

ALERTA MERCANTIL

Noviembre 2011

DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO EN CASO DE SEQUÍA DE DIVIDENDOS: El nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Por Jesús Alfaro Águila-Real

ALERTA
Noviembre 2011

DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO EN CASO DE SEQUIA DE DIVIDENDOS: el nuevo artículo 348 bis LSC

Introducción

El nuevo artículo 348 bis LSC 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 sociedad. La norma obliga, rígidamente, a repartir 1/3 de los beneficios anualmente a partir del 5º año desde la constitución de la sociedad.

Ha sido mal acogido por los primeros autores que se han ocupado de la cuestión. Aunque la redacción del artículo es mejorable, los efectos de la entrada en vigor de una norma semejante no tienen por qué ser dañinos para nuestro sistema societario

Hubiera sido preferible una formulación en forma de cláusula general. Se podría haber incluido una cláusula general de separación por justos motivos incluyendo la falta de reparto de dividendos injustificada como un grupo de casos señero de opresión de la minoría que da derecho a ésta a separarse. A mi juicio, el Derecho español vigente [incluye tal cláusula general](#), de manera que la incorporación de una norma semejante a nuestra LSC tendría un valor declarativo.

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que el nuevo art. 348 bis LSC refuerza los argumentos con los que defendimos dicha existencia de un derecho de separación por justos motivos. Como ha explicado extensamente [Framiñán](#), no hay

razón alguna para no aplicar analógicamente la regla legal para los casos 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.

¿Cuándo no es exigible a un socio seguir vinculado por el contrato social?

- A tenor de los casos legales, desde luego, **cuando se altera sustancialmente la sociedad** como lo indica el caso del traslado del domicilio social al extranjero o la sustitución del objeto social.
- Además, y por aplicación del principio que prohíbe las **vinculaciones perpetuas**, cuando la permanencia en la sociedad equivalga a exigir del socio estar **obligado indefinidamente a prestar** (a favor de la sociedad) o suponga **“amortizar” una parte significativa de su patrimonio** (sociedades familiares donde los herederos reciben acciones o participaciones en lugar de una cuota parte en los activos). En este grupo de casos, el derecho de separación es la concreción, en el ámbito de las sociedades de estructura corporativa, del **derecho de denuncia** unilateral propio de todos los contratos de duración indefinida.
- En fin, procede la separación en los supuestos conocidos como de **opresión de la minoría**. Cuando el socio mayoritario se comporta ilegal o antiestatutariamente de forma sistemática o cuando – en la jerga del corporate governance – obtiene beneficios privados

(no compartidos con los minoritarios) del control de la compañía de manera reiterada o sistemática.

Pues bien, la importancia del nuevo art. 348 bis LSC radica en que todos los demás casos en los que la Ley reconoce derecho de separación estarían en el primer grupo (modificación sustancial del contrato social); no necesitamos una norma específica en la LSC para elaborar el segundo grupo de casos, y el nuevo art. 348 bis encaja perfectamente en el tercer grupo, esto es, atesorar sistemáticamente los beneficios sociales – no repartirlos – es la estrategia más típicamente utilizada por el socio mayoritario abusón para expropiar al minoritario si, como es normal, va acompañada de la percepción por el mayoritario de salarios u otras prebendas asociadas al control (transacciones vinculadas) o de transacciones sobre las propias participaciones que diluyen al minoritario o le obligan a poner más recursos bajo el control del mayoritario.

De manera que, gracias a la reforma legal, tenemos ahora todos los mimbres que necesitamos en la Ley para **afirmar la existencia de un derecho de separación por justos motivos**. Basta con inducir, de los casos regulados legalmente – *analogía iuris* – una regla general: el socio de una sociedad de capitales no cotizada tiene derecho a separarse cuando concurren justos motivos. Concurren justos motivos cuando se modifica sustancialmente el contrato social (a contrario, no hay tal en caso de fusión, transformación escisión etc, porque el legislador ha dejado claro que la protección del socio minoritario se articula por otras vías en caso de las llamadas modificaciones estructurales); cuando la situación del socio equivale a una vinculación perpetua obligatoria o real significativa y cuando el socio minoritario padece una estrategia de opresión por parte del mayoritario.

