



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 12, 2019. Artículo 8
DOI: <https://doi.org/10.21134/lex.v0i12.1764>

REMEDIOS JURÍDICOS DEL SOCIO FRENTE A LA RETENCIÓN ABUSIVA DE LOS BENEFICIOS SOCIALES

Mercedes Sánchez Ruiz

Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

I. Introducción

La decisión, de contenido estrictamente económico y que compete adoptar a la Junta general por mayoría, consistente en destinar (total o parcialmente) el resultado positivo de uno o de varios ejercicios (consecutivos o no) a reservas voluntarias es, en principio, una alternativa lícita con una finalidad justificada: la autofinanciación de la sociedad. Bajo determinadas circunstancias, sin embargo, puede implicar una conducta abusiva de la mayoría que deje vacío de contenido el derecho individual del socio minoritario a participar en el reparto de las ganancias sociales. Es un caso típico de conflicto de intereses entre socios mayoritarios y minoritarios, para el que nuestro Derecho de sociedades de capital no parece haber encontrado aún una solución plenamente satisfactoria.

Antes de la incorporación del artículo 348 bis al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, el único mecanismo de tutela al que podía recurrir un socio en estos supuestos era la impugnación de acuerdos sociales, es decir, el instrumento jurídico-societario general atribuido a los socios (y otros sujetos legitimados) para solicitar del juez (o, en su caso, del órgano arbitral) que deje sin efecto aquellas decisiones de la junta general contrarias a Derecho, por concurrir alguno de los motivos de impugnación legalmente establecidos. En el caso que nos ocupa, en particular, la impugnación de un acuerdo de aplicación del resultado que fuera conforme con la ley y los estatutos solía estar basada en la alegación de que su adopción era una manifestación de abuso de la mayoría en daño de la minoría.

En la práctica, sin embargo, este remedio viene resultando claramente ineficiente para el socio impugnante si, como suelen hacer normalmente

nuestros tribunales de justicia, se cierra la puerta a la que este pueda también pedir, y el juez ordenar, el reparto del dividendo omitido (además de anular el acuerdo abusivo). Tal vez fue la constatación de esta ineficiencia lo que llevó al legislador a introducir, para estos casos, otro remedio jurídico de mayor contundencia: el derecho de separación del socio disidente. Este fue el instrumento elegido por el legislador español cuando, en el año 2001, se decidió a abordar específicamente el conflicto de intereses analizado, aunque la evolución legislativa posterior puso de relieve una evidente falta de convicción en la opción de política jurídica escogida.

El estudio conjunto de ambas formas de tutela del socio minoritario (impugnación y separación) puede ayudar a perfilar mejor el sentido y el alcance de cada una de ellas en relación con el supuesto que nos ocupa.

II. La causa legal de separación asociada a la falta o la insuficiencia de reparto de dividendos

El análisis de los instrumentos de tutela del socio ante la falta de reparto de dividendos, en el estado actual de la regulación española, tiene como necesario punto de partida el artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital. Son muchas las incógnitas que han de ser despejadas en relación con esta norma, empezando por establecer su verdadero significado. Así, hay quien ve en este precepto una causa legal de separación “como las demás”; mientras que otros le atribuyen un alcance mayor: lo interpretan como la expresión de la incorporación a nuestro sistema jurídico de una cláusula general de separación por “justa causa” o por “opresión de la minoría”.

Es cierto que esta causa de separación presenta algunos rasgos peculiares, si la comparamos con las demás causas concretas de separa-

ción previstas por el legislador en el artículo 346 de esa misma ley. Apuntaremos a continuación algunas de estas diferencias.

En primer lugar, está conformada por un *supuesto de hecho complejo* que, a diferencia de los restantes, no implica una modificación estatutaria. El nacimiento del derecho de separación, además, no se asocia a la mera adopción de un determinado acuerdo social (como ocurre en las demás causas legales), sino que se subordina a la presencia conjunta de varios requisitos materiales. El socio tendrá derecho a separarse de la sociedad solo cuando se den, de forma simultánea, las siguientes condiciones: a) que hayan *transcurrido al menos cinco años desde la constitución* de la sociedad; b) que la sociedad *no acuerde el reparto de, al menos, una cuarta parte* de los beneficios repartibles obtenidos durante el ejercicio anterior; c) que haya habido *beneficios* al menos durante los *tres ejercicios* anteriores; y d) que, en los *cinco años anteriores*, el *total de los dividendos repartidos* no alcance el veinticinco por ciento del total de los beneficios distribuibles registrados en ese periodo.

