

La falta de reparto de dividendos reabre la puerta de salida al socio minoritario en las sociedades no cotizadas

Por Tania Otero

El artículo 348 Bis LSC que regula el derecho de separación del socio o accionista por falta de reparto de dividendos de una sociedad no cotizada ha vuelto a entrar en vigor el 1 de enero de 2017.

Dicho precepto se incorporó mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, generando gran polémica en el sector, ya que llegó en un momento de plena crisis económica cuando las empresas se enfrentaban con dificultades a la hora de repartir dividendos. Así dicha ley consagraba el derecho de separación en los casos de *oppression* como un derecho del socio a obtener dividendos que no dependería del acuerdo de la junta general y cuya vulneración debería ser compensada con un derecho de salida.

Ante el marco de crisis económica imperante en aquel entonces, el gobierno introdujo dos moratorias a la aplicación de este precepto, la primera hasta 2014 y la segunda, hasta el 31 de diciembre de 2016, entrando en vigor nuevamente dicho precepto el 1 de enero de 2017.

Vale la pena remarcar que la suspensión de dicho artículo ha de entenderse como una suspensión de naturaleza material, por tanto dicha suspensión no podrá tener ningún tipo de efecto retroactivo, protegiéndose los derechos adquiridos durante su suspensión.

“El artículo 348 Bis LSC permite el ejercicio del derecho de separación por parte del socio minoritario, que hubiere votado a favor de la distribución de beneficios sociales (...)”

El artículo 348 Bis LSC permite el ejercicio del derecho de separación por parte del socio minoritario, que hubiere votado a favor de la distribución de beneficios sociales de la explotación del objeto social en el acuerdo de aprobación del resultado del ejercicio, siempre que se cumplan además determinados requisitos:

- i. Que no se trate de una sociedad cotizada.
- ii. Que la sociedad lleve, como mínimo, 5 años inscrita en el Registro Mercantil, fecha que deberá computarse desde la fecha de inscripción y no desde la fecha de constitución de la sociedad. Por lo tanto, la decisión de su distribución deberá tomarse en el sexto ejercicio.
- iii. Que la junta general no hubiere acordado la distribución de dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior.
- iv. Que tales dividendos sean legalmente repartibles.
- v. Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta de aprobación de cuentas anuales y distribución de resultados.

Non-distribution of dividends reopens the exit door of non-controlling partners in unlisted companies

By Tania Otero

Article 348 Bis LSC regulating the resignation right of partners or shareholders due to non-distribution of dividends of an unlisted company has become effective again on 1 January 2017.

Such precept was incorporated by means of Act 25/2011, of 1 August, of partial reform of the Capital Companies Act, and from its very begging it raised controversies since it was adopted during the economic crisis when companies were dealing with difficulties in distributing dividends. Such Act established the resignation right in cases of *oppression* as a right of partners to obtain dividends, which would not depend on the general meeting's resolution and whose violation would be compensated with a resignation right.

In view of the prevailing economic crisis situation, the government introduced two moratoria in the application of such precept, the first one until 2014 and the second one until 31 December 2016, thus the act becoming finally in force again on 1 January 2017.

It is worth mentioning that the suspension of such article must be understood as a material suspension, i.e., such suspension may not have retroactive effects, thus protecting the rights acquired during the suspension.

“Article 348 Bis LSC allows such non-controlling partners who may have voted in favour of the distribution of the corporate profits (...)”

Article 348 Bis LSC allows such non-controlling partners who may have voted in favour of the distribution of the corporate profits from the operation of the corporate purpose in the resolution to approve the profit for the year, to exercise their resignation right, provided that certain requirements are also fulfilled:

- i. It is not a listed company.
- ii. The company has been, at least, 5 years registered with the Companies Registry, date that shall be calculated as of the registration date rather than the incorporation date of the company. Therefore, the decision of distribution shall be taken in the sixth year.
- iii. The general meeting has agreed upon the distribution of dividends of at least a third of the profits from the operation of the corporate purpose obtained during the previous year.
- iv. Such dividends are legally distributable.
- v. The right is exercised within a term of one month as of the date of the meeting to approve the annual accounts and the distribution of results.

