



---

## Protección judicial frente al atesoramiento injustificado de beneficios

Aurora Campins Vargas

Asociado Senior

[aurora.campins@cuatrecasas.com](mailto:aurora.campins@cuatrecasas.com)

### RESUMEN

Frente a la impugnación de acuerdos de atesoramiento injustificado de beneficios nos encontramos con tres tipos de fallos judiciales, además de los que no consideran ilícita la decisión de no repartir beneficios: los que se limitan a declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo abusivo impugnado; los que, además, obligan a la sociedad a la adopción de un nuevo acuerdo de reparto y los que, si lo solicitan las partes, condenan a la sociedad al reparto de los beneficios del ejercicio impugnado. Solo estos últimos aseguran el cumplimiento del contrato de forma eficaz, impiden la persistencia del abuso y, además, evitan que los socios se vean abocados a recurrir al derecho de separación, previsto no como una acción de cumplimiento sino como un mecanismo de resolución del contrato social.

### ABSTRACT

In addition to those that do not consider the decision unlawful, we find three types of court rulings when it comes to challenging unjustified benefit-enforcement agreements: those which dismiss the petition against the partners and merely declare the resolution null and void; those who force the company to pass a new profit-sharing agreement and those who, if requested by the parties, condemn the company to share its profits. Only the latter ensure the contract is fulfilled, prevent the abuse from continuing in time and do not encourage shareholders to exercise their exit right, envisaged not to comply with the corporate contract but to terminate it.

Palabras clave: reparto de dividendos, acuerdos abusivos, sustitución de la voluntad social

Key words: Profit distribution/distributions of Company earnings, Abusive agreements, Company will substitution



## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Algunas consideraciones en torno al art. 204.1 LSC y los acuerdos de atesoramientos de beneficios
- III. Sentencias que no consideran abusivo el atesoramiento
- IV. Sentencias estimatorias de la impugnación. Distintos niveles de intervención judicial
  1. Sentencias que se limitan a declarar la nulidad de los acuerdos de reserva de beneficios
    - 1.1 Principio de justicia rogada y congruencia procesal
    - 1.2 Imposibilidad de los jueces de sustituir la voluntad social
  2. Sentencias que imponen a la sociedad la condena al reparto en una siguiente junta general
  3. Sentencias que condenan a la sociedad al reparto de beneficios
    - 3.1 Aseguramiento de la finalidad última de la impugnación: cumplimiento del contrato social
      - 3.1.1 Sentencias que condenan al reparto de la totalidad de los beneficios del ejercicio impugnado
      - 3.1.2 Sentencias que condenan al reparto de una proporción inferior a la solicitada por los impugnantes
    - 3.2 Correcto funcionamiento de los mecanismos legales frente al incumplimiento de la sociedad
- V. A modo de conclusión. El papel de los jueces en los acuerdos de atesoramiento de beneficios



## I. Introducción

Hace un tiempo publiqué un trabajo con Alfaro en el que nos ocupamos del abuso de la mayoría en la política de dividendos, y en el que se repasaban las decisiones judiciales que se ocupaban de los acuerdos sociales de atesorar en vez de repartir los beneficios<sup>1</sup>.

Del análisis jurisprudencial de los actuales arts. 93 a) y 273.1 LSC se deducía que, en la visión de los jueces, los límites a la libertad de la Junta para reservar o atesorar los beneficios y no repartir dividendos derivan de la aplicación de la doctrina del abuso de derecho. Se parte de la legitimidad *a priori* de cualquier decisión de atesorar (*ex art. 273.1 LSC*) que solo se repudia cuando pueda calificarse como abusiva, lo que pone sobre el impugnante probar, por medios directos o indirectos, que el acuerdo social no responde a otra finalidad que la de perjudicar a la minoría.

