

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

AJFV

DICIEMBRE 2017. N° 4

COMERCIO



Dirección y coordinación: Natalia Velilla Antolín y José Antonio

Baena Sierra

Maquetación : Secretaría AJFV

ÍNDICE

DOS VISIONES DEL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

**1.- Comentario de la proposición de ley para
modificar el artículo 348 bis de la Ley de
Sociedades de Capital.**

Javier Téllez Márquez
Abogado

**2.- El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de
Capital.**

Antonio Luis García Agua
Abogado

1.- COMENTARIO DE LA PROPOSICIÓN DE LEY PARA MODIFICAR EL ART. 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Javier Téllez Marquez

Abogado

**Voces: Ley de Sociedades de Capital. Proposición de Ley. Junta General.
Derecho al dividendo. Socio minoritario.**

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), bajo el título “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, ha sido controvertido desde su publicación (octubre de 2011), estando poco tiempo en vigor y siendo objeto de suspensiones sucesivas hasta el 31 de diciembre de 2016.

Como recoge el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de Diputados, de 1 de diciembre de 2017, en la Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: *“nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la Junta general la competencia para decidir sobre los beneficios sociales, y la procedencia o no del reparto de dividendos, debiendo determinar el acuerdo de la Junta, en su caso, la cantidad, forma y momento de pago del dividendo”*.

Esta atribución competencial puede provocar a los socios minoritarios un perjuicio en tanto que nunca vean beneficios con respecto a sus participaciones o acciones. Las sociedades de carácter familiar o las de tamaño medio, los socios mayoritarios tenían demasiada influencia a la hora de tomar la decisión del reparto de dividendo o no, dejando en una situación de desamparo a los minoritarios, quienes no tenían un mecanismo legal de defensa de sus intereses.

Para paliar esta situación surgió el artículo 348 bis LSC, no como un derecho al dividendo que haga obligatorio su abono a la sociedad, sino que concede un derecho individual y disponible de separación que faculta a salir de la sociedad en determinadas circunstancias.

La redacción de dicho precepto, en un momento tiempo de crisis en el que se precisaba una resurgimiento empresarial, podría suponer una grave dificultad al otorgar un gran poder a los socios minoritarios, controlando las decisiones de la Junta general y obligando a la misma a repartir dividendos, con el riesgo de descapitalizar del capital social e incluso la salida a concurso de la sociedad.

La reforma introducida por la Ley 31/2014 a la Ley de Sociedades de Capital introdujo importantes herramientas adicionales de protección del socio minoritario. Especial referencia merece el artículo 204.1, donde se establece que se podrá impugnar un acuerdo social, aun cuando no lesione el interés social, pero *“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.”*

La aplicación práctica del 348 bis LSC, está provocando insuficiencia de efectivo en las sociedades y compeliendo a las mismas a repartir dividendos, aun siendo más provechoso para la empresa invertir dicho capital en obtener rendimientos. Perjudicaba sobremanera la financiación empresarial, reduciendo la capacidad de decisión de la Junta general y otorgando una ventaja descompensada a los socios minoritarios. Ahora, desde el 1 de enero de 2017, este precepto normativo está teniendo aplicación práctica.

Por ello, la Comisión de Economía, Industria y Competitividad, en su sesión del día 4 de abril de 2017, aprobó la Proposición no de la Ley sobre la Ley de Sociedades de Capital, para instar al Gobierno a la suspensión del artículo 348 bis LSC y solicitar que se introdujeran las modificaciones necesarias para su aplicación efectiva, lo que dio lugar a la proposición de Ley para modificar dicho artículo.

Así las cosas, las reformas que se proponen realizar en el enunciado normativo del precepto legal son las siguientes:

a) Se clarifica que la norma es dispositiva, que se puede suprimir mediante disposiciones estatutarias. A partir de ahí la redacción del precepto es confuso, pues, en el n° 2, refiere que, “para la supresión o modificación de la causa de separación... 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”. Debiera de clarificarse si con esta redacción se posibilita poder aprobar unos los estatutos con los requisitos legales pero sin unanimidad, permitiendo, en ese caso, una redacción estatutaria alternativa que deje a salvo el derecho a la separación de los socios que no acepten la modificación, o bien, estableciendo la falta de aceptación de la modificación como causa legal de separación para los socios que no votaran a favor.

b) Se exige un periodo más prolongado de beneficios, de tres ejercicios anteriores. Periodo que se reinicia si en el transcurso de esos tres años se obtienen pérdidas o se interrumpe antes de alcanzar los tres años.

c) Se reduce el porcentaje mínimo a repartir en una cuarta parte de los beneficios, introduciendo una ponderación, al exigir que 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.

d) Se elimina la referencia a *“beneficios propios de la explotación social”* con el fin de *“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 ejercitarse al comienzo del quinto ejercicio.

