

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

NOVEDADES DE LA LEY 1/2012: SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE SEPARACIÓN Y MODIFICACIÓN MENOR DE LA LME

Javier Juste Mencía

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado y Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

1. Introducción

El RDL 9/2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, introdujo algunas novedades relevantes, de las que se dio cuenta oportunamente. En la mayor parte de los casos, la Ley 1/2012, resultado de la tramitación parlamentaria de aquel, no se separa de la norma urgente que deroga. Pero se han introducido otras disposiciones, que alteran de nuevo el ordenamiento de sociedades en materias no esperadas. Así, el legislador ha vuelto a retocar el artículo relativo a las convocatorias de las juntas generales y el que prohíbe la limitación estatutaria del número máximo de votos que puede emitir un accionista en las sociedades cotizadas, objeto de otros estudios. En el presente documento, abordamos las modificaciones, mínimas, producidas en la LME, así como la suspensión del art. 348 bis LSC, que contenía, desde 2011, el derecho de separación del socio por falta de un reparto mínimo de dividendos.

2. La suspensión del derecho de separación por falta de un reparto mínimo de dividendos

Desde su introducción en agosto de 2011, el derecho de separación por falta de reparto de un dividendo mínimo ha sido objeto de continuas críticas, más centradas en la definición que contenía del supuesto de hecho desencadenante de la separación,

que en la finalidad del precepto. Respecto de esta última, había de reconocerse que la puesta en marcha de un remedio estrictamente contractual, para que la minoría pudiera defenderse frente a la repetida política, abusiva, de algunas sociedades, dirigida a reservar todos los beneficios, con exclusión de todo reparto a los socios, parecía una buena idea. El único procedimiento previgente a disposición de los minoritarios, centrado en la impugnación de acuerdos por su carácter abusivo, no satisfacía adecuadamente los intereses de los socios, como resulta de sobra conocido, y a pesar de los esfuerzos que ha llevado a cabo, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia.

Sin embargo, en el art. 348 bis finalmente aprobado no se adivinaba rastro alguno de una conducta abusiva de la mayoría. El resultado suponía un reforzamiento excesivo del derecho a participar en las ganancias sociales, considerado por muchos especialmente desafortunado en estos tiempos de crisis económica, en los que la decisión de reservar los beneficios, cuando existen, se presenta no sólo legítima, sino necesaria. Para aclarar la explicación posterior, es conveniente reproducir el tenor literal de la norma:

1. *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.

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.*

Sea por las razones apuntadas o por otras, el legislador ha decidido suspender la vigencia de la norma hasta el 31 de diciembre de 2014, a través de la Disposición Transitoria de la ley.

Esta técnica de la suspensión puede dar lugar a algunas dudas en el intérprete, especialmente porque se trata, en este caso, de suspender el ejercicio de un derecho (de separación, esto es, de resolución contractual), y no sólo, como hemos podido ver sucesivamente durante los últimos años, de una obligación (la de disolver por pérdidas los administradores, si aquellas provienen de deterioro de existencias). En todo caso, cualquiera que sea la noción empleada por el legislador, parece evidente que la norma vigente hasta el 23 de junio de 2012 deja de estarlo al día siguiente, al margen de que, sin otra disposición del legislador, el artículo recobre su vigencia el 1 de enero de 2015 (lo que, dicho sea de paso, dará lugar a otros problemas de transitoriedad de los que no es preciso ocuparse aquí)

La Disposición Transitoria no aborda la cuestión de los derechos de separación nacidos con anterioridad al 24 de junio de 2012, por lo que se plantea el régimen jurídico aplicable a las situaciones, originadoras

del derecho de separación, nacidas con carácter previo a la entrada en vigor de la ley. No estamos ante un problema de retroactividad de la norma, que no puede, en el Derecho privado, presumirse si no se establece lo contrario, sino del Derecho transitorio, aplicable a situaciones jurídicas ya nacidas bajo un ordenamiento y no reconocidas expresamente a partir de la entrada en vigor del nuevo. La diferencia entre Derecho transitorio y eficacia retroactiva, a estos efectos, consiste en que, solucionado lo segundo –no hay efecto retroactivo– no se da respuesta a lo primero (qué pasa con situaciones jurídicas nacidas antes de la fecha, cierta, de entrada en vigor).