Los jueces han empezado a proteger a los minoritarios en los últimos años a través de la **prohibición de abuso de derecho**. De eso nos hemos ocupado en un trabajo con Campins publicado en [Otrosi](#). Y debe verse también [el trabajo de Enrique García](#).

Pero esa protección no es completa si las consecuencias se limitan a anular los acuerdos sociales o a afirmar la responsabilidad del administrador. 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 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”).

Ha de concluirse, pues, que **la norma no se limita a consagrar legalmente los desarrollos jurisprudenciales en la materia**. Bajo la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, los jueces venían limitándose a anular el acuerdo social de atesoramiento, pero no solían reconocer un derecho del socio minoritario al reparto. Y, sobre todo, los jueces tenían en cuenta todas las circunstancias del caso antes de decidir sobre si procedía o no anular el acuerdo. Pero, a diferencia de otros casos – prohibiciones de voto -, **los jueces** no tienen por qué abandonar esta doctrina y **deben seguir aplicando la prohibición de abuso de derecho** para enjuiciar los acuerdos de reservar los beneficios. La razón es simple: los *remedies* que establece el nuevo art. 348 bis LSC y los que se derivaban de la doctrina jurisprudencial son distintos y compatibles: el socio puede separarse en el primer caso, mientras que la aplicación de la prohibición de abuso conduce a la nulidad del acuerdo social.

Así podría interpretarse la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2011**, que, por lo demás, no tiene mucho interés porque resuelve de idéntica forma los conflictos entre socios articulados a través de la denuncia de la infracción por la mayoría del derecho de información a las sentencias de 1 de diciembre de 2010 y de 21 de marzo de 2011. El ponente se molesta en añadir, entre otras cosas, que una errónea contabilización de unas deudas puede ser el mecanismo para ocultar la existencia de beneficios y, con ello, privar al socio minoritario de su derecho a participar en las ganancias. Y aprovecha para decir

... La consecuencia de este comportamiento global es que, al arrastrarse indefinidamente presuntas deudas sociales de ejercicio en ejercicio, los beneficios formalmente reflejados en las cuentas de la sociedad sean probablemente muy inferiores a los reales,

*repercutiendo así en el acuerdo de aplicación de resultado y, consecuentemente y de forma negativa, en el **derecho de los demandantes recurridos a participar en las ganancias sociales o derecho al dividendo**. Como declaró la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2005 (rec. 4744/98), si bien este derecho "no es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues aparte de las reservas legales se pueden constituir otras de carácter voluntario", no cabe "privar al socio minoritario, sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática", pues semejante actuación se presenta como "abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales".*

El pronunciamiento del Supremo parece una cierta respuesta al nuevo art. 348 bis LSC. Estaría diciendo que, a efectos de la aplicación de esta norma, las sociedades no deberían creer que pueden defraudar su aplicación por la vía de reducir los beneficios que aparecen en el balance y, de este modo, reducir también la cuantía de los que tienen que repartir y, a la vez, confirmando que la promulgación de la norma no implica la "derogación" de la jurisprudencia que aplica la doctrina del abuso de derecho a las decisiones sociales sobre reparto de dividendos.

Naturalmente, corresponde al socio minoritario probar la existencia de la estrategia opresora por el mayoritario. Y, a tal efecto, es un indicio muy poderoso la impugnación sistemática de acuerdos sociales que hayan sido calificados – no necesariamente – como abusivos por los jueces. No es exigible ni compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (del derecho de propiedad y de participación del socio en la sociedad) obligar al socio minoritario a impugnar sistemáticamente los acuerdos sociales a través de los que el mayoritario articula la opresión o a estar vigilante hasta el extremo y exigir la responsabilidad del administrador cuando las actuaciones abusivas se realizan por el administrador único – socio mayoritario.

¿Puede el legislador modificar contratos en vigor cambiando el Derecho de Sociedades?

