

(Art. 348 bis de la LSC)

# La obligación del reparto de dividendos en las sociedades capitalistas no cotizadas



JOSE RAMÓN  
MELÉNDEZ

Counsel del Departamento Mercantil

C'M'S' Albiñana & Suárez de Lezo

La reforma de la LSC aprobada en 2011 introdujo un derecho de separación a favor del socio minoritario si su sociedad no repartía, al menos, un tercio de los beneficios ordinarios del ejercicio y él hubiera votado a favor de la distribución.

La vida de este artículo está siendo azarosa, cuando menos. Fue suspendido en 2012 y dicha suspensión se fue prorrogando sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2016. Por el momento, no se ha ampliado para 2017 y las últimas noticias indican que, esta vez, permanecerá en vigor.

La norma busca impedir el abuso de la mayoría que, en las sociedades capitalistas no cotizadas, permite asfixiar al socio minoritario no retribuyendo su inversión, mientras que la mayoría se lucra por otros medios (remuneración de administradores u operaciones con sociedades vinculadas, propiedad de la mayoría que abusa). La respuesta de la jurisprudencia a este abuso no era satisfactoria. Aunque los

tribunales admitían la impugnación del acuerdo de no repartir dividendos, no obligaban al reparto, fijando una cifra.

El art. 348 bis LSC surge para dar una respuesta más eficaz a la situación. Aunque la regla sea de reconocimiento de un derecho a separarse, en la práctica supone indirectamente obligar al reparto del dividendo mínimo que se fija como presupuesto. Y es que el derecho de separación del socio surge «...en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior...».

## Una redacción cuestionable

La solución puede ser adecuada, pero la redacción es cuestionable y abre numerosos problemas interpretativos, algunos de los cuales apuntaremos aquí. Por otra parte, quizá traiga consecuencias prácticas posiblemente no deseadas.

Un primer problema es el concepto de beneficio, que parece referirse al ordinario, no debiendo incluirse ingresos financieros ni extraordinario. La discusión será si un beneficio deriva directamente de la explotación del objeto social o no y, la recomendación, incluido al calcular el dividendo repartible pues el riesgo de la separación sería tan grave, como el contenido económico del valor razonable de la participación del socio (referencia usada por la LSC en sede de separación).

El art. 348 bis LSC surge para dar una respuesta más eficaz a la situación

Aplaudimos el fin perseguido por la norma, aunque creemos que su redacción es mejorable

Tampoco es fácil fijar el *dies a quo* de los cinco años. El artículo lo fija «a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad...». Para el caso de la constitución de la sociedad no plantea problemas, pero ¿qué ocurre con una sociedad fruto de una escisión? Este plazo ¿computa desde la inscripción de la sociedad inicial o desde la inscripción de la escindida?

Por referirnos a algunas de las consecuencias de la aplicación de este artículo, imaginemos una sociedad que, habiendo dado beneficios a 31 de diciembre, al llegar la junta ordinaria tuviera una situación financiera difícil porque, simplemente, se le «quemó la fábrica». O en otra que suscribió un contrato de financiación hace dos años que incluía el frecuente *covenant* prohibiendo el reparto de dividendos, so pena de amortización anticipada. Si

se repartiera dividendos podría haber pagado a algún socio el valor razonable de su participación y reducir el capital, puede que incumpliendo otro *covenant*. Esto dificultará a partir de ahora la obtención de financiación para algunas sociedades.

## Viabilidad de la renuncia

La fijación legal del derecho de separación obliga a preguntarse si es viable la renuncia de los socios al beneficio que otorga el artículo 348 bis (por ejemplo, al firmar un contrato de financiación como el descrito). Creemos que la respuesta debe ser positiva, no solo en una renuncia particular y a priori, sino también mediante una modificación estatutaria (incluso después de la financiación, no permitiendo el reparto de dividendos hasta que no se hubiera amortizado com-

pletamente la financiación, en ese caso por unanimidad). Un resultado equivalente puede obtenerse con el incremento sustancial de la obligación estatutaria de dotar reservas voluntarias (que, de nuevo, debería ser adoptada por unanimidad, al afectar a los socios minoritarios). Otra opción sería la capitalización de las reservas voluntarias, con lo que sería necesario volver a dotarlas.

La DGRN tendrá mucho que decir al respecto de la admisibilidad o no de estas cláusulas estatutarias, aunque ya hemos dicho que creemos que el ejercicio de este derecho es renunciable y nada impide que los socios por unanimidad acuerden en un pacto parasocial no ejercitar este derecho y votar en este punto del orden del día siempre en un sentido determinado, siempre con la correspondiente cláusula que disuade de incumplimientos.