Los *presupuestos formales para el ejercicio del derecho*, en segundo lugar, también difieren de los previstos para las demás causas legales de separación en el artículo 348 de la Ley de sociedades de capital. Así, la legitimación del socio no se vincula al sentido de su voto en relación con el acuerdo de aplicación del resultado, sino que la disconformidad con el contenido del mismo debe ser acreditada por el socio que pretenda ejercer el derecho, específicamente, por otro medio: haciendo constar en acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos. De acuerdo con lo anterior, el socio podría realizar ese trámite formal (hacer constar en acta su protesta) incluso cuando hubiera votado a favor de una propuesta de reparto de dividendos, especialmente si la cuantía del dividendo acordado por la junta fuera inferior

al veinticinco por ciento de los beneficios repartibles obtenidos en el ejercicio de que se trate. Lo relevante para considerar legitimado al socio para el ejercicio del derecho de separación es que demuestre (mediante el procedimiento formal establecido) su disconformidad con el hecho de que la sociedad, pudiendo hacerlo, no acuerde repartir un importe mínimo determinado de dividendos.

A la vista de los presupuestos objetivos a los que se asocia el reconocimiento del derecho de separación en este caso, es obligado señalar que *la constatación de un abuso de la mayoría no es un elemento necesario del supuesto de hecho* tipificado como causa legal de separación. Basta con que la sociedad adopte un acuerdo con el contenido y en las circunstancias que el precepto señala para que nazca *ex lege* el derecho del socio legitimado a salir de la sociedad y obtener el pago del valor razonable de su entera participación social. El socio no tiene la carga de probar una conducta abusiva de la mayoría en la política de dividendos aplicada, por mucho que el fundamento último que movió al legislador a introducir esta causa de separación fuera prevenir el atesoramiento arbitrario o injustificado (y, por ende, abusivo) de beneficios sociales (que es, a su vez, un ejemplo clásico de abuso de la mayoría en daño de la minoría reconocido en todos los sistemas de nuestro entorno).

La tipificación del supuesto como *causa legal de separación* "cristaliza" los presupuestos materiales para el nacimiento del derecho y fija los presupuestos formales para su válido ejercicio. En consecuencia, no cabe atisbar aquí una cláusula general de separación por "justa causa" porque *solo es causa de separación lo que el legislador ha decidido que lo sea, en unas condiciones muy concretas*. Ha definido objetivamente unos requisitos, que marcan el límite cuantitativo de "tolerancia" a la autofinanciación que debe soportar el socio, cuya superación por parte de la sociedad

hará que no pueda serle exigida ya a este su permanencia en la sociedad.

III. La salida del socio disidente como solución “extintiva” del conflicto y de la relación jurídica socio-sociedad

Desde un prisma de política-legislativa, puede considerarse generalmente admitido que la insuficiencia del instrumento clásico aplicado (la impugnación del acuerdo de aplicación del resultado) para tutelar los intereses del socio minoritario en estas situaciones es uno de los motivos que condujo a la introducción en la legislación de sociedades de capital del derecho de separación por falta de distribución de dividendos.

La concreta configuración legal de este típico conflicto entre socios como causa de separación, sin embargo, es un factor que condiciona decisivamente no solo su operatividad como remedio del socio frente a la retención injustificada de los beneficios sociales sino, en general, los términos en que se ha venido desarrollando el debate jurídico sobre esta cuestión.

Como fue señalado de forma temprana por diversos autores, el ámbito de aplicación del artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital en su redacción inicial excedía de los supuestos de abuso (CAMPINS; BRENES; ALFARO/CAMPINS). Dicho de otro modo, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación del socio se definen por el legislador de forma objetiva y concreta, al margen de que se acredite o no un comportamiento abusivo de la mayoría en la adopción del acuerdo de aplicación del resultado. Esta afirmación sigue siendo válida con la redacción actual del precepto y, a mi juicio, lleva a revisar la óptica tradicional de tratamiento del problema.