Por lo tanto, el artículo 348 Bis LSC obliga a las empresas de más de 5 años de existencia a repartir los dividendos que sean legalmente posibles, de lo contrario el socio minoritario podría exigir a la sociedad la compra de sus participaciones, ejerciendo su derecho de separación.

Con respecto al ejercicio del derecho de separación, será de aplicación el procedimiento común de separación y exclusión de socios, en virtud del cual, el socio que ejerza su derecho de separación tendrá derecho a obtener el valor razonable de sus acciones o participaciones, en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amortizan. El “valor razonable” de las participaciones/acciones será determinado, a falta de acuerdo entre el socio y la sociedad sobre el valor de las mismas o sobre la persona que haya de valorarlas, por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social. En el plazo máximo de dos meses el experto independiente tendrá que emitir informe, el cual deberá ser notificado notarialmente a la sociedad y a los socios afectados. La retribución del experto independiente correrá a cargo de la sociedad. Posteriormente una vez transcurridos dos meses desde la recepción del informe de valoración, el socio afectado tendrá derecho a obtener en el domicilio social el valor razonable de sus participaciones/acciones.

“(…) el socio que ejerza su derecho de separación tendrá derecho a obtener el valor razonable de sus acciones o participaciones (…)”

El origen de este precepto era evitar que las mayorías de control de una sociedad impusieran una política de reparto cero de dividendos en la sociedad, dejando a los socios minoritarios en posición de desventaja, mientras que los socios mayoritarios obtenían rendimientos mediante otros réditos derivados de ocupar puestos como directivos o consejeros en la sociedad u otros contratos vinculados.

No obstante, hay que tener también en cuenta que dicho artículo podría perjudicar a sociedades que están atravesando dificultades financieras o de tesorería, permitiendo una descapitalización mediante el reparto de dividendos, el cual podría ir en contra del interés social en algunos casos y perjudicar a los acreedores de la sociedad en beneficio del reconocimiento de un derecho individual del socio a estos dividendos.

La LSC en su artículo 93, reconoce al socio el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales pero, a su vez, el artículo 273 LSC atribuye a la junta general la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado obtenido. Por lo tanto, el socio tiene un derecho abstracto al dividendo y solo una vez que la junta general ha aprobado su reparto nace el derecho concreto, como derecho de crédito del accionista a percibir una cantidad determinada.

Cabría plantearnos la cuestión de si el artículo 348 Bis LSC es un derecho renunciante, es decir, si cabría su supresión o modificación por vía estatutaria. Un sector de la doctrina, entiende que dicho derecho, como derecho de las minorías, es irrenunciable en abstracto, pues cualquier regulación del derecho de salida por causa de opresión debería ser imperativa. Sin embargo, otro sector, entiende que dicho derecho no puede consagrarse como un principio configurador de las sociedades de capital, pues no existe *oppression* en todos los acuerdos de reinversión de beneficios, estando algunos justificados por otras circunstancias económicas particulares de la sociedad. Por lo tanto, una supresión o modulación del derecho de separación del socio minoritario por vía estatutaria es una cuestión que genera cuanto menos, dudas en su aplicación práctica.

Como consecuencia, la resurrección del debatido artículo 348 Bis LSC ha generado un debate dentro del sector jurídico, algunos expertos aseguran que podría dar lugar a un incremento en la compra de participaciones minoritarias en sociedades cerradas, otros aseguran que incrementará los litigios entre el accionariado. Para poder analizar los efectos del mismo tendremos que esperar los resultados de las siguientes juntas de accionistas con la consecuente posibilidad de los accionistas minoritarios de reclamar el reparto de dividendos.

Therefore, article 348 Bis LSC obliges companies of more than 5 years of existence to distribute all legally possible dividends or otherwise the non-controlling partners could require the company the purchase of its stakes by exercising its resignation right.