En definitiva, aplaudimos el fin perseguido por la norma, aunque creemos que su redacción es mejorable y que va a generar otros problemas como los ya anunciados. No obstante, probablemente con la excusa de la protección del minoritario y aun cuando se pueda ver debilitada la situación financiera de algunas sociedades (por repartir dividendo o por pagar el valor razonable del socio minoritario), quizá puede incluso dotar de liquidez a las participaciones minoritarias en sociedades no cotizadas y abra la puerta a inversiones de socios financieros. Habrá que seguir los avances que se vayan produciendo.

# El despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal podrá ser declarado nulo por discriminatorio



JOAQUÍN  
CASTIELLA  
SÁNCHEZ-OSTIZ

Socio Director de Grupo Lexa



El pasado 23 de diciembre de 2016, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, dictó una novedosa sentencia en la que, por primera vez, reconoce la nulidad de un despido por discriminatorio, cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal. Los hechos recogidos en la sentencia son los siguientes: el trabajador, ayudante de cocina, sufrió un accidente laboral, dislocándose el codo. Un mes y medio más tarde, estando en situación de incapacidad temporal, recibió comunicación de despido disciplinario por parte de la empresa, por «no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo».

El trabajador interpuso una demanda solicitando la nulidad del despido por discriminatorio, al tener por causa o motivo real su situación de incapacidad temporal derivada de su accidente de trabajo. El Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, encarr-

gado del litigio, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: si la decisión empresarial de despedir a un trabajador por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal, es discriminatorio... y si entra en el concepto de «discriminación directa por discapacidad» la decisión empresarial de despedir a este trabajador.

## Doctrina anterior

Hasta el momento, la doctrina de los tribunales españoles era la siguiente: los despidos de trabajadores en situación de baja o incapacidad temporal, podían ser declarados improcedentes, pero no nulos. Sin embargo, el TJUE resolvió dicha cuestión prejudicial en su sentencia de 1 de diciembre de 2016, en la que venía a reconocer la posibilidad de considerar discriminatorio todo cese basado en la incapacidad del trabajador, aunque esta sea temporal. En concreto, el TJUE admitió la posibilidad de que estos despidos fuesen declarados nulos, en caso de que tal incapacidad pueda ser considerada como de carácter «duradero», de tal forma que pueda ser considerado como «discapacidad». En este sentido, el TJUE considera que para poder calificar al trabajador como una «persona con discapacidad», debe padecer dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan una limitación «duradera» para desempeñar un trabajo en condiciones de igualdad con los demás trabajadores. Esto es, que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, cues-

Los despidos de trabajadores en situación de baja o incapacidad temporal, podían ser declarados improcedentes, pero no nulos

El Juzgado llega a la convicción de que la causa real del despido no fue el mero hecho del accidente laboral



tion que corresponde valorar al juez nacional.

Días más tarde, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, una vez resuelta la cuestión prejudicial por parte del TJUE, dictó sentencia en la que declaraba la nulidad del despido, tras concluir que la limitación que padecía

el trabajador constituía una «limitación duradera» y, por consiguiente, una situación de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78, tal y como había considerado el TJUE en su sentencia.

En concreto, el Juzgado llega a la convicción de que la causa real del despido no fue el mero hecho del acci-

dente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal (IT) en sí misma, sino la percepción empresarial de que tal incapacidad temporal se tornaba en «duradera», sin «una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo». Es por ello que el despido debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad.

## Limitación de carácter duradero

¿Significa esta sentencia que, a partir de ahora, cualquier despido de un trabajador en situación de IT podrá ser declarado nulo? De la lectura de ambas sentencias (del TJUE y del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona) se desprende que, para la declaración de nulidad del despido en estas circunstancias, deberá comprarse si la limitación de la capacidad del trabajador tiene carácter duradero. Esto es, que la incapacidad del trabajador no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente.

En el supuesto recogido por la sentencia, la evolución médica del trabajador, que era conocida por la empresa, puso de manifiesto la incertidumbre acerca del eventual momento de reincorporación a su puesto de trabajo, evidenciando la imposibilidad de una recuperación a corto plazo, considerándose de forma indiscutible como una limitación duradera.

Por tanto, la cuestión clave es la siguiente: en la sentencia, el trabajador no fue objeto de despido en un primer momento, al recaer en situación de IT derivada de accidente de trabajo, sino únicamente en un momento posterior, cuando la empresa fue conocedora de la prolongación de la situación de IT y cuando el trabajador le comunicó que su reincorporación no sería a corto plazo.

Por eso, a partir de ahora con estos despidos en situación de baja, el empresario deberá valorar la previsión temporal o carácter duradero que vayan a tener las mismas, ya que será la clave para que el despido pueda ser considerado nulo, con la obligación de readmitir al trabajador.