Con el régimen vigente (si una previa modificación estatutaria previa no lo impide), a partir del

quinto ejercicio desde la constitución de una sociedad de capital no cotizada, cualquier socio podrá separarse de esta si, habiendo existido beneficios en los tres ejercicios anteriores, no se acuerda repartir al menos un veinticinco por ciento de los beneficios legalmente repartibles obtenidos en el ejercicio anterior, salvo cuando el total de los beneficios repartidos en los últimos cinco años supere ya ese mismo porcentaje, pero referido al conjunto de los beneficios legalmente repartibles registrados en dicho periodo.

Dándose estos elementos, el legislador ha valorado que no puede ser exigido que continúe en la sociedad al socio que, habiendo dejado constancia en acta de su disconformidad con la decisión de la junta en materia de dividendos (protestando por su insuficiencia), declare expresamente su voluntad unilateral de extinguir su vínculo social. Si el socio decide ejercitar este derecho legal de separación, la sociedad no podrá impedir su salida, quedando obligada a pagarle el valor razonable de su entera participación social.

Un sector doctrinal ha considerado rechazable que el legislador, al configurar esta causa legal de separación y vincularla exclusivamente al dato objetivo de la omisión de un reparto mínimo de dividendos, impide que puedan ser tenidas en cuenta otras variables relevantes que afectan al interés de la sociedad, como el tamaño de la misma o el sector económico en el que opera, factores estos que influyen en que la decisión de la sociedad pueda estar objetivamente justificada por una necesidad razonable de autofinanciación (FLEISCHER/TRINKS; CÁCERES CÁRCELES). A mi juicio, cualquier solución al conflicto mayoría/minoría analizada que exigiera tener en cuenta estas variables obligaría bien al legislador *ex ante*, o bien a los jueces y tribunales *ex post*, a una valoración, *ajustada a cada caso, de la oportunidad del acuerdo* de aplicación del resultado, efecto este que implicaría una restricción previa de (o una intrusión judicial

en) las decisiones empresariales de las sociedades de capital que tanto la doctrina como la jurisprudencia siempre han considerado indeseable.

La elección del legislador español ha sido otra: definir una causa concreta de separación que marca un límite objetivo de tolerancia para el socio que no comparta la política de dividendos aplicada por la mayoría. Se ha decantado por fijar un punto fijo (no móvil) de equilibrio entre los intereses individuales del socio y el interés de la sociedad. Es el propio legislador quien establece que, tras pasados los límites cuantitativos que él señala, debe atribuirse un remedio al socio ante la postergación reiterada de su interés económico a obtener un reparto periódico de dividendos.

En cualquier caso, debe matizarse que, tras la modificación de la redacción del precepto en 2018, es indudable que los socios de cada sociedad de capital podrán sustituir esta valoración del legislador por la suya propia, modificando o suprimiendo por disposición estatutaria la causa de separación que nos ocupa. Para ello, será necesario el consentimiento de todos los socios o, en su defecto, el reconocimiento a todo socio disconforme (que no vote a favor del correspondiente acuerdo de modificación de los estatutos) de un derecho de separación.

No debe perderse de vista en ningún momento que el conflicto de intereses subyacente en los supuestos que nos ocupan es, esencialmente, un conflicto coyuntural entre socios (mayoría/minoría) referido a una decisión social de carácter funcional, esto es, ordinaria y recurrente. El germen del mismo es que el socio o grupo minoritario desea obtener dividendos y el socio o grupo mayoritario prefiere retener los beneficios susceptibles de reparto en el patrimonio social.

Con el tiempo, la previsible persistencia de ambos grupos estables de socios en sus respectivas posturas conduce a un escenario diferente, donde la única solución factible es una "ruptura".

Llegados a este punto, el ordenamiento habrá de escoger cuál es el desenlace preferible, entre varias alternativas posibles para abordar los conflictos societarios estructurales: *que haya socios que tengan derecho a exigir su salida de la sociedad*, sin que esta pueda oponerse a ello [separación], *que la sociedad esté facultada para hacer salir a alguno(s) de los socios*, aunque él (o ellos) no lo desee(n) [exclusión] o que la pérdida sobrevenida e irreversible de la "*affectio societatis*" entre el conjunto de los socios provoque *la extinción de la propia sociedad* [disolución]. Los tres remedios jurídicos indicados llevan consigo, como es sabido, obligaciones de liquidación, total o parcial (de cuota), referidas al patrimonio de la sociedad y, por ende, el riesgo de afectar a la estabilidad o viabilidad futura de la empresa explotada por esta.

