

SOBRE LA APLICACIÓN DEL ART. 348 BIS EN LA CRISIS DEL CORONAVIRUS

Francisco José Gallo Masero
Abogado, miembro de la AEDAF

Vivimos tiempos convulsos, de eso no cabe la menor duda, pero el futuro una vez se supere la actual crisis sanitaria, no lo será menos desde un punto de vista económico con las repercusiones jurídicas que ello conllevará. Ya lo decía el malogrado Luis Eduardo Aute “*Después de la noche, vendrá la noche más larga.*”. La sombra de los concursos es alargada, el cierre de empresas con el consiguiente aumento de la tasa de paro es más que una certeza, como así reconocen las previsiones, nada halagüeñas, del FMI que prevén que nuestra economía se desplomará un 8% este año y que el paro se disparará hasta el 20,8%, previsión que de cumplirse (nunca he deseado tanto que el citado organismo yerre en sus previsiones) sería la mayor caída anual desde la Guerra Civil, muy cerca de la registrada en 1945, en plena autarquía.

En este incierto escenario, la liquidez será la clave, el Santo Grial para las empresas que marcará esa delgada línea entre la supervivencia y éxito de las mismas o su extinción irremediable. En consecuencia la política de dividendo de las empresas se verá, no podrá ser de otra forma, mediatizada por reservas, flujos de caja y capitalizaciones. Políticas conservadoras en materia de dividendos que han sido incluso recomendadas por el propio Banco Central Europeo (Recomendación del Banco Central Europeo de 17 de enero de 2020 sobre las políticas de reparto de dividendos (BCE/2020/1¹) y que ya que han sido aceptadas y aplicadas por algunas de las mayores empresas de nuestro país.

Y en este contexto, nos encontramos con el “polémico” artículo 348 bis de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y, el cual, ha sufrido numeroso vaivenes desde su publicación. En efecto, el mencionado artículo, que regula el derecho de separación del socio si la sociedad no reparte un mínimo de dividendos, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (Ley 25/2011); se suspendió su aplicación el 24 de junio de 2012 (Ley 1/2012, de 22 de junio); se prorrogó esta suspensión hasta el 31 de diciembre de 2016 (DF 1 RDL

¹ Diario oficial de la Unión Europea. 29.1.2020. C/30.1

11/2014), y finalmente ha vuelto a entrar en vigor el 1 de enero de 2017 y, no son pocos los autores y operadores jurídicos que están solicitando una nueva suspensión como consecuencia de la actual crisis. Algo así como la parte contratante de la primera parte.

El origen del presente artículo se encuentra en la enmienda 21 del Grupo Parlamentario del Partido Popular introducida en la tramitación parlamentaria de 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 bajo la siguiente justificación:

“El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo ese derecho. La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio. De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión «beneficios propios de la explotación» del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital.²”

Justificación la anterior, que dio origen al nacimiento del artículo mencionado y que abrió la “caja de pandora” por las innumerables dudas e imprecisiones que su aplicación

² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 30 de mayo de 2011. Núm.111-11

conllevaba, ocasionada, en gran medida, por la mala técnica legislativa empleada por el legislador, y a las cuales no voy a referirme por no ser objeto de las presentes notas.

Lo cierto e indudable, es que desde el uno de enero de dos mil diecisiete el precepto esta en vigor según la redacción dada por 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, y la Ley de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, **y cuya aplicación no se ha visto afectado por el artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, ni en la redacción originaria, ni en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.**

Y digo lo anterior, porque la única referencia a un posible ejercicio del derecho de separación, se encuentra en el punto 8 del citado artículo 40 que textualmente indica:

“Aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden.”

Punto que entiendo no será de aplicación, al artículo 348 bis, y ello, porque si bien es cierto que de una primera lectura del citado punto, el mismo no discrimina entre ninguna de las causas de derecho de separación, ya sean las de carácter general establecida en los artículos 346 a 348 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ni la de carácter especial regulada en el artículo 348 bis), nos llevaría a pensar que donde no distingue el legislador, no le es dado al intérprete distinguir y en consecuencia concluir que le es igualmente de aplicación. Pero lo cierto es, que esta suspensión en el derecho de separación establecido por el estado de alarma, está limitado en su ejercicio al plazo de duración del mismo, y es cuanto menos difícil que se cumplan los presupuestos de hecho exigidos por el precepto dentro de dicho plazo.