En nuestro análisis comprobamos que, a pesar de la concurrencia conjunta de circunstancias indiciarias de la existencia de un abuso (larga “sequía” de dividendos; exceso de reservas; ausencia de proyectos de inversión; retribuciones desmedidas o improcedentes de los administradores-socios mayoritarios, etc.) la mayor parte de las sentencias acababan declarando no abusivo el atesoramiento. Cualquier justificación mínimamente razonable para el atesoramiento se considera suficiente para declarar la validez del acuerdo. En definitiva, aunque sea posible impugnar acuerdos contrarios al reparto de dividendos, no es tan fácil lograr una sentencia estimatoria sobre la base del carácter abusivo del acuerdo social de atesoramiento. Eran pocas las resoluciones que declaraban la nulidad o anulabilidad de un acuerdo de no reparto. En el mejor de los casos, el acuerdo de no distribución impugnado quedaba declarado judicialmente sin efecto, pero la sentencia no reconocía el derecho del socio al reparto efectivo de las ganancias sociales.

Aquel trabajo proponía igualmente, partiendo del carácter lucrativo de la causa del contrato de sociedad (*ex art. 1665 Cc*), cambiar la aproximación y hacerlo, no desde la perspectiva del abuso sino de la consideración como regla general la del reparto en lugar de, como viene siendo habitual, considerar el reparto como excepcional. Esto significa que la carga de la argumentación respecto de la decisión de atesorar los beneficios sociales debe recaer sobre la sociedad cuando existan beneficios y estén cubiertas las reservas legales y estatutarias. Se daba cuenta también en aquel trabajo de las sentencias que compartían esta aproximación y se terminaba con una mención especial a la STS nº 418/2005, de 26 de mayo de 2005 (ECLI:TS:2005:3394) que condenó a la sociedad a que se repartiesen los beneficios entre los socios “*en proporción a sus participaciones*” con la esperanza de que su doctrina se consolidara en el futuro respecto de los acuerdos de atesoramiento injustificado de beneficios conforme a la cual

---

<sup>1</sup> ALFARO, J. y CAMPINS, A., “El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia”, *OTROSÍ*, nº 5., 2011, pp. 9 y ss.



*"privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, [en una sociedad que] nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría (...), frente a la minoría".*

Han pasado algunos años de aquel trabajo y he querido volver a realizar la misma tarea a fin de comprobar cómo ha evolucionado el tratamiento judicial del tema casi una década después. Algunos cambios legislativos refuerzan el interés de esta revisión. Por un lado, se ha reformado el régimen de impugnación de acuerdos sociales operado por la Ley 31/2014 con la incorporación de un nuevo apartado al art. 204.1 LSC que consagra legalmente la impugnabilidad de los acuerdos de la junta adoptados abusivamente por la mayoría; de otro, se ha reconocido un derecho de separación al socio disconforme con el acuerdo de aplicación del resultado cuando este no reparte una proporción mínima de los beneficios de la sociedad o del resultado consolidado del grupo de sociedades del que la sociedad sea cabecera (art. 348bis LSC, precepto introducido por Ley 25/2011, de 1 de agosto, cuya aplicación se ha visto suspendida reiteradamente hasta 2017 y cuya última redacción se debe a la Ley 11/2018, de 28 de diciembre). En las páginas que siguen se verá hasta qué punto estos cambios legislativos han influido en la jurisprudencia.

## II. Algunas consideraciones en torno al art. 204.1 LSC y los acuerdos de atesoramientos de beneficios

Hoy como antes, la mayoría de las sentencias que analizan los acuerdos de no reparto de dividendos lo siguen haciendo desde la perspectiva de la doctrina del abuso, esto es, partiendo de la libertad de la junta para decidir sobre la aplicación del resultado (*ex art. 273 LSC*) y de la necesidad de que los demandantes acrediten cumplidamente los elementos que conforman el supuesto de hecho del abuso de derecho. La novedad es que ahora no se apela al art. 7 Cc como fundamento legal de la prohibición de abuso sino al art. 204. 1 II LSC porque, tras la modificación del régimen de impugnación de acuerdos operada por la Ley 31/2014, se ha ampliado el catálogo de acuerdos contrarios al interés social para incluir en él los acuerdos impuestos de forma abusiva por la mayoría en perjuicio de la minoría en línea con la doctrina fijada en la STS de 7 de diciembre 2011<sup>2</sup>. **Conforme a la nueva redacción, "La lesión del interés**

