

Sumario

Novedades legislativas

- **DERECHO CONCURSAL: La urgente necesidad de reforma de la ley concursal para reactivar la venta de unidades productivas**
- **DERECHO SOCIETARIO: Cuestiones prácticas del derecho de separación por ausencia de distribución de dividendos**

I DERECHO CONCURSAL: La urgente necesidad de reforma de la ley concursal para reactivar la venta de unidades productivas

Autora: Olga Forner

En los últimos años, una solución al concurso ha sido la venta de unidades productivas. Éstas facilitan la continuidad de la actividad empresarial, el mantenimiento del empleo y evitan la destrucción del tejido empresarial.

La venta de la unidad productiva ha de efectuarse libre de cargas y gravámenes, ya que la enajenación no debería suponer una subrogación del adquirente en la posición de la entidad concursada, sino un medio para satisfacer los créditos de los acreedores.

No obstante, la última reforma de la Ley Concursal de 2015 limita tal posibilidad al facilitar que se declare una sucesión empresarial a efectos laborales y de seguridad social. Aunque la continuidad de la empresa sea precisamente la opción más

beneficiosa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo. Consecuentemente, evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo. Además, genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, lo que debería llevar al legislador a favorecer esta forma de realización.

La venta de la unidad productiva libre de cargas es respetuosa con la Directiva 2001/23/CEE, tal como ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Auto de 28 de enero de 2015.

Existe una corriente de la sala de lo social de diversos Tribunales Superiores de Justicia que entienden que no cabe sucesión de empresa a efectos laborales en aplicación de la directiva comunitaria, y de la citada sentencia de TJUE. De ese modo, ratifican

al Juzgado Mercantil la exención de responsabilidad laboral, si bien se refieren a autorizaciones judiciales previas a la reforma de la Ley Concursal de 25 de mayo de 2015.

Entre las ventajas de la venta de unidad productiva destaca la cesión de aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, e incluida como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones.

Tal transmisión no lleva aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la asuma expresamente o exista disposición legal en contrario.

Tal exclusión no se aplica cuando los adquirentes de las unidades productivas son personas especialmente relacionadas con el concursado (socios, administradores, apoderados generales y familiares de los anteriores).

No obstante, como consecuencia de la reforma de la Ley Concursal de 2015, se han incrementado los inconvenientes de la venta de unidad productiva. Ésta implica que, a los efectos laborales, el adquirente pueda ser declarado responsable solidario con el cedente durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión.

En relación con la Seguridad Social, puede decretarse la responsabilidad solidaria con el empresario cedente de las deudas (cotizaciones y prestaciones) nacidas en los 3 años anteriores de la adquisición. La cuestión que se plantea si tal subrogación de deudas laborales y de seguridad social se limita a los trabajadores subrogados o a todos los trabajadores de la concursada.

A tal respecto, la mayoría de los magistrados mercantiles consideran que el Juez del Concurso no debería pronunciarse sobre tal cuestión en el auto de autorización de venta de la unidad productiva. Se basan, para ello, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 29 de octubre de 2014 y 11 de enero de 2017, que atribuye la competencia para la determinación de la subrogación de las cuotas de la seguridad social a la jurisdicción social.

El riesgo de una eventual declaración de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social está vedando, en gran medida, la celebración de este tipo de operaciones.

Es por ello que, tal como se está reclamando desde diversas instancias, resulta fundamental que se suprima o se limite que las deudas laborales y de la Seguridad Social, se transmitan en las ventas de unidades productivas. De ese modo se conseguiría salvar más empresas, lo que redundaría en mayores ingresos a favor de la Seguridad Social a medio plazo y se mantendrían más puestos de trabajo, lo que generaría una mayor riqueza y estabilidad en el tejido empresarial.

II DERECHO SOCIETARIO: Cuestiones prácticas del derecho de separación por ausencia de distribución de dividendos

Autora: Leonor Serra

Desde el pasado día 1 de enero de 2017 vuelve a estar en vigor el Art. 348 BIS de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) que había quedado en suspenso desde junio de 2012 debido al polémico debate que se suscitó en torno a su aplicación práctica, que supone forzar a las sociedades mercantiles, (excluyéndose las compañías cotizadas) a repartir dividendos, en contra del principio de libertad de empresa.

1. ¿Por qué es importante tener en cuenta la nueva entrada en vigor de esta norma?