Se excluye su aplicación, por la constatada dificultad financiera, a las sociedades en concurso de acreedores, pre concurso, o alcanzado un acuerdo de refinanciación en condiciones de irrevocabilidad.

Uno de los puntos más controvertidos del nuevo enunciado del precepto legal, viene recogido en el punto 2 del mismo, la posibilidad de suprimir o modificar este derecho de separación. Quizás sería más claro, y acorde con la sostenibilidad financiera que predica la propuesta, clarificar la redacción y distinguir dos supuestos, aquellos en los que el acuerdo de modificación estatutaria se aprueba por unanimidad y los que la aprobación de los estatutos se adoptaría con los requisitos legales pero no por unanimidad, reconociendo la propia norma estatutaria, en ese caso, al socio que no hubiera votado a favor el derecho de separación, al derecho a poder ejercitarlo cuando concurrieran las circunstancias de aplicación del precepto.



2.- EL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

ANTONIO LUIS GARCÍA AGUA

Abogado

Profesor asociado de Derecho Mercantil

Universidad de Málaga

Voces: Ley de Sociedades de Capital. Junta General. Distribución de dividendos. Socio minoritario. Derecho de separación.

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de capital, regulado en la Ley 24/2011, de 1 de agosto que reformaba parcialmente la Ley de Sociedades de Capital, incorporando 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, ha sufrido distintos avatares y tras tres suspensiones de aplicación, por Ley 1/12 de Junio, RD Ley 11/2014 de 5 de Septiembre y por Ley 9/2015 de 25 de Mayo; finalmente cobra plena vigencia e incorpora un derecho a los socios de compañías no cotizadas en caso de falta de distribución de dividendos.

Aun siendo el ánimo de lucro, causa esencial del contrato social, nuestro Legislador ha demostrado cierta timidez en su regulación, su reconocimiento como derecho del socio vía artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), no tiene un régimen de ejercicio legal más allá de la somera referencia del artículo 273.3 que prohíbe la distribución de beneficios, en el caso de que las reservas disponibles no sean como mínimo iguales a los gastos de investigación y desarrollo recogidos en el activo del balance.

La problemática que trata de resolver el 348 bis, es el de la falta de dicho reparto, en perjuicio generalmente del accionista minoritario, que ve como su derecho de participación en las ganancias sociales va viendo truncada por decisiones generalmente del (los) socio/s mayoritario/s. La solución, *¿poco satisfactoria?* que ofrece el Legislador, es el Derecho de separación, incluyendo una causa más, a las recogidas en el artículo 346 LSC y que, en la práctica, suele llevar

a la salida del socio de la mercantil recibiendo un precio por su participación no todo lo razonable que cabría esperar, en la mayoría de los casos.

La jurisprudencia venía recogiendo que el acuerdo de no repartir dividendos, cuando menos en abstracto y aparentemente, no vulneraba la anterior Ley de Sociedades Anónimas ya que esta atribuía a la Junta General la facultad de decidir en tal sentido en el caso de que existan beneficios repartibles (artículo 213.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y trasladado al ya mencionado 273 LSC). En este sentido las STS 788/1996, de 10 de octubre - *el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta-*, o la STS 215/1997, de 19 de marzo; STS 873/2011 de 7 de diciembre, entre otras.