---

<sup>2</sup> Se trata de una sentencia citada recurrentemente en la jurisprudencia posterior, sobre todo, por la detallada exposición que realiza sobre el concepto de interés social y por considerarse la sentencia que ha supuesto un punto de inflexión en favor de la tesis contractualista del interés social que, atendiendo a la causa lucrativa que constituye la finalidad típica del contrato de sociedad, considera lesivos del interés social no solo los acuerdos que contrarían el



*social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, 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”.*

La norma no prevé específicamente el caso del atesoramiento de los beneficios, pero ese ha sido uno de los grupos de casos que han sido tenidos en cuenta por el legislador para redactar la norma, tal y como se explica en el Informe de la Comisión de Expertos que sirvió de base a la modificación legal<sup>3</sup>. No es nuestro propósito realizar un análisis del precepto. Tan sólo dos observaciones. La primera es que, en mi opinión, el traslado de la sede legislativa del criterio de anulación del acuerdo -del art. 7 CC al art. 204.1 II LSC- implica, también, una modificación de los elementos del supuesto de hecho que justifican la anulación y la condena al reparto de los beneficios. En efecto, si como sostiene la más reciente doctrina, las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de incumplimiento<sup>4</sup>, los acuerdos que se anulan sobre la base del art. 204.1 II LSC se anulan porque su contenido implica un incumplimiento por parte de la mayoría del contrato de sociedad por infracción de los deberes de conducta que impone la buena fe contractual (art. 1258 Cc), **no porque la mayoría haya “abusado” de su derecho de voto al adoptar el acuerdo social correspondiente**. Esta explicación resulta, por lo demás, plenamente coherente con la doctrina civilista que afirma que la categoría del abuso debe reservarse para los derechos absolutos que se ostentan frente a cualquiera y que se dan en el marco de relaciones extracontractuales, mientras que la buena fe se aplica en el marco de relaciones intersubjetivas que imponen un deber de mutua consideración o lealtad recíproca, normalmente una relación contractual o cuasicontractual<sup>5</sup>. El cambio de sede normativa tiene, pues, una importante consecuencia: el criterio para decidir si ha de anularse o no un acuerdo social de atesoramiento de beneficios no debe ser ya el del abuso de derecho sino el del incumplimiento contractual por infracción del deber de lealtad de la mayoría como manifestación concreta del principio de buena fe contractual<sup>6</sup>. Tal como proponíamos en

---

interés de la sociedad (sea entendido como un interés propio del ente, sea como suma de los intereses particulares de sus socios, singularmente los de la mayoría) sino los intereses de la minoría.

<sup>3</sup> *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas elaborada por la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, creada por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013*, p. 29.

<sup>4</sup> V. ALFARO, “Comentario al art. 204 LSC”, en [JUSTE, J. (coord.)], *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, (Ley 31/2014), Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 158 ss.

<sup>5</sup> Sobre las diferencias entre el abuso del derecho y el ejercicio contrario a la buena fe puede consultarse la voz de J.M. MIQUEL, “Buena fe” de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995.

<sup>6</sup> Deber de lealtad o fidelidad de los socios que, aun no reconocido expresamente en la ley, se entiende sobreentendido en la propia redacción del art. 204.1 II LSC y es reconocido por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina (v. un resumen de las posiciones doctrinales en la entrada de S. ÁLVAREZ, <https://almacenederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego/>). En la jurisprudencia el TS se ha referido a este deber de fidelidad o lealtad de los socios, entre otras, en las SSTs de 6 de marzo de 1992, de 12 de julio de 2002 y de 7 de marzo de 2006. En la jurisprudencia menor, entre otras, en la SAP de la Coruña de 25 de marzo de 2019 y, entre las más recientes, en la



