



Abogado. Socio de ETL Global ADD y profesor asociado de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona



El pasado 29 de diciembre de 2018 se publicó en el BOE la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que, entre otras cuestiones, modificaba el controvertido y polémico art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante «LSC») que regula el derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos.

El art. 348 bis de la LSC nació con el objetivo de proteger a los socios minoritarios de las situaciones de abuso de la mayoría consistentes en impedir a estos participar en los beneficios que obtiene la sociedad por medio de la falta de reparto de los correspondientes dividendos; mientras que en la práctica los socios mayoritarios suelen disponer de otros medios para rentabilizar su

# Reforma necesaria del controvertido art. 348 bis de la LSC

inversión en la sociedad (retribuciones de administradores, contratos, etc). No obstante, tal loable objetivo, tras dos años de aplicación (más el periodo comprendido entre los años 2011 y 2012) ha demostrado que con la redacción originaria se ha facilitado en repetidas ocasiones que se produzca un abuso de la minoría ante el tenor literal del derecho de separación regulado, desembocado en el ejercicio del derecho de separación por falta de reparto de dividendos, aun en supuestos claramente abusivos y desleales.

La reforma se articula sobre dos aspectos fundamentales que son:

## Régimen voluntario para desactivar el derecho de separación

La principal novedad de la reforma radica en la posibilidad de que los socios dispongan sobre el régimen regulado en el art. 348 bis de la LSC. Esto es, a diferencia del régimen anterior, donde se entendía que el régimen resultaba imperativo y no disponible para los socios, ahora, tras la reforma, está expresamente permitido un pacto estatutario y/o extraestatutario vía pacto parasocial que elimine dicho régimen y/o lo regule. La

implementación de dicho pacto entre los socios que derogue o modifique el régimen legal requerirá de la unanimidad de todos los socios, salvo que se establezca un derecho de separación para el socio que hubiera votado en contra.

## Novedades técnico-jurídicas

(i) Se resuelven las dudas interpretativas al presupuesto temporal de aplicación. Ciertamente se debe aplaudir la sustitución del «a partir del quinto ejercicio» por el actual «transcurrido el quinto ejercicio».

(ii) Se incorpora como requisito la necesidad de protesta del socio minoritario que deberá constar transcrita al acta de la junta general, lo cual resulta acorde con la doctrina de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015.

(iii) Se reduce el porcentaje mínimo de reparto para desactivar la causa legal de separación que pasa de un tercio a un 25%.

(iv) Se modifica la base de reparto, que pasa de los «beneficios propios de la explotación del objeto social» por la de los «beneficios» que fuesen «legalmente distribuibles». Se ha eli-

minado la referencia a un concepto no contable y se ha modificado por un concepto contable «beneficios legalmente distribuibles», que incluirán los ingresos extraordinarios del ejercicio.

(v) Se introduce la exigencia de que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores y se excluye el derecho de separación si en los últimos cinco años se ha repartido de promedio el 25% de los beneficios legalmente distribuibles obtenidos durante dicho periodo. La reforma evita un análisis distorsionado y aislado de la marcha de la sociedad.

(vi) Se aclara que el ejercicio del derecho de separación no impide que el socio acuda a otras medidas alternativas legales de protección.

(vii) Se reconoce un derecho de separación para el socio minoritario de la sociedad dominante de un grupo de sociedades. El legislador, consciente que el socio minoritario de una sociedad holding puede quedar desprotegido cuando no se repatrien beneficios a la sociedad dominante y por lo tanto ésta no genere beneficios legalmente distribuibles, incorpora dicho derecho de separación en la dominante cuando

la junta de dicha sociedad no acuerda la distribución de un 25% de los resultados positivos consolidados atribuibles a la dominante, siempre que sean legalmente distribuibles y no se hayan obtenido resultados positivos consolidados atribuibles a la dominante durante los tres ejercicios anteriores.

(viii) Se amplían los supuestos de exclusión del derecho de separación, hasta ahora reservado a las sociedades cotizadas a otros supuestos (sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación, sociedades declaradas en concurso de acreedores o que se hayan acogido a alguno de los de los institutos pre concursales o las sociedades anónimas deportivas).

## Conclusiones

La reforma debe valorarse positivamente, si bien se echa en falta una causa expresa de exclusión del derecho de separación cuando el reparto pueda comprometer en el corto y medio plazo tanto la solvencia como la viabilidad de la sociedad a causa del incumplimiento de obligaciones con terceros o por tensiones de tesorería.