

TRANSACCIONES ENERO 2018

Proposición de Ley de 1 de diciembre de 2017 para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital

Por Josep Enrich

Hace aproximadamente un año, el 1 de enero de 2017, entró de nuevo en vigor el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "LSC"), cuya aplicación había estado suspendida desde el 2 de octubre de 2011 debido a la delicada situación económica que atravesaba el país en aquel momento, siendo consciente el Legislador de la imposibilidad de la aplicación de un precepto legal con tales efectos económicos y financieros en dicho contexto.

El artículo 348 bis LSC trató de solucionar o reducir el conflicto entre socios mayoritarios y minoritarios en cuanto al reparto de dividendos, buscando erradicar las prácticas abusivas por parte de socios mayoritarios al negar de forma sistemática tal derecho con el claro perjuicio económico que ello supone al socio minoritario, cuya pretensión no es otra que la de rentabilizar su cuota de participación en la Sociedad, participando en los beneficios de ésta.

1. El actual artículo 348 bis y sus defectos

El artículo incluyó la posibilidad de que a partir del quinto año desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, si la Junta General no acordaba la distribución de dividendos de, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior, el socio o socios que votaran a favor de dicho reparto tendrían reconocido el Derecho de Separación en el plazo de un mes, del mismo modo al establecido en el artículo 346 y siguientes de la LSC (Derecho de Separación).

Si bien es cierto que, en algunos casos, la entrada en vigor del citado artículo tuvo efectos disuasorios en las actuaciones abusivas por parte de algunos socios mayoritarios, en la práctica ello ha supuesto un claro conflicto de intereses, advirtiendo el alto riesgo que puede tener la vigencia del actual contenido de dicho precepto legal para la continuidad y estabilidad económica de la mayoría de sociedades. El principal problema práctico de dicho precepto proviene de la falta de tesorería de las Sociedades para repartir dividendos, más aun estando la mayor parte del tejido industrial español compuesto por pequeñas y medianas empresas cuya capacidad económica es limitada; y el daño financiero que supone la disminución de capital que conlleva el ejercicio del Derecho de Separación por parte del socio, con efectos devastadores en las Sociedades, pudiendo llegar a abocar a las mismas a la declaración del Concurso de Acreedores.

2. Propuesta de modificación del artículo 348 bis

Desde la entrada en vigor de nuevo del artículo 348 bis, se han presentado dos propuestas de modificación, la primera en abril de 2017 por el Grupo Parlamentario de ERC "con el fin de evitar el incremento de litigios debido a la poca claridad del artículo" y la segunda en diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Popular con la voluntad de "encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la legítima aspiración de los accionistas a participar de los beneficios cuando ello sea razonable", habiendo sido publicada esta última en fecha 1 de diciembre de 2017 en el diario de la Cámara.

Dicho equilibrio se persigue por medio de las siguientes modificaciones:

- Se condiciona la aplicación del Derecho de Separación a la ausencia de disposiciones estatutarias que dispongan lo contrario, de forma que pasa a ser una materia dispositiva por medio de los Estatutos Sociales. Conviene matizar que, tratándose de la supresión del Derecho de Separación, debería aprobarse por unanimidad, de acuerdo con el artículo 347.2 LSC, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

TRANSACTIONS JANUARY 2018

Draft Bill of 1 December 2017 for amending section 348 bis of the Spanish Companies Act

By Josep Enrich

About a year ago, on 1 January 2017, section 348 bis of the Capital Companies Act (hereinafter referred to as "LSC") became effective again, whose application had been on hold since 2 October 2011 due to the delicate economic situation that the country was then undergoing, the Legislator being aware of the impossibility to apply a legal precept with such economic and financial effects in such context.

Section 348 bis LSC attempted to solve or reduce the conflict between controlling and non-controlling members as regards dividend distribution seeking to eradicate the abusive practice by controlling members when systematically denying such right with the evident economic damage that such denial implies to non-controlling members, whose claim is no other than making their share in the Company profitable by sharing the profits thereof.