nuestro trabajo ya citado, el juez debe examinar si el acuerdo de aplicación del resultado constituye o no un incumplimiento del contrato de sociedad por la mayoría teniendo en cuenta la causa lucrativa de este; que la voluntad hipotética de todos los socios es la de que los beneficios se repartan y, por tanto, que lo que necesita de una justificación específica – por muy leve que ésta deba ser – es la decisión de la mayoría de reservar los beneficios. Naturalmente, el incumplimiento del contrato de sociedad por la mayoría debe tener un mínimo de gravedad para que pueda otorgarse un remedio a la minoría lo que justifica, igualmente, una cierta restricción por parte de los jueces en sus decisiones de anulación de estos acuerdos.

La segunda observación es que hubiera sido deseable que la Ley 31/2014, a la vez que ha eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, hubiera previsto un régimen específico sobre la ineficacia de los acuerdos sociales impugnables, y no solo se ocupe de los efectos procesales de las sentencias estimatorias desde una perspectiva registral<sup>7</sup>. Las dificultades de trasladar el régimen general de nulidad del derecho contractual al ámbito societario provocan que se eche en falta, cuanto menos, una previsión legal sobre el alcance de las consecuencias prácticas asociadas a la estimación de la impugnación de los acuerdos sociales, esto es, la tipificación de las medidas concretas en que debería traducirse “*la obligación de restablecimiento por parte de la sociedad de la situación quebrantada por el acuerdo invalidado*”<sup>8</sup>. A falta de esta concreción legal, si observamos la jurisprudencia, además de las sentencias que no consideran ilícita la decisión de no repartir beneficios, nos encontramos con tres tipos de fallos judiciales estimatorios: (i) los que se limitan a declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo impugnado; (ii) los que, además, condenan a la sociedad, a la adopción de un nuevo acuerdo de reparto; y (iii) los que condenan al reparto forzoso de los beneficios sociales del ejercicio impugnado<sup>9</sup>. En nuestra opinión, como tendremos ocasión de explicar, cuando las partes lo solicitan, esta última doctrina judicial es la correcta. Comenzamos el repaso.

---

SAP de Barcelona de 6 de noviembre de 2019.

<sup>7</sup> Así lo apunta también PERDICES, A., “La impugnabilidad de los acuerdos de la junta de socios”, en [ROJO/CAMPUZANO (coords.)] *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, vol. 1, 2015, pp. 441 y ss.

<sup>8</sup> Así, GARCÍA ENTERRÍA, J., “Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales”, en [GARCÍA ENTERRÍA (coord.)], *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014, pp. 449 y ss., 477 y ss.

<sup>9</sup> MUÑOZ PAREDES, A., *El derecho al dividendo*, 1ª ed., julio 2019, “X. La impugnación de acuerdos sociales: su eficacia. El «bucle impugnatorio»” (versión electrónica) cataloga estos tres tipos de decisiones en función de la menor o mayor apertura a la intervención de los jueces en la voluntad social en tesis estricta, intermedia y amplia.



### III. Sentencias que no consideran abusivo el atesoramiento

Aunque en los últimos tiempos se ha producido un incremento considerable de sentencias estimatorias de la impugnación y, lo que es más importante, de sentencias que condenan a la sociedad al reparto de los beneficios, siguen siendo muchas las que, sobre la base excepcional de la apreciación del abuso de derechos, niegan que el acuerdo de aplicación del resultado pueda calificarse como abusivo.

Así, hay sentencias que afirman que el reparto de las ganancias en forma de dividendos “no puede entenderse que sea un fin primordial de la sociedad” y que la participación de los socios en los beneficios se realiza a través de otras fórmulas (más en la búsqueda de una plusvalía en la enajenación de las acciones que en la obtención de un dividendo periódico estable) señalando, además, que la “sobredimensión” de las reservas no puede servir de fundamento para el éxito de una demanda de nulidad del acuerdo de no reparto basado en la lesividad al interés social, toda vez que la constitución de reservas conlleva un fortalecimiento de los recursos propios y un reforzamiento del patrimonio social. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 29 de septiembre de 2015 (JUR/2016/103066). Esta sentencia, en realidad, no examina si el acuerdo es lesivo para el interés de la minoría, sino para el interés social entendido como el interés de los socios y, naturalmente, es imposible que un acuerdo que implica un fortalecimiento de los recursos propios pueda ser contrario al interés social tan estrechamente entendido. En nuestra opinión es errónea porque aun cuando el acuerdo enjuiciado era previo a la reforma, la doctrina y jurisprudencia habían admitido la impugnabilidad de los acuerdos abusivos por lesión del interés de la minoría.

