circunstancias”; (iv) “la sociedad deberá comunicar al socio saliente si está dispuesto a adquirir o reembolsar las acciones o participaciones del socio saliente, o bien presentarle a otro socio que esté dispuesto a adquirirlas. La sociedad podrá reembolsar las acciones o participaciones del socio saliente siempre que dicho reembolso no afecte a la capacidad de la sociedad para atender al pago de sus deudas a su vencimiento en el plazo de un año desde la fecha de pago o reembolso y no suponga el incumplimiento de obligaciones contraídas por la sociedad frente a terceros”. Además, CIU introdujo como enmienda núm. 14 la adición de un período de suspensión hasta el 31 de diciembre de 2014 “motivado por la premura en la redacción e introducción del art. 348bis”. El Congreso de los Diputados decidió aprobar esto último en forma de Disposición Transitoria nueva en la LSC a través de su introducción en la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE 23.6.12, entrada en vigor 24.6.12).

función de la especial posición que el socio ocupe en la corporación. Siendo así, solo debería reconocerse un derecho de separación *ad nutum* en dos grupos de casos: (i) cuando el socio o accionista esté obligado a realizar favor de la sociedad prestaciones personales gravosas vinculadas a su condición de socio y, (ii) cuando una parte muy significativa del patrimonio del socio esté representado por las participaciones o acciones de la sociedad. Fuera de estos dos concretos supuestos, la imposición de una regla de este tipo, además de no haber sido seriamente defendida por nadie en nuestro derecho⁵¹, supondría una abierta contradicción con las reglas de juego propias de las sociedades de capital⁵².

⁵¹ No desconocemos, sin embargo que otros ordenamientos como el italiano, reconocen en su regulación un derecho de separación *ad nutum* con carácter general para todas las sociedades anónimas no cotizadas y sociedades limitadas constituidas por tiempo indefinido [arts. 2.437(3) y 2.473 (2) del Codice civile italiano]. No podemos dejar de señalar tampoco las críticas que este reconocimiento ha provocado en la doctrina italiana, que lo califica como un remedio excesivo y un instrumento de potencial abuso por los socios, así como una incógnita para la vida de la sociedad que puede encontrarse de una forma abrupta privada de recursos financieros. Pueden consultarse referencias en este sentido en *Comentario al Codice civile a cura di P.CENDON*, Giuffrè, 2011, art. 2437 III, pp. 390 ss.

⁵² Otra cosa es que los socios, por unanimidad, puedan acordar una cláusula estatutaria de este tipo. A nuestro juicio, una posibilidad de este tipo no debería plantear objeciones si partimos de la positividad de la regulación del derecho de separación en los términos que venimos defendiendo. A favor de esta postura puede verse también L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “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”, *RdS* 2006-1, núm. 26, p. 282, nota 45 y allí ulteriores referencias. La jurisprudencia registral, con cautela, también parece avalar esta posibilidad. Así la RDGRN de 25.09.2003, referida a una sociedad limitada, tras plantearse el problema y sus posibles soluciones, estableció que “forzando la interpretación de las normas pudiera plantearse la admisibilidad de un derecho estatutario de libre separación sin necesidad de causa específica, pero que habría de ir acompañado de las necesarias cautelas tanto en procedimientos como en plazos, al modo que las adopta el legislador cuando expresamente lo reconoce, para evitar que con su ejercicio se cause un daño a la sociedad y terceros relacionados con ella sin darles la oportunidad de adoptar medidas que les pongan a cubierto de sus efectos”. Posteriormente, la RDGRN 2.11.2010 ha admitido una cláusula estatutaria de separación *ad nutum*, si bien limitada y articulada a través del derecho del socio a transmitir sus participaciones y el correlativo deber por parte de la sociedad de adquirirlas, con determinadas cautelas para salvaguardar tanto los intereses de los acreedores como los de la propia sociedad. La DGRN resuelve admitir la viabilidad de la cláusula “toda vez que no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad”. En la jurisprudencia, la STS 15.11.2011 también ha reconocido expresamente la validez de una cláusula estatutaria de separación *ad nutum*, con independencia de que se hayan hecho intransmisibles las participaciones sociales. Y anteriormente, en la STS 3.5.2002 el TS admitió también la validez de una cláusula estatutaria de separación *ad nutum* a partir de los tres años desde su constitución por entender que su contenido era “un correctivo al pacto de duración indefinida de la sociedad, y a las restricciones que en esta clase de sociedades está sometida la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales”. No obstante lo anterior, no podemos dejar de señalar que buena parte de nuestra doctrina es abiertamente contraria a la admisibilidad de cláusulas estatutarias que configuren un derecho de separación *ad nutum*. Así, entre tantos, BONARDELL, “Causas estatutarias de separación en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *RdS* 1996, nº 6, pp.189 y 191; R.BONARDELL/R. CABANAS TREJO. *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, *RdS Monografías*, n.12, 1998, pp. 86-93. En igual sentido MARTINEZ SANZ, *RdS* 1996, pp.66-67 quien pone como ejemplo de su postura a la legislación portuguesa en la que tras reconocer un derecho de separación en los casos expresamente establecidos en el art. 240 CS, en otros que pueda mencionar la Ley y en los previstos en los estatutos puntualiza que “los estatutos no pueden (...) admitir la separación por la voluntad arbitraria del socio” (art. 240.6 CSC). En la misma línea, BRENES CORTÉS, *RdS*, núm.37, 2011-2, pp. 19 ss y allí ulterior

De otro lado, y con independencia de la regulación particular de los distintos grupos de casos, resultaría recomendable incluir una cláusula general de separación por justos motivos, incluyendo como tales, dos conjuntos de circunstancias: (i) modificaciones estatutarias que alteren sustancialmente las bases del contrato social y, (ii) la existencia de un conflicto permanente y duradero entre la mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo de la mayoría.