In respect to the exercise of the resignation right, the common proceeding of resignation and exclusion of partners shall apply, whereby the partner exercising its resignation right shall be entitled to obtain the fair value of its shares or stakes as the price for the ones acquired by the company or as reimbursement of those amortized. The “fair value” of shares/stakes shall be determined, in the absence of agreement between the partners and the company on the value thereof or on the person to assess it, by an independent expert designated by the Companies Registrar of the registered offices of the company. Within a maximum term of two months, the independent expert shall issue a report, which shall be notified by notarial means to the company and the partners affected. Remuneration of the independent expert shall be borne by the company. Then, after two months as of the receipt of the assessment report, the affected partners shall be entitled to obtain at the registered offices the fair value of their shares/stakes.

“(…) the partner exercising its resignation right shall be entitled to obtain the fair value of its shares or stakes (…)”

The origin of this precept is to prevent the controlling majorities of a company from imposing a zero distribution of dividends policy in the company, thus disadvantaging the non-controlling partners while the controlling partners would obtain profits from other revenues resulting from holding positions as executives or directors in the company or other related contracts.

However, we must also take into account that such article could damage such companies undergoing financial or cash hardship when allowing a capital depletion under the distribution of dividends, which could contravene the company interest in some cases and damage the company creditors in the benefit of recognizing an individual right of partners to such dividends.

Article 93 of the LSC recognises the right to share the company profits but also article 273 LSC assigns the general meeting the authority to decide on the distribution of the result obtained. Consequently, partners have an abstract right to dividends and only upon the general meeting approving their distribution, the specific right arises as a credit right of partners to receive a specified amount.

We should think about whether article 348 Bis LSC is a waivable right or not, i.e., if such right could be removed or modified under the by-laws. A segment of the doctrine understands that such right, as a right of minorities, cannot be abstractly waived, since any regulation of the right to leave the company due to oppression should be imperative. However, another segment understands that such right cannot be established as a foundation principle of capital companies, since there is no oppression in all resolutions to reinvest profits, but some of them are however justified by other particular economic circumstances of the company. Consequently, the removal or modulation of the resignation right of non-controlling partners under the by-laws is an issue that raises, at least, doubts about its practical application.

As a consequence thereof, resurrection of the disputed article 348 Bis LSC has raised discussions within the legal sector, some experts arguing that it could lead to an increase in the purchase of non-controlling stakes in unlisted companies and others that litigation between partners would be aggravated. To be able to analyse these effects, we will have to wait for the results of the next general shareholders’ meetings with the consequent possibility that non-controlling shareholders may claim the distribution of dividends.

Cláusulas abusivas en contratos entre empresarios o profesionales

Por Florencia Arrébola

Recientemente varias sentencias han aclarado una cuestión que había sido hasta ahora resuelta de forma diversa, lo cual creaba inseguridad jurídica relativa a si podía aplicarse el control de transparencia a los contratos suscritos por empresarios o profesionales. Finalmente ha quedado determinado que dicho control, solo resulta aplicable a los contratos suscritos con consumidores, así para declarar la nulidad de una cláusula firmada con empresarios o profesionales deberá someterse al control de incorporación de las condiciones generales de contratación.

Por un lado, el Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 3 de junio de 2016, desarrolla la doctrina general sobre el control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con empresarios o profesionales. Así, para determinar la existencia de un abuso contractual en la contratación con empresarios o profesionales deberá acudirse a los principios de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones. El requisito de la buena fe contractual como forma de determinar la abusividad de una cláusula entre empresarios o profesionales, tiene su base en los artículos 1258 Código Civil y 57 del Código de Comercio, los cuales establecen que deben entenderse contrarias a la buena fe aquellas condiciones que supongan un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que de forma oculta modifican el contenido del contrato que el adherente hubiere podido suponer atendiendo a la naturaleza y funcionalidad del mismo.

Además, el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, aclara que el control de incorporación de las condiciones generales de contratación se extiende a cualquier cláusula contractual, con independencia de que el adherente sea consumidor o empresario. En virtud de ese control, la redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

“El requisito de la buena fe contractual como forma de determinar la abusividad de una cláusula (...)”

Adicionalmente el control destinado a evaluar la comprensión gramatical y preceptibilidad o legibilidad de la cláusula en cuestión, en virtud de los artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, resultan también aplicables tanto a la contratación con consumidores como con empresarios o profesionales.