En relación a sociedades con una situación económica saneada que llevan largos periodos temporales sin repartir, otras consideran que no puede hablarse de abuso si se parte de la libertad de la junta para decidir sobre la aplicación del resultado y los socios han consentido el atesoramiento durante años. Así la SAP Valencia, (secc.9ª), nº 130/2014, de 7 de mayo de 2014 (LA LEY 92777/2014). En el mismo sentido, la SAP de Cáceres (secc. 1ª), nº 485/2011, de 16 de diciembre de 2011 (JUR/2012/2029).

Otras niegan el abuso por considerar razonables, atendidas las circunstancias de cada caso, las justificaciones de la sociedad para no acordar el reparto de dividendos. Así, por ejemplo, la SAP de Cantabria (secc. 2ª), nº 74/2011, de 2 de febrero de 2011 (JUR/2013/62246) en un supuesto en que la sociedad, “por un principio de prudencia ante el estado de crisis económica, que es notoriamente real y existente”, acordó no repartir beneficios dos ejercicios en sus dieciséis años de vida. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (secc. 4ª), nº 504/2012, de 12 de julio de 2012 (AC 2012/1201), que apeló al contexto de crisis económica y dificultades de financiación de la sociedad para justificar el acuerdo de atesoramiento de los beneficios del ejercicio impugnado. Lo propio ha resuelto las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, nº 285/2015, de 17 de diciembre de 2015 (AC/2015/1838) y de Sevilla de 27 de julio de 2018 (JUR/2018/270853). Parecida también



es la SAP Madrid (secc. 28ª), nº 263/2014, de 29 de septiembre de 2014 (LA LEY 169022/2014): *“Los efectos de la crisis económica con encarecimiento y restricciones en el crédito y el hecho de que se acometan diversos proyectos acudiendo en parte a la financiación aportada por los propios accionistas, hace que la decisión de no repartir los beneficios obtenidos en esas sociedades se encuentre justificada”*. Lo mismo resolvió la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, nº 143/2014, de 20 de mayo de 2014 (JUR/2025/282797), si bien en un caso no referido a un acuerdo de atesoramiento de beneficios sino de reparto en el que la junta decidió destinar el 30% de los beneficios a dividendos y el 70% a reservas voluntarias, coincidiendo el porcentaje de los beneficios destinados a reservas equivalente a la eventual responsabilidad de la sociedad derivada de la existencia de un proceso de inspección de la Administración no cerrado a la fecha de celebración de la junta. La más reciente de este grupo de sentencias es la SAP de Madrid (secc. 28ª), de 4 de octubre de 2019 (ECLI: APM:2019:11219) en la que la Audiencia no apreció abuso en la decisión de aplicar buena parte de los beneficios a reservas porque la sociedad había distribuido beneficios, en porcentajes diferentes, en una pluralidad de ejercicios precedentes, porque en el ejercicio impugnado no se produjo una negativa frontal a repartir y porque la decisión de repartir algo más de un 20% de los beneficios obtenidos estaba justificada por las dificultades económicas por las que atravesaba la empresa, la realización de un proyecto que se iba a acometer fuera de España y porque se estaba valorando la posibilidad de adquirir una nave industrial, razones todas ellas **expuestas por el administrador en el informe de gestión que “responden a un planteamiento no ajeno a la racionalidad y lógica económica que, en principio, resulta defendible”**.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de primera instancia nº 7, de Vitoria, 63/2012, de 17 de mayo de 2012 (LA LEY 233049/2012), desestimó la demanda apelando al principio de libertad de empresa y, sobre todo, a la situación financiera de la sociedad que de haber repartido dividendos hubiera **entrado en concurso: “No puede existir ejercicio abusivo o de mala fe de sus derechos por parte de los socios que votan a favor cuando existe una causa como la situación concursal que justifique el acuerdo de no repartir dividendos. Hay que recordar que el demandante como socio tiene derechos, pero también obligaciones, y la buena fe limita el derecho del socio al reparto del beneficio cuando este es contrario al interés social que está por encima del interés de cualquier socio, por lo que deberá de ser asumida dicha decisión sin perjuicio del derecho de separación que pueda ejercitar.”**