Porque en la próxima junta general ordinaria de aprobación de cuentas anuales a celebrar el próximo mes de junio de 2017, cualquier socio de una Sociedad Anónima no cotizada o de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, que se encuentre, al menos, en el quinto ejercicio social de vida y haya obtenido beneficios en el pasado ejercicio 2016 tiene derecho a exigir el reparto de, al menos, un tercio de los beneficios correspondientes al 2016. Por tanto, en todas las sociedades en los que **los socios minoritarios se encuentren en una situación de conflicto con la sociedad o con el socio o socios de control** es previsible que **se plantee esta cuestión.**

2. Ámbito de aplicación. Requisitos para su aplicación

En primer lugar debemos **acotar el ámbito de aplicación de la norma**, que

excluye a las sociedades cotizadas. Sin embargo, las sociedades que operan en el Mercado Alternativo Bursátil (MAB)¹ sí se ven afectadas por la misma (salvo que el legislador o la Jurisprudencia lo maticen) ya que el MAB es un sistema multilateral de negociación (SMN), excluido de lo que la Ley del Mercado de Valores considera “mercados secundarios oficiales”².

En relación con los requisitos que deben darse para que el derecho de separación nazca debemos tener en cuenta la interpretación que la Audiencia Provincial de Barcelona hizo en su Sentencia de fecha 26 de marzo de 2016 durante el poco tiempo que la norma estuvo vigente.

El **primer requisito** es de carácter temporal: el derecho de separación podrá ejercerse a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el registro mercantil de la sociedad. La jurisprudencia matiza que se refiere a los resultados (no distribuidos) del quinto ejercicio, de manera que la decisión de no distribuirse debe tomarse en el sexto ejercicio. Adicionalmente, señala la jurisprudencia que no se exige reiteración en la ausencia de reparto, es decir, que no es necesario que no se haya repartido dividendo durante dichos cinco ejercicios, sino que basta con que no se haya realizado reparto en uno para que nazca el derecho de separación.

¹ Por sociedad cotizada se entiende aquella cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores.

² Art. 43 LSC (LA LEY 16122/2015)

El **segundo requisito** consiste en que el socio haya votado a favor del reparto de dividendos. La jurisprudencia ha aclarado este requisito considerando que el derecho de separación exige que el socio asista a la Junta y muestre su posición favorable a un reparto de dividendos. Por tanto, no se debe exigir un acuerdo de reparto de dividendos en sí mismo, puesto que muchas veces será imposible dada la voluntad de la sociedad de no realizar dicho reparto y, por tanto, su no inclusión en el orden del día de la junta.

El **tercer requisito** para que pueda ejercitarse el derecho de separación exige que la sociedad no haya distribuido, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Aquí la jurisprudencia ha adoptado un criterio contable y concluye que para que un ingreso de la sociedad pueda ser excluido de la cifra final de beneficios debe ser un ingreso extraordinario, fuera del curso ordinario de los negocios, de cuantía significativa y debe tener su origen en operaciones excepcionales.

Por último, como **cuarto requisito** se establece que los beneficios sean legalmente repartibles, es decir, que no exista ninguna limitación legal a su reparto (reservas legales o estatutarias, necesidad de compensar pérdidas de ejercicios anteriores, etc.).

3. Problemas que puede plantear su aplicación práctica

Una vez analizados los requisitos exigidos por la norma para el ejercicio del derecho de separación vamos a comentar

brevemente algunos de los principales problemas o dudas que puede plantear su **aplicación práctica**.

3.1. ¿Qué pasos debe dar el socio que quiere ejercer su derecho de separación y con qué problemas se puede encontrar?

El socio que quiera ejercitar su derecho de separación deberá seguir los siguientes pasos:

i) Revisar los estatutos sociales de la sociedad, pactos de socios y/o actas de junta universal de la sociedad para confirmar que el derecho de separación en caso de ausencia de reparto de dividendos no ha sido limitado o renunciado previamente; ³

También debe tenerse en cuenta que en sociedades que cuenten con financiación bancaria o hayan atravesado un procedimiento de refinanciación, es común la existencia de cláusulas (*covenants*) que prohíban el reparto de dividendos. En estos casos, si la operación de refinanciación ha sido aprobada por unanimidad, el socio carecería de derecho de separación puesto que ha aceptado las cláusulas del banco que impiden el reparto de dividendos. En caso contrario, deberían estudiarse los argumentos a utilizar por el socio para exigir su derecho de separación de la sociedad.