Como se recordará, la "contract clause" de la Constitución americana trataba de impedir que los Estados dieran amnistías a los deudores locales en perjuicio de los acreedores de otros

Estados, de ahí, por ejemplo, que el Derecho de Quiebras sea federal en los EE.UU. Pues bien, si el legislador atribuye a un socio un "nuevo" derecho de separación, está alterando de forma significativa el contrato de sociedad y, en un caso como este, lo hace a costa de los otros socios. Alguien podría preguntarse si la introducción de un nuevo motivo de separación que se aplicará a todas las sociedades cuyos estatutos no recogen, obviamente, tal derecho implica una modificación legislativa de millones de contratos en vigor.

A nuestro juicio **no hay problema alguno de expropiación (legislativa) de unos socios por otros** porque, como hemos señalado, creemos que hay un derecho de separación por justos motivos que incluye el atesoramiento sistemático de dividendos de manera que la norma, en nuestra opinión, es cuasi-declarativa.

Cuestiones de interpretación y críticas

La primera cuestión discutida es si el precepto es imperativo y resistente, incluso, a una derogación estatutaria aprobada por unanimidad (con el consentimiento) de todos los socios.

Aunque algunos se han pronunciado en contra de la **validez de la cláusula estatutaria que modificara o derogara directamente el art. 348 bis LSC**, no vemos buenos argumentos detrás de semejante opinión. La regulación legal del derecho de separación – y de la exclusión – es permeable a la autonomía privada aunque no a la regla mayoritaria. El Tribunal Supremo ha dicho que las normas legales reguladoras de la sociedad limitada son presuntivamente dispositivas. **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 los socios se protegen denegando su consentimiento a la modificación estatutaria. Obviamente, la cláusula estatutaria no podría establecer que la sociedad no repartirá nunca dividendos porque tal cláusula sería contraria a la causa del contrato de sociedad salvo que, nuevamente, los socios hubieran decidido asociarse sin ánimo de lucro, lo cual pueden hacer aunque utilicen la forma de sociedad anónima o sociedad limitada.

Por lo demás, dada la parquedad de la regulación legal, es del todo deseable que los estatutos

adaptan la norma a las peculiaridades de la sociedad de que se trate. Con mayor motivo, es perfectamente válido el pacto parasocial que derogue la norma por el tiempo de vigencia del pacto parasocial (si es que se pacta, como es conveniente hacer, por tiempo definido).

El precepto calcula **el plazo de cinco años** desde la constitución de la sociedad. No son 5 años de “sequía” de dividendos. A partir del 5º año, se reconoce un auténtico derecho del socio al reparto de las ganancias sociales. Los beneficios que han de repartirse, al menos en una tercera parte, son los generados en el ejercicio cuyas cuentas se aprueban y que sean resultado de la **explotación del objeto social**. A nosotros nos parece claro que el legislador ha querido referirse a la **actividad ordinaria de la compañía**, de manera que no se incluyen en esa tercera parte los beneficios llamados extraordinarios, las plusvalías que se puedan reflejar en la contabilidad etc.

La nueva norma ha sido criticada porque – se dice – **pone en riesgo las financiaciones bancarias** (los bancos serán reacios a financiar una compañía en la que sus socios se reparten dividendos antes de devolver los préstamos) y puede descapitalizar las sociedades familiares.

A mi juicio, las críticas son algo exageradas. Empezando por la segunda, la norma no tiene por qué producir descapitalización alguna. La mayoría puede **reinvertir sus dividendos** en nuevas acciones de la sociedad con lo que el socio que desee el reparto se diluirá. Y las vías para esa **reversión** de dividendos son muy variadas y flexibles (aumentos de capital, compraventa de acciones propias de la sociedad, préstamos participativos de los socios que deseen reinvertir...).

En último extremo, la nueva norma reconoce un derecho al socio minoritario que éste **ha de ejercitar de buena fe o deber de lealtad y del que no puede abusar**. Habrá que calificar de ejercicio abusivo del derecho de separación por el minoritario, el ejercido ante una decisión de reserva de los beneficios que viene claramente exigida por el interés de la sociedad (situación grave de iliquidez, financiación externa de proyectos de inversión muy costosa...). Aunque en los manuales de Derecho de Sociedades se

hablaba del deber de lealtad de la minoría y de cómo éste puede obligar al socio minoritario a votar a favor de determinados acuerdos, había pocos ejemplos reales en los que tal deber pudiera actualizarse. Pues bien, este es uno bien notorio. Obsérvese que será el socio el que tendrá que demandar a la compañía cuando ésta no le reconozca el derecho de separación.

