

Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

Corporate / M&A

Diciembre 2017

Proposición de Ley para la reforma del art. 348bis de la Ley de Sociedades de capital Dividendo mínimo y derecho de separación

José María Rojí

El Grupo Popular en el Congreso ha presentado una proposición de Ley para la modificación del artículo 348bis LSC. La reforma mejora el precepto respondiendo a la crítica que ha formulado la doctrina y al escaso efecto práctico que ha tenido su aplicación. El nuevo texto reduce la cuantía del dividendo mínimo al 25%, si bien sobre una base más amplia ya que se abandona la referencia al concepto de beneficio ordinario. No obstante, eleva en perjuicio del minoritario los presupuestos para que se active el derecho de separación asociado al no reparto de dividendos, al exigir tres años consecutivos sin reparto o permitir que se valore la media a ponderada de los cinco últimos ejercicios. Por último, se permite modificar este régimen por unanimidad como ya se prevé para otros supuestos de derecho de separación.

Regulación actual

El 1 de enero de 2017, después de llevar varios años suspendida tras una fugaz vigencia al tiempo de su aprobación, entró en vigor la norma (art. 348.bis LSC) que estaba llamada a establecer un mecanismo para reducir el conflicto entre socios de control y minoritarios en torno al

reparto de dividendos evitando conductas abusivas de la mayoría que sistemáticamente rechazan repartir dividendos. El mecanismo previsto en la norma, criticada por la doctrina antes y después de su entrada en vigor, consiste en que, si la sociedad no reparte un dividendo mínimo equivalente a un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio



anterior, el socio que hubiera votado a favor de dicho reparto tiene derecho a separarse de la sociedad, derecho que debe ejercitar en el mes siguiente a la celebración de la junta.

La norma se activa, por tanto, con ocasión de las juntas ordinarias y, tras casi un año de aplicación, se puede medir su eficacia por el número de sociedades que han incrementado el dividendo repartido hasta el mencionado mínimo y por el número de minoritarios insatisfechos que, ante la ausencia de ese reparto, han ejercitado el nuevo derecho de separación.

Valoración tras un año continuado de aplicación

Transcurrido prácticamente un año desde que la norma está en vigor y completado en la mayoría de las sociedades el proceso de aprobación de cuentas y aplicación del resultado, no se pueden calificar de exitosos los efectos de la norma. Sí que puntualmente ha tenido un efecto disuasorio respecto a algunas políticas agresivas de estrangulamiento, provocando que, ante el riesgo de que se activara un derecho de separación tan incierto como costoso, algunos socios mayoritarios hayan optado por adoptar el acuerdo de reparto mínimo. A su vez, algunos minoritarios, lo han invocado para negociar, amenazando con votar en contra del no reparto de dividendo para luego separarse. Pero no hay constancia de que, excepto en casos excepcionales, se haya ejercitado finalmente el derecho de separación.

La aplicación de la norma, por otro lado, ha generado muchas dudas, particularmente en relación con el test de balance, con sus consecuencias cuando el reparto aboca a la sociedad a la insolvencia o al incumplimiento de los compromisos u obligaciones de la sociedad con terceros, o con su integración con las normas de la autocartera y la reducción de capital. Además en la práctica no ha sido una

norma particularmente útil a los fines pretendidos, entre otros motivos por la incertidumbre sobre el resultado de la valoración de las participaciones, por la responsabilidad por las deudas de la sociedad que en las sociedades de responsabilidad limitada va a tener que soportar el socio separado y por las dificultades para apreciar el cumplimiento de los presupuestos para su aplicación, e incluso para el cálculo del importe del dividendo, como queda de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015.

Lo anterior ha recrudecido la crítica al precepto hasta el punto de que una norma pensada para evitar el abuso de mayoría se está viendo ya como un mecanismo idóneo para que en determinadas circunstancias se produzcan abusos de la minoría. Frente a la contundencia del tenor literal del precepto en cuanto al derecho del socio a separarse, se está construyendo la tesis de que cabrá oponerse a dicho ejercicio cuando el mismo sea abusivo o vulnere el deber de lealtad de los socios. No hay que desechar que, atendiendo a las últimas líneas jurisprudenciales en la materia, esta tesis llegue a prosperar; véase por ejemplo la muy interesante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 sobre ejercicio de buena fe de los derechos de socio, en aquél caso por ejercitarse contraviniendo lo acordado en un pacto parasocial.

Propuesta de modificación

En este escenario se ha presentado por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso una proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis, habiéndose admitido por la Mesa de la Cámara el 28 de noviembre y publicado en el diario de la Cámara el pasado 1 de diciembre.

La propuesta de nueva redacción pretende solucionar parte de los problemas advertidos por la doctrina y aflora-

dos en la práctica, y busca establecer un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la aspiración de los socios a participar de los beneficios cuando ello sea posible y razonable, es decir, mantener el espíritu del artículo, protegiendo a los minoritarios, pero sin que pueda ocasionar daños irreparables a las sociedades.