1. The current section 348 bis and its defects

Section 348 bis provided for the possibility that as of the fifth financial year counted from the registration of the company with the Companies Registry, if the General Meeting did not agree the dividend distribution of, at least, a third of the profits from the corporate purpose operation during the previous year, the member or members that may vote in favour of such distribution would be vested with the Right of Withdrawal within a term of one month, in the same manner as provided for in section 346 et seq. of the LSC (Right of Withdrawal).

Although it is true that in some cases the entry into force of such section had dissuasive effects on abusive actions by some controlling members, in practice, this has entailed a clear conflict of interests, thus the high risk that the validity of the current content of such legal precept may have for the continuity and economic stability of the majority of companies, becoming evident. The main practical problem of such precept arises from the lack of cash flow of companies to distribute dividends, particularly because the main part of the Spanish industrial network consists of small and medium-sized businesses, whose economic capacity is limited; and the financial damage accrued from the capital reduction that implies the exercise of the Right of Withdrawal by members, with devastating effects in companies, which may even be forced to petition the declaration of commercial bankruptcy.

2. Proposal to amend section 348 bis

Since the entry into force again of section 348 bis, two amendment proposals have been filed, the first one in April 2017 by the ERC Backbench "in order to prevent the increasing litigation because the section is unclear" and the second one in December 2017 by Partido Popular Backbench with the aim of "finding balance between financial sustainability of the company and the legitimate aspiration of shareholders to share profits, whenever reasonable", the latter being published on 1 December 2017 in the Chamber journal.

Such balance is sought by means of the following amendments:

- The application of the Right of Withdrawal is conditional on the absence of by-laws provisions that may provide for otherwise, so that it becomes an operative issue under the Bylaws. We should qualify, however, that as we are dealing with the removal of the Right of Withdrawal, it should be approved unanimously pursuant to section 347.2 LSC, unless the Right of Withdrawal is recognised to such members that have not voted in favour of such resolution.

- Frente al requisito de un solo ejercicio sin repartir dividendos, la modificación exige un período de tres años sin repartir dividendos. Con ello ahora se exigirían tres años seguidos de beneficios para poder invocar el Derecho de Separación por falta de reparto de dividendos, reiniciando el cómputo de dicho plazo en caso de cerrar el ejercicio con pérdidas.
- Se reduce de un tercio a un cuarto el porcentaje mínimo de beneficios que deben ser repartidos, así como también permite cumplir con dicho porcentaje mediante una media ponderada de los cinco últimos ejercicios, permitiendo un reparto de beneficios menor en aquellos ejercicios en que se requiera la reinversión de los mismos.
- Se suprime la referencia "*beneficios propios de la explotación del objeto social*" en tanto acarrea una determinación excesivamente compleja al ser una definición poco concreta, con la inseguridad jurídica que ello conlleva.
- La expresión "*a partir del quinto ejercicio*" es sustituida por "*transcurrido el quinto ejercicio*" con el objetivo de suprimir la posible malinterpretación que puede suponer la versión vigente, que podría dar a entender como ejercitable el Derecho de Separación al comienzo del quinto ejercicio desde la constitución de la sociedad respecto al resultado del cuarto ejercicio.
- Frente a la exclusión subjetiva de las sociedades cotizadas ya incluida en el artículo en vigor, la propuesta de modificación amplía la misma a sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación, como podría ser, por ejemplo, el Mercado Alternativo Bursátil.
- Por último, se excluye expresamente a las sociedades en concurso o que hayan comunicado al juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- In view of the requirement of one sole financial year without distributing dividends, the amendment requires a three-year term without distributing dividends. Therefore, now three uninterrupted years would be required to be able to resort to the Right of Withdrawal due to non-dividend distribution, the calculation of such term being restarted in the event the year is closed with a loss.
- The minimum percentage of profits to be distributed is reduced from one third to one fourth, and also allows to meet such percentage by means of a weighted average of the last five years, thus allowing a lower profit distribution in such years in which the reinvestment thereof is required.
- The reference "*profits from the corporate purpose operation*" is deleted, since it implies an excessively complex determination because it is a too vague definition and thus creates legal uncertainty.
- The expression "*as of the fifth financial year*" is replaced with "*after the fifth financial year*" in order to remove any possible misinterpretation of the version in force, which could lead to consider the Right of Withdrawal as exercisable at the beginning of the fifth financial year as of the incorporation of the company in respect to the result of the fourth year.
- As regards the subjective exclusion of listed companies already included in the section in force, the amendment proposal extends it to such companies whose shares are listed for trading in a multilateral trading system, such as, for example, the Alternative Stock Market.
- Finally, bankrupted companies or such companies that may have communicated the competent court for petition of declaration of bankruptcy the initiation of negotiations to reach a refinancing agreement, obtain adhesions to an early proposal of arrangement or reach an out-of-court payment agreement, are expressly excluded.