³ La doctrina entiende que pese a que conforme a la actual LSC no se puede limitar el derecho de separación mediante pacto estatutario, dicha limitación o su renuncia, podría ser válida si se acuerda de forma unánime y no perjudica a terceros ni contraviene el orden público. Con respecto a su limitación o renuncia en pactos de socios, la doctrina y la jurisprudencia entienden que sí tiene validez.

ii) Acudir a la próxima junta general que se convoque por la sociedad al objeto de aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2016, que deberá celebrarse, como máximo, el 31 de junio de 2017. Si no se produce la convocatoria de la junta por parte del órgano de administración, el socio puede recurrir a la solicitud de convocatoria por la minoría (Art. 168 LSC) o a la convocatoria judicial (Art. 169 y ss. de la LSC).

iii) Manifestar en dicha junta su voto a favor del reparto de, al menos, un tercio de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles;

iv) Notificar formalmente y por escrito a la sociedad en el plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de celebración de la junta general ordinaria su voluntad de ejercer su derecho de separación, incluyendo si es posible una valoración de su participación que pueda servir como punto de partida para la negociación con la sociedad;

v) En ausencia de pacto sobre el valor razonable de su participación y/o sobre el experto y procedimiento a seguir para llevar a cabo la separación, el socio deberá solicitar la designación de un auditor de cuentas⁴ distinto del de la sociedad, al registrador mercantil del domicilio social en el que se encuentre la sociedad para que emita un informe valorando dicha participación;

vi) En el plazo máximo de dos meses a contar desde su nombramiento, el auditor

deberá emitir su informe, que comunicará por conducto notarial a la sociedad y al socio afectado y que depositará en el registro mercantil.

¿Qué ocurre si el socio que ha ejercido el derecho de separación no está de acuerdo con el valor razonable determinado por el auditor independiente? El Reglamento del Registro Mercantil únicamente prevé la posibilidad de recusar al experto previa emisión de su informe si concurre alguna de las causas de recusación tasadas legalmente. Por tanto, no cabría la recusación una vez recibido el informe.



El socio que estuviera en desacuerdo con el valor razonable señalado por el auditor podría recurrir a la vía judicial, impugnando la valoración señalada por el auditor independiente. Sin embargo, el procedimiento judicial puede alargarse bastante en el tiempo, por lo que el socio perdería la posibilidad de hacer líquida su participación en la sociedad de manera inmediata.

Respecto a la posibilidad de que, una vez recibido el informe del auditor independiente, el socio desista del ejercicio del derecho de separación, la doctrina entiende que el desistimiento no es posible.

⁴ La retribución del auditor correrá a cargo de la sociedad.

vii) Dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe del experto, el socio tiene derecho a recibir en el domicilio social de la sociedad el valor razonable de su participación en concepto de precio de adquisición por la sociedad o de reembolso en caso de amortización de sus participaciones o acciones.

3.2. Visto desde el otro punto de vista, ¿cómo deben actuar los socios mayoritarios que prevén que un socio vaya a ejercitar éste derecho?

i) Tal y como ya hemos señalado en el apartado 3.1 anterior, los socios mayoritarios que prevean que en la próxima junta general ordinaria van a encontrarse con un socio que exija el reparto de dividendos, deben revisar los estatutos sociales de la sociedad, pactos de socios y/o actas de junta universal para comprobar si el derecho de separación ha sido limitado o renunciado previamente.

Asimismo, en el caso de que existan acuerdos de financiación o refinanciación que hayan sido aceptados de forma unánime por todos los socios e incluyan cláusulas que prohíban el reparto de dividendos hasta el repago de la totalidad de la deuda, éste hecho será un argumento válido para justificar la ausencia de reparto sin que nazca el derecho de separación.

ii) Previa celebración de la Junta General Ordinaria la sociedad debe estudiar la situación financiera y contable de la compañía para intentar justificar la ausencia de reparto ante el socio minoritario. En este sentido, la doctrina

entiende que en casos en los que el reparto del dividendo pueda conllevar la disolución y liquidación de la sociedad o suponga un grave perjuicio para el interés social, podría justificarse la ausencia de dicho reparto sin que fuera ejercitable en dichos supuestos el derecho de separación.