En esta progresiva "transformación" del conflicto originariamente coyuntural en uno de tipo estructural juega un papel decisivo un factor que, en principio, es completamente ajeno a aquel: la práctica imposibilidad, jurídica o fáctica, para los socios minoritarios de enajenar sus acciones o participaciones sociales a un precio razonable. No en vano es en un entorno tipológico de sociedad cerrada donde el conflicto de intereses analizado se presenta tradicionalmente con todo rigor, llegando a adquirir con frecuencia ese carácter *permanente* o *estructural*. En buena lógica, exclusivamente cuando el conflicto alcance un cierto nivel de gravedad (porque, *de facto*, el derecho al dividendo del socio quede vacío de contenido) y, además, el socio esté "prisionero" en la sociedad (porque no tenga a su alcance otros medios de salida, lo que ocurrirá cuando la transmisión de sus acciones o participaciones sociales a un precio equitativo sea imposible, por razones fácticas o jurídicas), está justificado que se le atribuya un derecho de separación. En aquellos sistemas jurídicos donde este derecho no está concretamente tipificado se diría que solo entonces habría "justa causa" o "justos

motivos” de separación.

En el Derecho español actual, son los presupuestos sustantivos establecidos para el derecho de separación del artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital los que marcan la línea divisoria a partir de la cual el conflicto entre los socios deviene “estructural”. La elección del legislador es permitir que el socio minoritario descontento con los dividendos que ha venido percibiendo pueda, si así lo desea, dejar la sociedad (y recibir de esta el valor razonable de sus acciones o participaciones sociales), lo que equivale a considerar que, concurriendo aquellos presupuestos, ya no puede seguir obligándole a permanecer en la sociedad.

Los costes para el socio (no solo patrimoniales sino también personales) de llegar a esta situación, sin embargo, no deben ser minusvalorados, especialmente en entornos tales como las sociedades familiares, donde mantener la posición de socio tendrá a menudo para este una utilidad superior al mero valor patrimonial de su participación social. Para la sociedad, como se ha apuntado, el coste principal es el riesgo para su estabilidad patrimonial que, lógicamente, habrá de ponderar cuidadosamente *ex ante*, esto es, en el momento de adoptar la decisión de repartir dividendos o de retener, total o parcialmente, los beneficios en el patrimonio social.

IV. La acción de impugnación como instrumento de tutela general ante un abuso de la mayoría

Antes de llegar a ese momento disruptivo en el que la solución del conflicto pasa por la salida voluntaria de uno o varios socios de la sociedad, cabe preguntarse si el ordenamiento societario concede o no al socio individual algún remedio que proteja su legítimo interés económico, en una sociedad próspera, a participar en las ganancias generadas durante el funcionamiento de la socie-

dad mediante el reparto de dividendos. El artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital, por sí solo, no da una respuesta concluyente a esta pregunta.

Atendiendo a su tenor literal, parece claro que dicha norma no establece que sea obligatorio un reparto anual mínimo de dividendos cuando existan beneficios repartibles. A pesar de ello, una parte de la doctrina (IBAÑEZ GARCÍA; PULGAR; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA) entiende implícito en el fundamento de este precepto el reconocimiento de un derecho del socio a exigir dicho dividendo y un correlativo deber de la sociedad de acordarlo, cuando se den los presupuestos señalados en dicho artículo. Aclarar este punto es crucial, pues la respuesta que se dé entronca con el establecimiento certero del contenido y la naturaleza jurídica del derecho al dividendo del socio, que es aquí el problema de fondo.

Un sector doctrinal minoritario, aunque muy autorizado, siempre ha defendido, con carácter general, que el reparto de dividendos constituye la *aplicación normal del resultado* del ejercicio. Según esta postura, debería entenderse que el régimen legal vigente sí reconoce al socio, como regla general, un derecho al reparto anual de dividendos (siempre que existan beneficios repartibles), aunque de forma excepcional este derecho pueda “derogarse cuando las circunstancias de la situación económica y financiera de la sociedad aconsejen que no se debe realizar el reparto” (SÁNCHEZ CALERO; GIRÓN). Cabría interpretar, desde este enfoque, que el artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital recoge y delimita cuantitativamente la pretensión económica del socio.