En cuanto a que **dificulta las operaciones de financiación**, no tiene por qué si configuramos el derecho de separación como dispositivo y renunciante como aquí se ha hecho. Los bancos pueden confiar en que no se ejercitará tal derecho **haciendo firmar el contrato de financiación a todos los socios de la compañía prestataria**, de modo que si el socio pide la separación porque la sociedad, en cumplimiento del contrato de financiación, no reparte dividendos, la sociedad podrá oponer al socio la excepción de ejercicio de un derecho en incumplimiento de un contrato que ha sido celebrado en beneficio de la sociedad y aceptado por ésta. El ejercicio del derecho de separación sería, en tal caso, inadmisibile porque supone infringir derechamente un pacto contractual previo (no hay que recurrir a los actos propios ni al abuso de derecho).

Por lo demás, el problema se plantea exactamente en los mismos términos si el contrato de financiación es firmado por los administradores y no lo suscriben los socios mayoritarios. Estos podrían acordar en Junta el reparto de dividendos haciendo incumplir a la sociedad el contrato de financiación.

Cuestiones de política legislativa

Reducidas las objeciones al nuevo precepto a sus justos términos, debe recordarse que nuestro mundo societario tenía, entre otros, dos graves problemas contractuales.

Uno era el del **abuso de la persona jurídica por “malos pagadores” y contratantes deshonestos** que se escudaban bajo una sociedad para no pagar o poner activos al resguardo de los acreedores, problema que se ha reducido en alguna medida gracias al agravamiento de la responsabilidad de socios y administradores por las deudas sociales resultado de las modificaciones sucesivas de la legislación societaria y, especialmente, concursal

y a muchas otras razones que no tienen que ver con el Derecho de sociedades.

El otro es el de **explotación u opresión de los socios minoritarios**. En sociedades familiares de segunda o tercera generación especialmente (aunque también en las sociedades constituidas entre amigos) es muy frecuente que el hijo mayor acabe apoderándose de la herencia de sus hermanos porque el padre tuvo la mala idea de dejar a todos acciones o participaciones en lugar de cuotas de propiedad sobre los activos que forman el patrimonio social. Sin mala conciencia, a menudo, porque son ellos los que gestionan la empresa a la muerte del padre/fundador. Por tanto, no me parece justo criticar desafortadamente una norma como la del art. 348bis LSC por los que, al mismo tiempo, califican todas las normas de sociedades como imperativas, impiden el juego de la libertad contractual en los estatutos sociales y rechazan la posibilidad de desarrollar doctrinalmente el Derecho de Sociedades concretando cláusulas generales como la del deber de lealtad.

Nuestros tribunales podrían ver aligerada su carga de trabajo si existen mecanismos que permitan a los socios minoritarios deshacer su relación con el mayoritario cuando esta deviene intolerable.

Epílogo

La norma plantea muchas otras cuestiones interesantes. Pero, en principio, deberían resolverse aplicando idénticas reglas a las que se aplican a la separación de socios en general.

Más información:

Jesús Alfaro Águila-Real: jesus.alfaro@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España
T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, especialización y cercanía como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con cerca de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Como Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS que integra a los principales despachos europeos independientes y cuya ambición es la de ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com | www.cmslegal.com

Los despachos miembros de CMS son: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Holanda); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) y CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria).

Las oficinas CMS son: **Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, París, Roma, Viena, Zúrich,** Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Düsseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Liubiana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.

Si no desea seguir recibiendo en el futuro este documento, envíe un correo electrónico a la dirección Cms-asl@cms-asl.com con el texto "BAJA".

Los asuntos tratados o reseñados en esta Alerta han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos del Departamento de Derecho Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad mercantil ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

Si desea más información, por favor póngase en contacto con:

Jesús Alfaro: jesus.alfaro@cms-asl.com