En dichos casos, la sociedad debe poner de manifiesto dicha situación y los graves perjuicios que causaría el reparto de dividendos en la Junta General ordinaria, haciéndolo constar por escrito en el acta de la referida junta. Si aun así se recibe la notificación correspondiente por el socio minoritario exigiendo su derecho de separación, la sociedad puede pedir al auditor de cuentas que señale en su informe que la sociedad quedaría en grave peligro e incluso podría verse abocada a una disolución, en caso de llevarse a cabo el reparto del dividendo pretendido.

iii) Si una vez analizada la situación financiera de la sociedad no existen causas que justifiquen la ausencia de reparto del dividendo mínimo, la junta deberá aprobar dicho reparto para evitar el ejercicio del derecho de separación. Habrá que valorar en cada caso concreto la situación de la sociedad para determinar si resulta más conveniente repartir el dividendo o esperar a que el socio minoritario ejercite su derecho de separación.

iv) En caso de que la sociedad decida repartir el dividendo pero no disponga de liquidez para hacer frente a su pago, la sociedad puede acordar una prórroga que posponga la fecha de pago efectivo de dicho dividendo a los socios.

v) Por último, cabe destacar que una vez realizado el reparto de dividendos y, en su caso, abonado dicho dividendo a los socios, éstos pueden volver a aportar la cuantía recibida como dividendo a la sociedad mediante la realización de una ampliación de capital dineraria. La ampliación de capital estaría en este caso totalmente justificada por la “obligatoriedad” de acordar el reparto de dividendos, y es una posibilidad mencionada incluso en la justificación de la enmienda y la dilución, en su caso, del socio minoritario no podría entenderse como abusiva.

3. Conclusiones

- ☰ La nueva entrada en vigor del Art. 348 BIS de la LSC cambia el principio general del derecho al dividendo en las sociedades mercantiles, posibilitando que un socio minoritario pueda forzar en ocasiones el reparto de dicho dividendo.
- ☰ En caso de ausencia de dicho reparto, el socio minoritario podrá hacer líquida su participación en la sociedad a su valor razonable. En defecto de acuerdo, el valor razonable será determinado por un auditor de cuentas.
- ☰ Los socios que pretendan ejercitar el derecho de separación deberán tener en cuenta los requisitos necesarios para que dicho derecho nazca y deben contar con la documentación e información necesaria

para tomar la decisión de separarse, incluyendo un valor aproximado de su participación a partir del cual negociar.

- ☰ Las sociedades por su parte, deben analizar la documentación societaria para comprobar si dicho derecho de separación ha sido limitado o renunciado. Asimismo, deben revisar su estado financiero y contable y diseñar una política de dividendos que evite el ejercicio de dicho derecho de separación por parte de los socios minoritarios. Alternativamente deben elaborar una estrategia que permita justificar válidamente la ausencia de dicho reparto de dividendos.
-

Marimón Abogados

Marimón Abogados es un despacho fundado en 1931 que ofrece servicios legales en todas las áreas del Derecho y que cuenta con oficinas en Barcelona, Madrid y Sevilla. Nuestro despacho se ha adaptado a los cambios que se han ido produciendo en el mercado mediante la mejora constante de sus servicios y la ampliación de sus ramas de actividad, creando departamentos altamente especializados que cuentan con una vasta experiencia, lo que nos permite resolver cualquier tema legal desde la misma firma:

Administrativo,			
Regulatorio, Urbanismo y Medio ambiente	Concursal	Financiero	Fiscal
Inmobiliario	Laboral	Mercantil y Societario	Penal
Procesal	Propiedad Intelectual e Industrial	Tecnologías de la Información y Protección de Datos	Competencia
Italian Desk	French Desk	German Desk	Portuguese Desk

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta información pueden ponerse en contacto con los siguientes abogados:



Olga Forner
Departamento de Derecho concursal
forner@marimon-abogados.com



Leonor Serra
Departamento de Derecho mercantil
lserra@marimon-abogados.com



Barcelona
Paseo de Gracia 118, 5º
08008 Barcelona
Tel.: (+34) 93 415 75 75



Madrid
Paseo de Recoletos, 16, 4º
28001 Madrid
Tel.: (+34) 91 310 04 56



Sevilla
C/ Balbino Marrón 3, 5º, of. 17
41018 Sevilla
Tel.: (+34) 95 465 78 96

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborada por Marimón Abogados. La información que se incluye en el mismo no constituye asesoramiento jurídico alguno. Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Marimón Abogados. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea de forma extracta, sin la previa autorización de Marimón Abogados.