Más recientemente, al hilo de interpretar el alcance del artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital, otros autores también han defendido, si bien como una consideración *de lege ferenda*, que debería partirse de una máxima según la cual el reparto anual de dividendos es la *regla general*

en la aplicación del resultado positivo del ejercicio y, por tanto, otro destino posible debería ser la excepción (ALFARO/CAMPINS).

Partiendo de estas premisas, quedaría “en el tejado” de la sociedad (que es el sujeto a quien debe atribuirse el acuerdo de aplicación del resultado válidamente adoptado en la junta general) la “pelota” de justificar, en cada caso, la conveniencia de apartarse de dicha regla y acordar el destino total o parcial de los beneficios distribuibles a reservas voluntarias. Desde esta perspectiva, quedaría facilitado el control judicial del acuerdo. En efecto, si no pudiera acreditarse, en el caso concreto, que tal acuerdo responde a motivos económicos justificados (o, en otros términos, que el interés social exige su adopción), estaríamos ante un acuerdo ilícito por infringir un derecho del socio legalmente reconocido (el derecho al dividendo, conforme a la interpretación propugnada por este sector doctrinal). Se trataría, en tal caso, de un acuerdo *impugnable por ser contrario a la ley*.

A mi modo de ver, esta posición lleva a entender que el acuerdo de aplicación del resultado que opte por la autofinanciación (esto es, que excluye, total o parcialmente, el derecho al dividendo) sería funcionalmente equiparable al acuerdo de aumento de capital con exclusión del derecho de preferencia del socio. En consecuencia, ya no sería una decisión discrecional de la sociedad, sino que únicamente “en los casos en que el interés social así lo exija” podría privarse lícitamente al socio de su derecho al dividendo (arg. ex art. 308.1 LSC).

Una solución de esta índole sin duda sería útil como factor disuasorio frente a decisiones de atesoramiento de beneficios arbitrarias o escasamente fundamentadas, atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Podría así evitarse que en muchas sociedades de capital cerradas el conflicto de intereses mayoría/minoría respecto al destino de los beneficios se cronificara, pasando de ser un conflicto de tipo coyuntural (conectado

con una decisión social ordinaria) a ser un conflicto estructural (por afectar tan intensamente a la posición jurídica del socio individual que ya no le sea exigible permanecer en la sociedad).

A pesar de las ventajas que esta postura teóricamente podría reportar desde el prisma de la tutela de la minoría, lo cierto es que esta tesis no encuentra sustento en el Derecho vigente. Por tanto, para hacerla viable sería imprescindible una modificación legislativa en la que se acogiera de forma expresa esta opción político-legislativa. Sin embargo, en aquellos ordenamientos donde sí estuvo vigente una regulación de este tenor, como es el caso del Derecho alemán de sociedades limitadas, ya en los años ochenta del pasado siglo se modificó la legislación (§ 29 *GmbHG*) para sustituirla por un régimen similar al vigente en nuestro país (HUECK).

La postura predominante en la doctrina española (ILLESCAS; MUÑOZ MARTÍN; FERNÁNDEZ DEL POZO) y en la jurisprudencia (STS 10-10-1996; STS 19-03-1997; STS 26-05-2005; STS 7-12-2011) es que, en la legislación sobre sociedades de capital vigente, no existe un derecho del socio al reparto anual. Esta posición, que debe ser compartida, no es incompatible con la aceptación de que el socio individual sí tendría reconocido *un interés legítimo al reparto de dividendos con cierta periodicidad* durante el funcionamiento de la sociedad, *interés susceptible de amparo cuando resulte lesionado por un comportamiento ilegítimo de la mayoría*. Como hemos señalado anteriormente, hoy en día no hay base normativa suficiente para afirmar que únicamente alegando que el interés social lo exige (y justificándolo objetivamente en el caso concreto) la mayoría puede adoptar válidamente una decisión contraria al reparto. No obstante, reconocer la libertad de decisión de la mayoría al respecto no significa atribuirle un poder ilimitado y omnímodo.