Por otro lado, dado el carácter de derecho individual, sería deseable que (i) la introducción de nuevas causas de separación fuera considerada como una modificación estatutaria "normal" en cuanto a las mayorías requeridas para la adopción del acuerdo correspondiente pero (ii) la supresión de causas de separación legales o estatutarias solo pueda hacerse con el consentimiento de todos los socios en la medida en que se les está privando de un derecho.

En cuanto a la falta de reparto de dividendos, nuestra propuesta pasa por recomendar (i) una norma de reparto de dividendos instaurando el reparto como regla general y el atesoramiento como excepcional debiendo ser la mayoría la que justifique la falta de reparto entre los socios y, (ii) un derecho de separación por falta de reparto únicamente en los casos de conflicto permanente y abierto entre mayoría y minoría.

Sobre la base de estas ideas la regulación de la separación de los socios podría formularse como sigue:

Artículo [poner número]. Separación ad nutum en sociedades de duración indefinida

- 1. En las sociedades de personas de duración indefinida el socio tendrá derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento⁵³.*
- 2. En las sociedades limitadas y en las sociedades anónimas no cotizadas de duración indefinida el socio o accionista tendrá derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento (i) cuando esté obligado a realizar favor de la sociedad prestaciones personales gravosas vinculadas a su condición de socio o accionista y, (ii) cuando una parte muy significativa de su patrimonio esté representado por las participaciones o acciones de la sociedad.*

bibliografía; N. IRACULIS ARREGUI, "La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio", *RdS*, núm. 38, 2012, pp. 225 ss.

⁵³ Este apartado debería ponerse en conexión con el actualmente vigente art. 225 Cco para suprimir la facultad del socio de promover la disolución de la sociedad.

3. *En las sociedades limitadas y sociedades anónimas no cotizadas de duración indefinida los estatutos podrán reconocer al socio o accionista el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento con las mayorías necesarias para la modificación de estatutos.*
4. *En los supuestos de separación regulados en los tres apartados anteriores, el socio o accionista deberá comunicar a la sociedad el ejercicio del derecho con un preaviso de al menos tres meses. Este plazo podrá ser ampliado por los estatutos hasta el máximo de seis meses.*

Artículo [poner número]. Separación ad causam en sociedades de duración determinada

Salvo en el caso de sociedades cotizadas, si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado, el socio o accionista podrá separarse, además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, en los supuestos previstos en los estatutos de la sociedad, en el caso de que concurriese justa causa o si mediare el consentimiento de los demás socios. A efectos del ejercicio de este derecho se entiende por justa causa cualquier circunstancia que haga inexigible al socio seguir vinculado con sus consocios y no tenga como opción alternativa la de vender sus participaciones o acciones. En estas circunstancias constituyen justas causas de separación, en particular, (i) las modificaciones estatutarias que alteren sustancialmente las bases del contrato social y, (ii) la existencia de un conflicto permanente y duradero entre la mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo de la mayoría.

Artículo [poner número]. Separación en caso de falta de distribución de beneficios entre los socios

1. *A partir del quinto ejercicio cerrado a contar desde la inscripción de la constitución, fusión, escisión u otra operación de reestructuración empresarial inscribible de la sociedad en el Registro Mercantil, la sociedad deberá distribuir como dividendo, al menos, un tercio de los beneficios de la sociedad obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, siempre y cuando la distribución de dividendos no perjudique el interés social o suponga el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad frente a terceros. Se entenderá que el reparto de dividendos perjudica el interés social cuando afecte o pueda afectar a la capacidad de la sociedad para atender al pago de sus deudas a su vencimiento en el plazo de un año desde la fecha prevista para la junta general ordinaria, así como cuando pueda perjudicar los planes razonables de desarrollo de la compañía. En este caso, el órgano de administración deberá acompañar a las correspondientes propuestas de aplicación de resultado un informe que justifique la concurrencia de dichas circunstancias⁵⁴.*
2. *En el caso de que la junta general no acordara la distribución del dividendo prevista en el apartado anterior, el socio o accionista que hubiera votado en*

⁵⁴ La aclaración de cuando el reparto perjudica el interés social ha sido tomada de la propuesta de redacción del art. 348bis LSC que CIU presentó a las Cortes Generales en forma de enmienda. Está publicada en el Boletín Oficial de las Cortes generales del Congreso de los Diputados de 31 de mayo de 2012.

contra de la propuesta de aplicación del resultado tendrá derecho a separarse de la sociedad.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.