

NOVEDADES LEGISLATIVAS

El “curioso” devenir del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital

Todo empezó el año 2011 cuando la *Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de 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 sociedades cotizadas* alumbró el *Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos* en nuestro ordenamiento jurídico. Este derecho quedó reflejado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Era una medida destinada a proteger al socio minorista adoptada en plena crisis lo que supuso que en menos de un año quedara la aplicación del citado derecho suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014. Sin embargo, la realidad económica seguía siendo lo suficientemente compleja como para que, de nuevo, se suspendiera su aplicación hasta el 31 de diciembre de 2016.

Por lo tanto, el citado artículo ha estado vigente durante los años 2017 y 2018 (hasta el día 30 de diciembre) con una redacción muy criticada por su deficiente técnica.

Sin embargo, seguramente como consecuencia de la aplicación jurídica del citado artículo, la *Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad* modifica la redacción del artículo 348 bis ampliando sustancialmente el contenido del mismo.

¿Qué debe destacarse de la nueva redacción?

En primer lugar, se permite que los estatutos consideren la no aplicación de este derecho. Por lo tanto, deberá tenerse especial cuidado en el momento de la constitución si se desea, de inicio, no aplicarlo.

En esta misma línea, se podrá suprimir o modificar la causa de separación, en aquellas sociedades que la contemplen en sus estatutos, pero se requiere el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no vote a favor del acuerdo.

En segundo lugar el porcentaje de los beneficios que debe repartirse deberá ser de, al menos el 25%, si antes bien se indicaba al menos un tercio.

Pero, ¿qué base debe tomarse?.

La nueva redacción hace referencia a los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se haya obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Antes se hablaba de los beneficios propios de la explotación. Nos encontramos ante una modificación muy relevante pues, con la nueva redacción, el beneficio que servirá de base incorporará todos los conceptos con independencia de que se correspondan con la actividad de la sociedad (p.e. plusvalía generada por la venta de bienes inmuebles).

Asimismo, la nueva redacción abre una ventana de cinco años estableciendo, un computo global que puede impedir el reparto de dividendos puntualmente si durante ese plazo se han repartido dividendos que representen al menos el 25% del total de beneficios legalmente distribuibles generados en ese periodo.

En tercer lugar se regula el derecho de separación del socio de la sociedad dominante en el supuesto de que ésta esté obligada a formular cuentas consolidadas. En este caso la base de cálculo serán los resultados positivos atribuidos a la sociedad dominante. Deberán analizarse cuidadosamente los procesos de consolidación contable pues las cifras que pueden resultar en muchos casos serán significativas. Debe destacarse que el resultado positivo no es más que una magnitud contable, lo que puede implicar problemas de liquidez para la sociedad matriz si no realiza un análisis completo de sus necesidades de tesorería teniendo en cuenta la existencia de este derecho.

Por último, destacaremos que frente a la redacción anterior se han ampliado los supuestos de no aplicación del citado artículo. De esta forma no se aplicarán en los siguientes supuestos:

- a) Sociedades cotizadas o cuyas acciones se negocien en un sistema multilateral de negociación.
- b) Sociedades que se encuentren en concurso, o bien, con la cobertura de la legislación concursal, que hayan puesto en conocimiento del juzgado competente la iniciación de negociaciones ya sea para un acuerdo de refinanciación, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- c) Sociedades con acuerdos de financiación considerados irrevocables de conformidad con la legislación concursal.

d) Sociedades Anónimas Deportivas.

En este sentido la norma recoge situaciones que, por su propia naturaleza, requieren de todos los recursos financieros para atender a pagos de terceros consecuencia de situaciones de insolvencia, dando preferencia a los acreedores frente a los socios minoritarios.

De esta forma el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital queda más ampliamente regulado y dará mucho juego a las partes afectadas pues, con toda seguridad, su aplicación obligará a la necesaria revisión de alguno de los conceptos empleados, al tiempo que se producirán situaciones financieras que requerirán de una precisa planificación para evitar situaciones conflictivas con los socios minoritarios.

José María Costa Bosch
Socio