Un caso particular es el de la SAP Madrid (secc. 28ª), 281/2014, de 1 de octubre de 2014 (LA LEY 171144/2014). La Audiencia no atendió la petición de reparto entre los socios de los beneficios que, según las cuentas de la sociedad, constaban acumulados en el Balance para los ejercicios 2005 a 2009 por un tema de *incongruencia procesal* en la medida que se realizó la solicitud de reparto sin haber ejercitado previamente la acción de impugnación del acuerdo.





## IV. Sentencias estimatorias de la impugnación. Distintos niveles de intervención judicial

Cada vez son más las sentencias que *ratione tempore*, sea *ex art. 7 Cc*<sup>10</sup>, sea *ex art. 204.1.2 LSC*, declaran la nulidad o ineficacia de los acuerdos de atesoramiento de beneficios por considerarlos abusivos. Las diferencias entre ellas residen en el *alcance práctico* en que se cifra esta declaración. Mientras que unas se limitan a declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo impugnado (v. *infra 1*), otras, además, condenan a la sociedad a la adopción de alguna medida dirigida a enervar la ineficacia del acuerdo invalidado y reestablecer la situación quebrantada, ya sea obligando a la sociedad a la adopción de un nuevo acuerdo sobre la aplicación de resultado (v. *infra 2*), ya sea condenándola directamente al reparto de los beneficios (v. *infra 3*).

Resulta bastante obvio que solo estas últimas otorgan una protección completa del interés de los minoritarios a que se cumpla el contrato de sociedad. En efecto, si partimos de la consideración de las acciones de impugnación como acciones de incumplimiento del contrato social, esto es, como “un «remedy» que el ordenamiento ofrece al socio para derrotar a la mayoría que ha incumplido en sentido amplio el contrato de sociedad”<sup>11</sup>, es fácil deducir que solo los fallos que condenan al reparto de una proporción de los beneficios garantiza materialmente y en concreto el derecho del socio a participar en las ganancias sociales (*ex art. 93 a LSC*) del que se ha visto privado ilegítimamente por el acuerdo adoptado por la mayoría (*art. 204.1 II LSC*), lo que, puesto en conexión con la finalidad lucrativa típica de la causa del contrato social (*art. 1665 Cc*), garantiza el cumplimiento del contrato social en sentido amplio. Además, solo este tipo de fallos condenatorios evitan la persistencia del abuso dando cumplimiento a lo que prescribe el *art. 7.2 Cc*.

Ni los fallos que se limitan a declarar la ineficacia de un acuerdo abusivo, ni tampoco los que condenan a la sociedad a que adopte un nuevo acuerdo de reparto, garantizan el cumplimiento del contrato social que ha sido infringido por la mayoría ni evitan la persistencia del abuso. No obstante, cuando las partes únicamente ejercen una acción dirigida a la obtención de una sentencia declarativa de la ineficacia del acuerdo impugnado, estos fallos judiciales pueden