En efecto, debemos recordar que para poder ejercer el derecho de separación del artículo 348 bis, debe producirse una premisa fundamental cual es, que la Junta General no acordarse una distribución de dividendos dentro de los parámetros establecidos en el mismo, y ello conlleva que debe haberse procedido, no solo a la formulación de las cuentas por el órgano de administración, sino igualmente haberse celebrado la Junta

General, cumplimiento de ambas premisas que entendemos no se habrán materializado en la inmensa mayoría, por no decir en su totalidad, de las sociedades al momento de declararse el estado de alarma.

Por lo tanto y, dado que la formulación de las cuentas ha quedado suspendida por el artículo 40 del RDL 11/2020 hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha, lo cierto y verdad es que el ejercicio de separación en base al artículo que comentamos, en todo caso, se ejercerá con posterioridad a la finalización del mismo, con lo cual no se le será de aplicación, en la práctica, la suspensión del artículo 40 del citado RDL.

Solo encuentro un supuesto al que podría ser de aplicación el citado artículo 40 al art. 348 bis, y sería aquel supuesto de que con anterioridad a la declaración del estado de alarma se hubiese ya celebrado la Junta General Ordinaria y, el plazo de un mes que el socio posee para el ejercicio de separación, se haya visto afectado por la declaración del estado de alarma, en cuyo caso, se suspende su ejercicio por mor del citado artículo. Fuera de ese caso concreto no vislumbro otro.

Pero echemos la vista hacia delante, una vez se alce el estado de alarma y se celebren las Juntas Generales, nos tendremos que enfrentar a dos preguntas fundamentalmente: ¿Podrá el socio ejercer su derecho de separación si la Junta General no acuerda el dividendo de al menos el 25% de los beneficios obtenidos en el ejercicio anterior y que sean legalmente distribuible aun en la situación de crisis actual? ¿Podrá oponerse la sociedad alegando la necesidad de reforzar sus fondos propios como consecuencia de la situación de crisis provocada por la pandemia? Interrogantes los anteriores a los que intentare dar mi punto de vista.

En cuanto a la primera de las interrogantes indicar que nada en el precepto, salvo disposición contraria de los estatutos, posibilita la desactivación del mismo, por el contrario de su lectura se desprende un automatismo, sin consideración a otras cuestiones, como podría ser el interés social.

La norma comentada se creó, según su propia justificación, como un mecanismo de garantía de los socios minoritarios, evitando así la conflictividad judicial, pero olvidó que esa garantía concedida, podría, en algunos casos, convertirse precisamente en un abuso por parte de a quien se le había concedido. Baste mencionar aquellos supuestos

en que esa “minoría” suponga un porcentaje de un 49%, y de no acordarse la distribución de dividendo, o acordarse una distribución inferior a la marcada por la norma, dicho socio podría ejercer su derecho de separación con el perjuicio económico y financiero que podría causársele a la sociedad. Circunstancia la anterior que el propio legislador detectó y puso de manifiesto en la exposición de motivos de la proposición de ley para modificar el artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital que textualmente indicaba: “ **La intención del artículo de evitar un abuso de los socios mayoritarios puede originar la situación inversa, en la que los minoritarios pueden utilizar este derecho de separación de forma abusiva, controlando la decisión sobre el reparto de dividendos en la sociedad**”³

Partiendo de lo anterior, y sin perder de vista lo dicho, hemos de entrar en la segunda de las cuestiones ¿Qué puede hacer la sociedad ante la solicitud del socio cuando es consciente que tanto la decisión del reparto de dividendo como el abono del valor razonable de su participación en la sociedad puede crear dificultades financieras? Partamos de la base que ante un desafío nuevo como el presente, no podemos aplicar los mismos remedios y, espero que cuando nuestros Tribunales tengan que pronunciarse sobre muchas de las innumerables cuestiones que en este momento todos tenemos sobre la mesa de nuestros despacho, tenga muy presente nuestro Código Civil cuando indica que “**Las normas se interpretarán** según el sentido propio de sus palabras, en **relación con el contexto**, los antecedentes históricos y legislativos y **la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas**, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Pero mientras ese momento llega, y siempre con mi inmensa duda, por no decir escepticismo, de que efectivamente los tribunales sean sensibles a las decisiones tomadas acorde a los tiempos en que vivimos, el día a día demanda decisiones y posibles soluciones a lo que nos encontraremos a la vuelta de la esquina.