Por otro lado, a diferencia de los controles mencionados anteriormente, el TS aclara que el control de abusividad debe quedar limitado a la contratación con consumidores, ya que dicho control va un paso más allá, exigiendo que las cláusulas “no impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que pueda pasar inadvertida al adherente medio”. Se trata de que el adherente conozca la carga jurídica y económica de la cláusula. Esta falta de transparencia podría comportar la abusividad de la cláusula por privar al consumidor de la posibilidad de comparar entre las ofertas del mercado y por evitar hacerse de una representación real del impacto económico que supone una cláusula.

Dicho control se limita a los contratos celebrados con consumidores, y no a los empresarios o profesionales, a los que solo resulta aplicable el control de incorporación ordinario de claridad gramatical y legibilidad. El TS sostiene que la aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tenga la cualidad legal de consumidor.

Unfair terms in contracts between entrepreneurs or professionals

By Florencia Arrébola

Several judgments have recently clarified an issue that had been differently resolved up to date and which created legal uncertainty on whether the transparency control could be applied to contracts entered into by entrepreneurs or professionals. Finally, it has been established that such control is only applicable to contracts entered into with consumers and that the nullity declaration of a clause signed with entrepreneurs or professionals shall be subject to the incorporation control of general terms of contracting.

On the one side, the Supreme Court (TS) in its Judgment dated 3 June 2016 develops the general doctrine on the control of the general contracting terms in contracts entered into with entrepreneurs or professionals. Then, to determine the existence of any unfair term in contracts with entrepreneurs or professionals, we shall resort to the principles of good faith and fair balance of provisions. The requirement of the contractual good faith as a way to determine the unfair nature of a clause between entrepreneurs or professionals is founded on articles 1258 of the Civil Code and 57 of the Code of Commerce, which establish that such terms implying an unbalance of the contractual position of the adhering party must be considered contrary to law, i.e., such clauses that covertly modify the contents of the contract which the adhering party could have implied considering the nature and functionality thereof.

Moreover, the TS in its judgment of 9 May 2013, clarifies that the incorporation control of general terms of contracting encompasses any contractual clause, regardless of whether the adhering party is the consumer or the entrepreneur. Under such control, the wording of clauses must adjust to criteria of transparency, clarity, accuracy and simplicity.

“The requirement of the contractual good faith as a way to determine the unfair nature of a clause (...)”

Additionally, the control aimed at evaluating the grammatical understanding and perceptibility or legibility of the clause in question under articles 5.5 and 7 of the Act on General Terms of Contracting, is also applicable both to contracting with consumers and with entrepreneurs or professionals.

On the other side, contrary to the aforementioned controls, the TS clarifies that the control of unfair terms must be limited to contracting with consumers, since such control goes a step further when requiring that clauses “must not unexpectedly imply an alteration of the purpose of the contract or the economic balance on the price and the provision may pass unnoticed by the average adhering party”. The adhering party must know the legal and economic charge of the clause. This lack of transparency could imply the unfairness of the clause to the extent it prevents the consumer from comparing between the market offers and avoids a real representation of the economic impact implied by a clause.

Such control is limited to contracts entered into with consumers and not entrepreneurs or professionals, which are only applicable the control of ordinary incorporation of grammatical clarity and legibility. The TS upholds that the approach between transparency and unfairness is the one that prevents the transparency control in contracts where the adhering party is not the consumer in legal terms.

Valdría la pena recordar las circunstancias que pueden dar lugar a que un tribunal considere que ha existido falta de transparencia en una cláusula:

- i. Falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del contrato.
- ii. Se insertan aparentando reciprocidad.
- iii. No se hacen simulaciones de escenarios diversos.
- iv. No hay información previa y clara comparando con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.
- v. Se ubican entre una gran cantidad de datos que hacen que las mismas pasen desapercibidas.