En particular, y siguiendo la propia justificación de la propuesta, las modificaciones serían las siguientes:

- La aplicación del artículo se condiciona a la ausencia de disposiciones estatutarias en sentido contrario; así, será una norma dispositiva y no imperativa. Sin embargo, se exige unanimidad para la aprobación de dichas disposiciones estatutarias, reconociendo, en su defecto, el derecho de separación de los socios que hayan votado en contra (asimilándolo a otras causas de separación previstas en el artículo 346 LSC).
- Se exige un período más prolongado de obtención de beneficios, de hasta tres años, frente a la situación vigente que exige solamente la obtención de beneficios en el ejercicio anterior. Se evita así un automatismo excesivo que obligue a repartir dividendo en todos y cada uno de los años en los que se obtengan beneficios. Con la nueva redacción se requieren tres años continuados de beneficio para activar el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, de manera que un año con pérdidas obliga a reiniciar de nuevo el cómputo de dicho plazo.
- Se reduce el porcentaje mínimo de beneficios a repartir de un tercio a un cuarto. Además, se introduce una cautela adicional que permite cumplir con dicho porcentaje en términos de la media ponderada de los cinco últimos ejercicios, de manera que el reparto pueda ser menor en algunos años en los que existan mayores necesidades de inversión. La combinación de esta cláusula con la anterior entraña una considerable suavización de la norma, ya que el derecho de separación no surge necesariamente cada ejercicio en el que no se reparta dividendo y la cuantía mínima a repartir será menor.
- Se elimina la referencia a los «beneficios propios de la explotación del objeto social», para evitar la posible inseguridad jurídica y complejidad en su determinación, atribuyendo al minoritario el derecho a participar en el conjunto del resultado del ejercicio, incluidos los resultados extraordinarios o excepcionales, que constituyen en todo caso un concepto residual.
- Se sustituye la expresión «a partir del quinto ejercicio» por «transcurrido el quinto ejercicio», para evitar que el derecho pueda reclamarse al comienzo del quinto ejercicio desde la constitución de la sociedad respecto de las cuentas del cuarto.
- Se excluye de su aplicación a las sociedades en concurso, que hayan comunicado las negociaciones

previstas en la Ley Concursal o que hayan alcanzado un acuerdo de refinanciación siempre que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal. Este tipo de sociedades se encuentran en una situación financiera difícil por lo que sería desaconsejable repartir dividendos.

- Por último, se amplía el ámbito de la excepción subjetiva, actualmente limitada a las sociedades cotizadas, a las sociedades admitidas a cotización en un sistema multilateral de negociación, como podría ser el Mercado Alternativo Bursátil (MAB), entendiendo que constituyen un mecanismo alternativo para la liquidación de la inversión.

El texto propuesto para la nueva norma es el siguiente:

Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: «1. Transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos o su ausencia tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, una cuarta parte de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente repartibles, siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores y el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años sea inferior a la cuarta parte de los beneficios totales registrados en dicho periodo. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder y salvo disposición contraria de los estatutos. 2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo. 3. 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. 4. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación. b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso. c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.»



Valoración de la reforma propuesta

Ciertamente la nueva redacción propuesta para la norma viene a despejar algunas dudas y ofrece una adecuada respuesta a varios de los problemas que planteaba el precepto en su dicción anterior, mejorándola claramente. En este sentido debe ser bienvenida. Aun así quedan aspectos importantes que resolver que confiamos se mejoren durante la tramitación parlamentaria. Convendría hacer una revisión completa del procedimiento y consecuencias del ejercicio del derecho de separación, no sólo en este caso, sino en cuantos prevé la Ley, particularmente el 346 LSC.

En todo caso el nuevo texto pone en peor situación al minoritario que la que tiene con la redacción todavía vigente, pero esto no es grave si se trata como una norma específica que no agota el tratamiento del problema. En nuestra opinión, el régimen de protección que ofrece el art. 348 bis LSC debe completarse con el mantenimiento de la línea jurisprudencial frente al abuso de mayoría construida fundamentalmente a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, y también por posteriores como la del mismo Tribunal de 7 de diciembre de 2011, que apreció –a diferencia de lo que parece entender la nueva norma– que para estimar concurrente el comportamiento abusivo no se requiere la existencia de la reiteración a la que hizo referencia, pero en modo alguno exigió, la sentencia del 2005. Esta jurisprudencia ha recibido amplia acogida de la Audiencias Provinciales que han acabado concluyendo que para destinar todo el importe a reservas hace falta una causa, la regla debe ser que se reparta y por lo tanto deberá poder apreciarse abuso de

mayoría ante determinadas actuaciones de los socios de control respecto al dividendo aun cuando no se den los nuevos y exigentes presupuestos para activar el derecho de separación.

La anterior línea jurisprudencial tiene, además, desde la reforma del artículo 204.1 LSC en diciembre de 2014, una mejor herramienta para su aplicación, al establecerse en sede de causas de impugnación de acuerdos sociales que la lesión del interés social se produce también si el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios, situación que se produce en muchos de los supuestos de atesoramiento de beneficios.

Conclusión

Volviendo a la reforma que se va a tramitar y asumiendo las apreciaciones que hemos formulado en estas notas de urgencia, en términos generales se mejorará la regulación de uno de los temas más conflictivos y críticos de nuestro derecho de sociedades, si bien todavía quedarán aspectos pendientes de abordar como la protección de las mismas situaciones cuando el socio lo es en una estructura de grupo. Pero eso ya es materia de otro capítulo de regulación pendiente, que exigiría un régimen general de los grupos de sociedades, del que hoy carece nuestro Derecho.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.