Como punto de partida hemos de recordar que la Junta General es el único órgano competente para decidir el reparto de los beneficios existentes, en tal sentido el artículo 273 LSC establece claramente que “*La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado*” y una vez acordado en su caso la distribución de dividendo por dicho órgano, entra en juego el artículo 93 del

³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 1 de diciembre de 2011. Núm.184-1

mismo cuerpo legal, que se configura como un derecho abstracto al dividendo, no existiendo por parte del socio derecho alguno a apropiarse del resultado sin el previo acuerdo de la Junta. O en palabras de nuestro Tribunal Supremo "*..... no puede hablarse de un derecho del socio "al dividendo", es decir, a que se le entregue su parte alícuota del beneficio obtenido, sino merced al acuerdo de la junta general que decida el reparto del mismo, pues es éste el que hace surgir el correspondiente derecho de crédito contra la sociedad.*"(STS de 30-11-1971 y la del 30-1-2002).

Asimismo, no debemos olvidar que **el socio tiene un deber de lealtad con la propia sociedad** como parámetro de su conducta, que es una clara manifestación no solo del principio de buena fe consagrado en nuestro Código Civil, sino igualmente en el concepto de interés social que se manifiestan en los artículos 190, 196 y 204 LSC. Principios estos que deben coordinarse con el art. 217 LSC, que aunque referido a los Administradores, establece que se debe "*promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad*", lo que implica que **el legítimo interés del socio a obtener lucro a través del dividendo debe estar subordinado a este interés de mantenimiento de la empresa**, por lo que si la falta de reparto de dividendos está justificada y el ejercicio del derecho de separación compromete esa sostenibilidad, la sociedad puede alegar el abuso de ese derecho, entiendo que en las circunstancias actuales, siempre que esté debidamente acreditada, justificada y documentada la negativa al reparto de dividendo a fin de capitalizar la sociedad o cubrir reservas voluntarias para hacer frente al fortalecimiento de la misma, podrían servirnos como argumentos a esgrimir como motivo de oposición.

Soy consciente que el precepto comentado no exceptúa causa alguna para el ejercicio de separación, salvo que el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivalga, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo, y así lo apunta numerosos autores, pudiendo citar a Isaac Ibáñez García que manifestó: "*La nueva norma que aquí se cuestiona está huérfana de medida alguna de cautela que tenga en cuenta la situación económico-patrimonial de la sociedad en el momento en que haya de adoptarse el acuerdo de distribución de resultados. Desconoce la norma que no es lo mismo la situación de la sociedad en cuanto a resultados que su situación financiera. Es posible, máxime en una situación de grave crisis económica como la actual, que la cuenta de pérdidas y ganancias de una sociedad arroje resultado positivo y que, sin embargo, no tenga*

liquidez o tenga un alto endeudamiento. De hecho, la realidad demuestra que por problemas de liquidez las empresas puedan verse avocadas a instar la declaración de concurso de acreedores, aunque hayan obtenido resultados positivos⁴

Sé igualmente que la vía es difícil, pero no imposible, comparto que el art. 348 bis LSC sea una norma protectora de los socios minoritarios y que por tanto tutele el derecho del socio minoritario a un reparto mínimo de beneficios, pero la doctrina del abuso de derecho sigue siendo aplicable a los acuerdos sobre aplicación del resultado y no ha quedado derogada por la citada norma.

Pero insisto, estamos ante un nuevo escenario totalmente desconocido, y al menos tendremos que aplicar nuevos, o no tan nuevos diría yo, argumentos como base de nuestra defensa o como dijo el Eclesiastés que “no hay nada nuevo bajo el sol” y que “todo lo que habrá de ser ya fue y cuanto ya fue será”.

Dejando al margen citas bíblicas y a mayor abundamiento del argumento anterior, lo encontramos en el propio legislador el cual en la Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital que mencionamos anteriormente, alegaba como una causa para su modificación **las dificultades financieras que el ejercicio del derecho referido podría ocasionar en las sociedades afectadas, generando descapitalización empresarial al obstaculizar la reinversión de los beneficios o en las dificultades para obtener financiación empresarial ante la existencia de contratos en los que se incluye limitaciones al reparto de dividendos.**