El límite de licitud de este poder viene marcado,

precisamente, por la existencia de *una situación de abuso*, acreditable indiciariamente mediante una consideración global de todas las circunstancias que rodearon la adopción del acuerdo. Algunos autores (VÁZQUEZ LÉPINETTE; MARTÍNEZ ROSADO; ALFARO/CAMPINS), aunque prefieren recurrir como fundamento a la noción angloamericana de “opresión de la minoría”, lo cierto es que describen el supuesto igualmente como “una típica *conducta abusiva de la mayoría* dirigida a asfixiar financieramente al socio minoritario”.

Son posibles *indicios de abuso*, según se deduce de los numerosos pronunciamientos judiciales recaídos sobre este tema en España y en otros países de nuestro entorno, los siguientes: a) la reiteración en la retención de beneficios durante varios ejercicios; b) un elevado volumen de reservas preexistentes; c) la saneada situación financiera de la sociedad, que no justifique un incremento adicional de los recursos propios; d) la ausencia de una previsión concreta de gastos, o de proyectos de ampliación del objeto o de inversión a corto o medio plazo, dirigidos a la expansión del negocio; e) el pago recurrente de cantidades (o entregas en especie) por parte de la sociedad solo al socio o socios mayoritarios por conceptos diversos (retribuciones por cargos de administración, transacciones vinculadas), que explica su desinterés por cobrar dividendos y provoca un trato desigual, etcétera.

Dándose estas u otras circunstancias similares, reveladoras de una conducta ilegítima (contraria a Derecho) de la mayoría, el socio podrá impugnar el acuerdo de aplicación del resultado que decide retener los beneficios en la sociedad por su carácter abusivo. En particular, antes de la reforma de 2014, se consideraba impugnabile por contrario a ley (*ex art. 7.2 CC*) al apreciarse abuso o ejercicio antisocial de un derecho (*cfr. SAP Barcelona 7-05-2014*); en la actualidad, se considerará un acuerdo impugnabile lesivo para el “interés so-

cial” (en sentido amplio), por haber sido impuesto abusivamente por la mayoría, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, en interés propio y en detrimento injustificado de la minoría (*ex art. 204.1, último inciso, LSC; cfr. STS 14-02-2018; SAP Pontevedra 27-03-2019*).

En la realidad práctica, como se apuntaba anteriormente, la tutela del interés individual de los socios que proporciona la impugnación del acuerdo de aplicación del resultado en estos casos, *en sí misma*, se ha demostrado insuficiente por diversas razones.

En primer lugar, no siempre será fácil probar el abuso, recayendo la *carga de la prueba* sobre el minoritario demandante, a pesar de que este, a diferencia de la sociedad demandada, carece de acceso directo a toda la información económico-contable relevante (IRÁCULIS). Si en un caso concreto el socio impugnante pudiera probar que la mayoría no solo daña con su conducta su interés individual (en cuanto que socio) sino que, además, ostenta un interés personal (extrasocial) que amenaza el interés económico-patrimonial de la sociedad en su conjunto (es decir, que está afectada por un conflicto de intereses con *la sociedad*), el artículo 190.3 de la Ley de sociedades de capital prevé específicamente la inversión de la carga de la prueba. De acuerdo con este precepto, “cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto de intereses haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, *corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad* y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social”. La aplicación de este concreto precepto, sin embargo, tiene una utilidad limitada en el supuesto analizado debido a que solo en casos muy excepcionales podrá considerarse lesivo para la sociedad (y, por ende, para el patrimonio social) el acuerdo mayoritario de incrementar los recursos propios.

Por otra parte, se ha constatado por la doctrina

una tendencia de los tribunales a no apreciar abuso de la mayoría cuando exista "cualquier justificación mínimamente razonable para la reinversión" (ALFARO/CAMPINS). El temor a una excesiva intervención del órgano jurisdiccional en las decisiones económicas de las sociedades impulsa a los jueces y tribunales a ser excesivamente cautelosos en la evaluación de la conducta de la mayoría en términos de abuso, si bien ello encierra en no pocos casos una cierta "dejación" de su función jurisdiccional.