Existen también cláusulas bancarias, como las cláusulas suelo, que podrían entenderse como abusivas, así el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 3 de febrero de 2017 ha aclarado que podría determinarse el carácter sorprendente de una cláusula suelo en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, entendidas éstas como aquellas que atendiendo a las circunstancias y naturaleza del contrato, resultan tan insólitas que el adherente no podría haberlas previsto razonablemente, ligado con el abuso de posición dominante dada la facilidad para incluir como condición general del contrato cláusulas que alteran la naturaleza y contenido del mismo. Según el TS podrá determinarse que una cláusula tiene carácter de sorprendente cuando la información proporcionada no haya sido correcta y además se debe valorar la diligencia del adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del contrato, teniendo en cuenta las circunstancias del empresario o profesional, el volumen de negocios, estructura, la experiencia y conocimientos específicos en la materia objeto del contrato. Aunque el TS no aplica en esta Sentencia el criterio de las "cláusulas sorprendentes", dicho consideración podría apreciarse en otros casos, al contratar con empresarios o profesionales.

“Según el TS podrá determinarse que una cláusula tiene carácter de sorprendente cuando la información proporcionada no haya sido correcta (...)”

Esta Sentencia presenta un voto particular de uno de los magistrados, quien discrepa con esta doctrina jurisprudencial, pues entiende que la noción jurídica de la transparencia, como principio general del derecho se extiende a la contratación entre empresarios, pues dicho control ha de entenderse como la reacción del ordenamiento jurídico contra el clausulado abusivo, por ese motivo debería ser indiferente la condición de consumidor o de empresario, siempre que éste haya actuado como un mero adherente sin posibilidad de haber negociado la cláusula considerada abusiva.

Tras el análisis de las resoluciones judiciales, y en particular, el estudio de la sentencia de 3 de febrero de 2017, entendemos que se confirma la postura de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, al resolver que el control de transparencia y abusividad queda reservado a los contratos en los que el adherente actúa como consumidor, no pudiendo aplicarse dicho control a los contratos en los que el adherente actúa como empresario o profesional.

We should remind the circumstances where a tribunal may consider lack of transparency in a clause:

- i. *Lack of sufficient information that it is a defining element of the contract.*
- ii. *They are inserted pretending to be reciprocal.*
- iii. *There are no simulations of different scenarios.*
- iv. *There is no prior and clear information comparing other modalities of loan of the entity.*
- v. *They are located among many other details which make them unnoticeable.*

There are also bank clauses, such as floor clauses, which could be understood as unfair. In this sense, the Supreme Court in its recent judgment on 3 February 2017 has clarified that the surprising nature of a floor clause could be determined in a mortgage-secured loan agreement, such clauses being as those that considering the circumstances and nature of the contract are so unusual that the adhering party could have not reasonably noticed them, linked to the abuse of a dominant position given the easiness to include as a general term of the contract clauses that alter the nature and contents thereof. Pursuant to the TS, a clause may be established to be surprising when the information provided has not been correct and also the diligence of the adhering party to know the economic and legal consequences of the contract must be evaluated, considering the circumstances of the entrepreneur or professional, the turnover, structure, experience and specific knowledge on the purpose of the contract. Although the TS does not apply in this Judgment the “surprising clauses” criterion, such consideration could be estimated in other cases when contracting with entrepreneurs or professionals.

“Pursuant to the TS, a clause may be established to be surprising when the information provided has not been correct (...)”

Such Judgment has also a dissenting vote of one of the senior judges, who dissents this case law doctrine and understands that the legal concept of transparency, as a general legal principle, also applies to contracting between entrepreneurs, since such control must be understood as the reaction of the legal regulations against unfair terms. For this reason, the condition of consumer or entrepreneur should be irrelevant, provided that it has acted as a mere adhering party without the possibility to have negotiated the clause considered as unfair.

After the analysis of the court rulings and particularly the study of judgment of 3 February 2017, we understand that the position of Judgment of 9 May 2013 is confirmed when deciding that the transparency control and unfairness is reserved to contracts in which the adhering party acts as consumer, such control not being applicable to contracts where the adhering party acts as entrepreneur or professional.

BARTOLOME & BRIONES

BARCELONA
Balmes 243, 7º
08006 Barcelona
Tel. (+34) 93 292 20 20

MADRID
Jorge Juan 30, 4º
28001 Madrid
Tel. (+34) 91 577 47 47