3. Conclusión

La propuesta de modificación de 1 de diciembre de 2017 mantiene la protección al socio minoritario a la par que trata de eliminar el desequilibrio que conlleva la capacidad para actuar de forma abusiva que la redacción del artículo 348 bis concedió a los socios mayoritarios y el perjuicio que ello puede conllevar a la Sociedad.

Si bien es cierto que la capacidad de actuación del socio minoritario se vería limitada por el nuevo contenido del precepto legal, conviene recordar que la LSC ya dispone de un mecanismo de protección de los socios minoritarios frente a los abusos de la mayoría por medio de lo dispuesto por el artículo 204.1 párrafo segundo de la LSC que incluye como contrarios al interés social, y por tanto, susceptibles de impugnación, los acuerdos de la Junta General que se imponen de manera abusiva por la mayoría, entendiéndose como tal aquél acuerdo que "*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*".

Con ello, se protege a las sociedades de los daños irreparables que podría ocasionar la deliberada invocación del Derecho de Separación ante la falta de reparto de dividendos a la par que se protege el derecho de los minoritarios a participar en los beneficios de la sociedad.

3. Conclusion

The amendment proposal dated 1 December 2017 preserves the protection for non-controlling members and at the same time seeks to remove the unbalance resulting from the capacity to act abusively that the wording of section 348 bis granted to controlling members and the damage that this may imply for the company.

Although the capacity to act of non-controlling members would be limited by the new content of the legal precept, we must remind that the LSC has a protection mechanism for non-controlling members to abuses of the majority by means of that set forth in section 204.1 second paragraph of the LSC, which provides for as contrary to the company interest and therefore capable of being challenged, such resolutions of the General Meeting imposed abusively by the majority, which are considered as such resolutions that "*without meeting a reasonable requirement of the company, are adopted by the majority in their own interest and to the unjustified detriment of the other members*".

With such mechanism, companies are protected from the irreparable damages that the deliberated invocation of the Right of Withdrawal could cause in default of the dividend distribution and simultaneously the non-controlling members' right to share the profits of the company, is protected.

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal. Si tiene comentarios o preguntas relacionadas con el contenido de la presente Newsletter, le agradecemos contacte con nosotros por e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: www.bartolomebriones.com

Legal Newsletter is published for clients and friends of the firm. The published articles do not constitute a legal opinion. If you have any comments or questions regarding the content of this Newsletter, we would appreciate contact us by e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
For more information and articles, please see our website: www.bartolomebriones.com

©2017 Bartolome & Briones, SLP. Derechos Reservados



www.bartolomebriones.com / newsletter@bartolomebriones.com / 

BARCELONA: Balmes 243, 7º 08006 Barcelona. Tel. +34 93 292 20 20 barcelona@bartolomebriones.com

MADRID: Jorge Juan 30, 4º 28001 Madrid. Tel. +34 91 577 47 47 madrid@bartolomebriones.com