Igualmente en distintas resoluciones judiciales, se reconoce el propio derecho al dividendo y la abusividad de la retención del mismo por parte de la Sociedad, en situación saneada y por periodos de cinco o más años; en este sentido STS de 15 de diciembre de 1993, SAP de Baleares de 22 de diciembre de 2010 , SAP Barcelona de 21 de enero de 2011, o SAP de Álava de 19 de octubre de 2010, donde se estima un recurso de un socio minoritario contra el acuerdo social reiterado de atesorar los beneficios y no repartir dividendos pero, sobre todo, porque condena a la sociedad a adoptar un acuerdo en Junta en el que se decida repartirlos en la proporción que considere «oportuna» lo que puede llegar a ser un sin sentido, al poder proponer la Junta un reparto ínfimo. En este sentido la SAP Madrid, de 5 de octubre de 2005, en la que se señala que el derecho abstracto al dividendo «permitirá *ejercitar acción contra acuerdos sociales que vedan sistemáticamente o sin justificación alguna el reparto de beneficios en favor de los accionistas, como derecho esencial de la propia acción (...). Si injustificadamente no se repartiese el dividendo sería posible impugnar el acuerdo social ex art. 115 del propio texto refundido por ser contrario a la Ley*». Por lo que, y atendiendo que el derecho de separación es un derecho, potestativo del socio, siempre queda abierta la puerta de la Litis, vía impugnación de acuerdos.

Centrándonos en el precepto, nos encontramos ante un derecho únicamente ejercitable por los socios de compañías no cotizadas, como se recoge su punto

tercero. El Legislador entiende salvaguardado el derecho de los socios de las compañías cotizadas, en sede de del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, o simplemente por la simple transmisión de las acciones.

Pero es en los requisitos del 348 bis LSC, que nos ocupa, donde se prevé una aplicación no pacífica ya que deja abiertos diversos caminos interpretativos. La literalidad del precepto imprime confusión ya que recoge que: “*A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad...*”, lo que no exige una expresa referencia al número de ejercicios acumulados, que se necesita para el ejercicio del derecho, solo establece la “franquicia” de cinco años desde la inscripción de la sociedad, pueda ejercerlo. Pudiendo a partir de este momento, ejercerlo en cualquier otro ejercicio que no se repartan beneficios. ¿Estos cinco ejercicios se entienden sin reparto?, parece que la Ley no sigue la tradición de nuestra jurisprudencia del abuso de las mayorías, en tanto en cuanto exigir el paso de los cinco ejercicios sin reparto; aunque la exigencia del periodo desde la inscripción nos puede llevar a la interpretación de que tras ese periodo de consolidación empresarial, si no hay reparto puede atentar al fin último social y a la causa del mismo contrato social, por lo que está claro que es un abuso de la mayoría el no repartir.

En principio, el precepto y estos cinco años, afectan al derecho de separación, no al de impugnación del acuerdo del no reparto; aunque en este caso podemos entender que para que prospere la acción, en este periodo de consolidación, el abuso debe ser muy evidente.

Existe una duda doctrinal, al respecto de que, si entendemos que se habla de la junta ordinaria del quinto ejercicio, cuando se decide sobre el resultado del cuarto, o respecto a los resultados del quinto ejercicio, que se someten a la Junta Ordinaria, el sexto. En mi opinión, el Legislador hace referencia a este último supuesto ya que con independencia de cuando se resuelva, el término “*a partir*”, indica que son con los resultados de ese quinto ejercicio con los que se comienzan el cómputo temporal.

La exigencia de que el socio tiene que votar a favor de la distribución de los beneficios sociales, es una constante en nuestro derecho societario, de amparo al que muestra su conformidad o disconformidad a los acuerdos sociales y por ende puede impugnarlos.

La opcionalidad del ejercicio del derecho de separación, al recoger el término “*tendrá*” se mantiene, como no podría ser de otro modo. El límite objetivo para poder ejercitar este derecho, es el caso de que la junta general no acordara: La distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios, pero estos han de ser los propios de la explotación del objeto social, dejando fuera plusvalías y otros beneficios que no vinieran directamente de la actividad recogida en el objeto social, lo que refuerza la teoría de que el Legislador acude al criterio de la causa del contrato social, es decir, cuando tras la consolidación de la empresa y dando beneficios la actividad para cuyo fin se invirtió por el socio, las mayorías impiden el derecho al dividendo, independientemente de que se hayan repartido o no en los anteriores; los beneficios a los que habrá de referirse siempre serán los obtenidos durante el ejercicio anterior, a la junta donde se apliquen y donde el socio deba votar a favor de la distribución. Otra acotación que hace la Ley es que dichos beneficios serán los legalmente repartibles, y no aplicables a reservas o a cualquier otra disposición legal.

Por último, 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.