Sin perjuicio de todo lo anterior, habremos también de plantear formas más imaginativas, o mejor dicho menos usuales, en la política de dividendos desde un punto de vista jurídico con la vista puesta siempre de evitar a toda costa la falta de liquidez de las empresas ante la exigencia del socio del pago del dividendo y en tal sentido apunto alguno de los mecanismos que estimo podrían ser de aplicación, a fin de mitigar en lo posible un posible perjuicio a la sociedad por el ejercicio del art. 348 bis., así:

- a) En primer lugar, recordemos que el artículo 276 LSC, establece que en el acuerdo de distribución de dividendos la junta general determinará el **momento y la forma del pago**, añadiendo dicho precepto que a falta de determinación, el

⁴ Sobre del derecho obligatorio al dividendo ¡Qué Barbaridad! Blog “Hayderecho”. 27 de julio de 2011

dividendo será pagadero a partir del día siguiente al del acuerdo y, estableciéndose en todo caso un plazo máximo para el abono completo de los dividendos de doce meses a partir de la fecha del acuerdo de la junta general para su distribución.

Precepto el anteriormente indicado que no ha sido modificado por el 348 bis y, en consecuencia para evitar los problemas de liquidez inmediata, permite acordar el aplazamiento de pago del dividendo, y para el cual solo será necesario mayoría ordinaria.

Soy consciente que ese aplazamiento como ya anuncié antes está limitado por mor del precepto a doce meses desde la fecha del acuerdo, pero al menos para mí, y en los tiempos que corren, doce meses con la posibilidad en consecuencia de diferir el pago a ejercicios diferentes es cuanto menos para tomarlo en consideración. Igualmente esta decisión de aplazamiento, habrá que coordinarse, y ahí entra nuestra labor como asesores, adecuadamente con los plazos de formulación de cuentas y celebración de juntas generales establecidos por el artículo 40 del RDL 11/2020 a fin de en aquellas sociedades que sepamos existen socios donde harán uso del derecho del art. 348 bis sacar el máximo rendimiento al plazo máximo de abono de los dividendos. Veámoslo con un ejemplo:

Supongamos que el estado de alarma se levante el día 15 de mayo de 2020. En este caso el órgano de administración dispone de tres meses para formular las cuentas (punto 3 del art. 40 del RDL) es decir hasta el 15 de agosto. A partir de esa fecha la junta general ordinaria para aprobar las cuentas del ejercicio anterior se reunirá necesariamente dentro de los tres meses siguientes a contar desde que finalice el plazo para formularlas, en nuestro caso hasta el 15 de noviembre del mismo año. Acogiéndose la Junta General al plazo máximo para el pago del dividendo (doce meses desde el acuerdo) dicho dividendo debería pagarse el 15 de noviembre de 2021.

Lo anterior no es que soluciones todos los males, pero al menos habrá que plantearse el uso de tal posibilidad para evitar falta de liquidez aunque sea transitoriamente.

- b) En segundo lugar, el artículo 348 bis no solo no hace referencia alguna a la su naturaleza del dividendo, dinerario o en especie, de manera que entiendo no existe obstáculo alguno que obligue a la sociedad a entregar a sus socios exclusivamente dividendos en términos dinerarios, como suele ser lo más frecuente en la práctica societaria. Por tanto, puede plantearse el **reparto de dividendos no monetarios o en especie**, así como otro tipo de distribuciones a socios como podría ser el caso de los conocidos como “scrip dividends” o dividendos electivos, primas de emisión, entrega de acciones de la propia sociedad o de su matriz, por ejemplo, la sociedad podría alegar que ha cumplido con la previsión del precepto analizado, siempre y cuando el volumen de los activos repartidos sea, al menos, equivalente, al 25% de los beneficios exigidos.

Como conclusión indicar que las presentes reflexiones son solo fruto de buscar soluciones a los posibles problemas que podamos encontrarnos, lógicamente lo deseable, al menos desde mi punto de vista es que el legislador procediese a la suspensión, tiene experiencia ya en ello, del art. 348 bis amparándose en la situación de crisis actual, pero lo cierto es que hasta la fecha el mismo no ha dado respuesta alguna a este problema pero ya saben, como decía Groucho Marx “ *La política es el arte de buscar problemas, encontrarlos, hacer un diagnóstico falso y aplicar después los remedios equivocados.*”

La reproducción, copia, uso, distribución, comercialización, comunicación pública o cualquier otra actividad que se pueda realizar con el contenido de este documento, incluida su publicación en redes sociales, queda condicionada a previa autorización de la AEDAF.