El examen de las numerosas sentencias recaídas sobre esta materia pone de relieve que, incluso cuando queda plenamente acreditado el abuso y el Juez así lo declara, *solo de manera muy excepcional ordena el reparto* de dividendos incluido en el *petitum* de la demanda, limitándose usualmente a anular el acuerdo impugnado (salvo casos aislados, como el de la STS 26-05-2005 y, en mayor medida, en la jurisprudencia menor; vid. p.ej. SAP sec. 28 Madrid 1-04-2016 o la SJM 9 Barcelona 6-02-2018).

Esta última razón nos parece el factor decisivo causante de la ineficiencia del remedio de la impugnación del acuerdo para tutelar el interés del socio minoritario amenazado por el conflicto objeto de estudio, que no es otro que *el interés a recibir un rendimiento periódico por su inversión en forma de dividendo*. Si, tras ser anulado el acuerdo por ser considerado abusivo, la sociedad no se aviene voluntariamente a adoptar un acuerdo favorable al reparto, el socio se vería abocado a seguir litigando de nuevo contra ella, con los costes asociados y sin demasiadas garantías de éxito.

V. Otros remedios posibles: condena al reparto de beneficios y resarcimiento de daños

La impugnación del acuerdo de aplicación del resultado por abusivo es un remedio general que

no garantiza un grado de tutela satisfactorio para el socio perjudicado en el marco del conflicto que nos ocupa. El primer escollo que debe salvarse es la apreciación de una situación de "abuso". Cabe esperar, no obstante, que nuestros tribunales de justicia vayan estableciendo, a través de la aplicación reiterada del artículo 204.1, párrafo 2ª de la Ley de sociedades de capital, *criterios claros y objetivos* que faciliten la identificación del abuso de la mayoría en estos casos y atenúen el nivel de inseguridad actual. Una mínima previsibilidad de las decisiones judiciales podría incrementar el grado de certeza en esta materia, aunque no puede ignorarse que estamos ante un instrumento jurídico que, por su naturaleza, es inevitablemente casuístico.

El remedio impugnatorio, en cualquier caso, seguirá siendo ineficiente si no se arbitran cauces procesales *adicionales o complementarios* para que, de forma simultánea a la anulación del acuerdo abusivo, el socio minoritario pueda ver tutelado su interés económico lesionado por el acuerdo. *La demostración del abuso en el caso concreto debería bastar a tal efecto*, sin que el logro de ese objetivo haya de pasar *necesariamente* por su salida de la sociedad (porque se den los requisitos para su separación ex art. 348 bis LSC).

No debería rechazarse de plano que el socio, junto a la pretensión de anulación del acuerdo demostrado abusivo, pueda pedir al juez que ordene el reparto de dividendos, siempre que le proporcione elementos objetivos suficientes para decidir al respecto (por ejemplo, cuando el socio o socios demandantes acompañe/n esta petición de una propuesta de acuerdo de distribución de dividendos, coherente con la situación económica de la sociedad demandada reflejada en la contabilidad, que hubiera sido sometida a la junta general y fuera rechazada por la misma mayoría que adoptó el acuerdo de atesoramiento abusivo). *Por defecto, no creo que sea descabellado aceptar una regla*

de reparto íntegro de los beneficios distribuibles, dado que el análisis previo realizado por el juez para establecer el carácter abusivo del acuerdo en el caso en cuestión (que arrojará información suficiente sobre la situación patrimonial concreta de la sociedad) le ha conducido a emitir un juicio (negativo) sobre la legitimidad del acuerdo de retención de los beneficios, según el cual *el interés social no exigía, ni tampoco justificaba objetivamente, la dotación o el incremento de reservas voluntarias*.

El axioma de no injerencia del Juez en las decisiones empresariales (que es la principal razón esgrimida en contra de la tesis expuesta) solo impide a aquel enjuiciar la *oportunidad* de los acuerdos, pero debería decaer cuando, ante un acuerdo judicialmente declarado abusivo (por tanto, *ilegítimo*), se demanda de la autoridad judicial la adopción de las medidas “que impidan la persistencia en el abuso” y tutelen efectivamente el interés lesionado por el acto calificado como abusivo (ex art. 7.2 in fine CC; en ese sentido, SAP A Coruña 25-03-2019).