A nuestro juicio, ante la ausencia de normativa *ad hoc*, debe acudir a la Disposición Transitoria del Código civil, introducida en la segunda edición de éste, al que ordinariamente se atribuye una función normativa general, próxima, en cuanto al Derecho transitorio sobre los derechos adquiridos *inter privatos*, a las disposiciones del Título Preliminar del mismo código.

Los supuestos de hecho, anteriores a la fecha indicada, que pueden plantearse son los siguientes:

- a) Celebración de una Junta General en la que se ha rechazado el reparto mínimo de la ley, seguida del ejercicio del derecho de separación, en el plazo legal de un mes, aunque todavía no se haya culminado el proceso de desvinculación contractual
- b) Celebración de una Junta General en la que se ha rechazado el reparto mínimo de la ley, sin que ningún socio que hubiera votado a favor del acuerdo de reparto de dividendos se haya manifestado aún sobre el ejercicio del derecho.

Las normas transitorias del código civil que resultan aplicables son las siguientes:

& Noticias breves

*"Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen **derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.***

Para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no estén expresamente determinados en el Código, se observarán las reglas siguientes:

1. *Se regirán por la legislación anterior al Código **los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca.** Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen.*
2. *Los **actos** y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, **surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas...***
3. *Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código **subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente;** pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código".*

La cláusula general, traída de la disposición anterior a la "segunda edición del Código", suscita la duda sobre el concepto de "derecho adquirido". Pero las normas concretas que se han transcrito consienten dar una respuesta fundada a las preguntas que hemos formulado con anterioridad.

- a) Celebrada una junta antes de la entrada en vigor de la ley, y comunicado ya el derecho de separación, este acto debe surtir todos los efectos según la legislación "suspendida".
- b) El derecho de separación nace, por lo demás, del único hecho descrito en el artículo suspenso: la votación a favor de un determinado reparto de dividendos (y siempre que la sociedad se hubiera constituido, al menos con cinco años de anterioridad). **El hecho nacido bajo el régimen del art. 348 bis es la celebración de la junta en la que se exprese el voto del socio,** por lo que éste dispondrá de un mes desde aquella para notificar su derecho, transcurrido el cual no podrá poner en marcha el procedimiento para su desvinculación. Pero si lo hace en tiempo, **la sociedad deberá soportar los efectos de su declaración de voluntad.**
- c) El procedimiento para hacer valer el Derecho, antes y después de la entrada en vigor de la ley, es el regulador del derecho de separación.

Resulta ajeno a esta discusión el debate sobre el momento en el que el socio pierde sus derechos de miembro en el seno de la sociedad (con la comunicación del derecho o con la liquidación): esta cuestión deberá ser resuelta conforme a las normas generales sobre la separación en la LSC.

Sería hipotéticamente posible que los tribunales consideraran que la figura de la "suspensión", distinta formalmente a la derogación, supusiera cercenar absolutamente todos los derechos nacidos bajo la norma anterior. Una decisión en este sentido no sólo mostraría que nuestros operadores jurídicos han perdido toda sensibilidad

sobre el denominado Derecho intertemporal, sino que probablemente atendería también sobre el principio, hoy constitucional, consagrado en el art. 9.3 CE.

4. Modificaciones en la LME ya reformada

Respecto de la modificación urgente de la LME, la norma definitiva ofrece las siguientes diferencias:

a) Sobre la publicidad del proyecto de fusión, el art. 32 LME permite el depósito voluntario del proyecto en el Registro, aunque se haya cumplido con esta obligación a través de la página web (norma cuya utilidad resulta dudosa). Para acreditar la inserción del depósito en la página web ante el BORME, habrá de certificarse el contenido de aquella inserción. La publicación tendrá lugar en los cinco días siguientes de la recepción de la última certificación, lo que

obliga a ser cuidadosos con las fechas, ya que no sólo la inserción en la web, sino también la publicación en el BORME deben producirse con un mes de antelación a la fecha de celebración de la Junta. Cabe preguntarse si, realmente, todo este procedimiento supone una auténtica simplificación.

b) En la última versión del art. 34 LME, debe saludarse la corrección del que parecía un error del legislador: exigir que, en las fusiones simplificadas de filial o subfilial, el informe de expertos debiera pronunciarse sobre la cobertura del capital por la aportación. En estos casos, ni hay ni debe producirse un aumento del capital social. En cambio, no se ha corregido el ámbito de aplicación del precepto, por lo que será necesario informe aún cuando la absorbente o la nueva sociedad sean sociedades limitadas.