Tampoco es descartable la aplicación en estos casos de un *remedio de tipo resarcitorio*, dado que el detrimento o daño al socio de minoría es presupuesto necesario para la anulación del acuerdo por abuso de la mayoría y dicha anulación, por sí sola, no resarce el interés económico del socio lesionado por el acuerdo. De hecho, en los últimos tiempos, el legislador español ha venido reconocido expresamente, *en ciertos casos concretos*, el derecho al resarcimiento de los daños que la adopción de un acuerdo social pueda causar a los socios (arts. 197.5, 204.2, 206.1 LSC; art. 47.1 LME).

La posibilidad de que el socio minoritario reclame una indemnización de daños en estos supuestos está plagada de dudas interpretativas cuyo tratamiento excedería notablemente los límites de este trabajo, de modo que solo apuntaremos

algunas. La primera dificultad sería esclarecer si, tratándose de un daño al socio minoritario derivado de un acuerdo atribuible a la sociedad pero que ha sido declarado ilegítimo por haber sido “impuesto abusivamente por la mayoría”, cabe considerar a *la propia sociedad* como sujeto responsable de ese daño y, por ende, obligada a resarcirlo (sin perjuicio de posibles acciones de reembolso frente a los causantes directos del daño) o, por el contrario, debería el socio perjudicado ejercitar la pretensión resarcitoria directamente *contra el socio o grupo mayoritario* al que deba imputarse la conducta constitutiva de abuso que motivó la anulación del acuerdo (DUQUE).

De no aceptarse la posibilidad de acciones de indemnización de daños *frente a la sociedad o el socio mayoritario* en cuanto tal, aún puede plantearse la viabilidad en estos casos del ejercicio de una acción individual de responsabilidad *contra los administradores* autores de la propuesta de aplicación del resultado acogida en el acuerdo abusivo (CURTO POLO). En principio, la circunstancia de que el acuerdo de aplicación del resultado sea adoptado por la junta no les exime de responsabilidad (art. 236.2 LSC); no obstante, dado que estamos claramente en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, no responderá el administrador cuando “haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado” (art. 226 LSC).

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. / CAMPINS VARGAS, A., "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias* (coord. García de Enterría), Civitas –Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 65-93.
- BRENES CORTES, J., "El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de sociedades de capital", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 305, 2017 (Aranzadi instituciones, ref. BIB 2017/13018), pp. 1-29.
- CÁCERES CÁRCELES, C., "El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos", *DN*, núm. 263-264, 2012 (versión digital, ref. LA LEY 16882/2012), pp. 1-16.
- CAMPINS VARGAS, A., "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?", *Diario La Ley*, núm. 7824, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-130, (versión digital), pp. 1-10.
- CURTO POLO, M.M., *La protección del socio minoritario. (Especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Valladolid, 1957.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles. (Estudio especial del art. 213 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Civitas, Madrid, 1997.
- FLEISCHER, H. / TRINKS, J., "Minderheitenschutz bei der Gewinnthesaurierung in der GmbH. Ein deutsch-spanischer Rechtsvergleich", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 8, 2015, pp. 289-298.
- GUERRERA, F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capital*, Giappichelli, Turín, 2004.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.
- HUECK, G., "Minderheitenschutz bei der Ergebnisverwendung in der GmbH. (Zur Neuregelung des § 29 GmbHG durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz", en *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990* (dirs. Baur, Hopt y Mailänder), Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1990, pp. 45-58.
- IBAÑEZ GARCÍA, I., "La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital no cotizadas", *Derecho de los Negocios*, núm. 263/264, 2012, editorial La ley (versión digital, ref. LA LEY 16881/2012, pp. 1-29).
- IRÁCULIS ARREGUI, N., "Impugnación del acuerdo de no repartir dividendos: atesoramiento abusivo de dividendos", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 281, 2011, pp. 251-270.
- MUÑOZ MARTÍN, N., "El derecho al dividendo", en *Derecho de sociedades anónimas* (dirs. Alonso Ureba et al.), t. II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1994, pp. 303-337.
- PULGAR EZQUERRA, J., "Reparto legal mínimo de dividendos": protección de socios y acreedores (*solvency test*), *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147, 2017 (versión digital, ref. BIB 2017/12995), pp. 1-27.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *La separación como alternativa al reparto de dividendos en las sociedades no cotizadas (art. 348 bis)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2018.

SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, CSIC, Roma-Madrid, 1955.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., "La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 169-196.