---

<sup>10</sup> La SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2015 resume bien con cita de abundante jurisprudencia los requisitos que debe concurrir para que el ejercicio de un derecho pueda considerarse abusivo *ex art. 7 CC*: “(iii.1) **Ejercicio de un derecho subjetivo externa o aparentemente ejercido en forma legal.** Es decir, que se lleve a cabo una determinada actividad formalmente aparada en un derecho existente, en un título jurídico suficiente que otorgue cobertura a la actuación. (iii.2).- Generación de un daño para un interés legítimo, pero no protegido por una específica prerrogativa jurídica. Se aparece ello al carácter subsidiario de este remedio, y es que en el caso en que el perjudicado esté protegido por una posición legal de exclusiva, se habrá de estar al conflicto de derechos, pero no a la doctrina del abuso de derecho. (iii.3).- El ejercicio formalmente legal del derecho resulte ser antisocial o extralimitado de acuerdo con la normalidad. Pese a aquella cobertura formal del título jurídico que se actúa, la concreta y precisa actuación que se lleva a cabo no pueda resultar amparada por ejercitarse sin su debida finalidad, para la que se concede protección, ya sea por motivos subjetivos de su autor, u objetivos, de las circunstancias de uso; y (iv.4).- Subsidiariedad de la construcción. Esta construcción jurídica del abuso de derecho sólo operará en caso de que el perjudicado no cuente con otro remedio jurídico expresamente habilitado por el Ordenamiento.

<sup>11</sup> ALFARO, “Art. 204”, *Comentario LSC*, pp. 158 ss, p. 163.



explicarse por los principios de justicia rogada y congruencia procesal.

### 1. Sentencias que se limitan a declarar la nulidad del acuerdo de no reparto por abusivo

#### 1.1 Principio de justicia rogada y congruencia procesal

Sin duda, la declaración de ineficacia de un acuerdo infractor es un presupuesto necesario para garantizar el cumplimiento del contrato social, pero, en sí misma, esa declaración no restaura al socio en su derecho a participar en los beneficios de la sociedad del que ha sido ilegítimamente privado por la mayoría ni tampoco evita la persistencia del abuso.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15ª), de 10 de noviembre de 2009 y nº 10/2011, de 21 de enero de 2011 (LA LEY 47103/2011), ambas referidas a la misma sociedad, y que anulan sendos acuerdos adoptados en 2007 y 2008 por la junta de la sociedad en relación con el reparto de los beneficios del ejercicio de 2006. El socio tuvo que impugnar por dos veces el mismo acuerdo sin que la sentencia estimatoria de su pretensión impidiera a la mayoría volver a adoptar un acuerdo de contenido idéntico: atesorar los beneficios.

Estas dos sentencias no son únicas. Son muchas las que estiman la demanda de impugnación, pero no condenan a distribuir el resultado del ejercicio. Así, por ejemplo, la STS nº 873/2011, de 7 de diciembre de 2011 (LA LEY 281251/2011). En ella el TS declara la nulidad del acuerdo de no repartir beneficios, por considerar la existencia de abuso de derecho *ex art. 7 Cc*, en un supuesto en que, según las cuentas anuales, los beneficios obtenidos merced a una compraventa de terrenos de la sociedad ascendían a más de catorce millones y medio de euros tras dotar las reservas obligatorias y compensar las pérdidas de ejercicios anteriores. La sentencia aclara que, para que un acuerdo de atesoramiento se considere abusivo y, en consecuencia, susceptible de ser declarado nulo, no es necesario que la mayoría se niegue sistemática y reiteradamente al reparto de dividendos. Es suficiente que no existan razones objetivas para el atesoramiento.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (secc. 4ª) nº 128/2014, de 25 de abril de 2014 (JUR/2014/218230), la Audiencia confirma la declaración de nulidad del juzgado de instancia en relación a un acuerdo de aprobación de cuentas que aprueba destinar los beneficios a reservas voluntarias tras diez años consecutivos de atesoramiento, a pesar de la elevada solvencia de la sociedad declarando que

*“el acuerdo adoptado de dotación de beneficios a reservas voluntarias en relación a la aplicación de resultados del ejercicio 2010 es nulo por abusivo e injustificado, adoptado en perjuicio de los socios minoritarios, dada su reiteración en ejercicios anteriores, durante diez años, cuando el perito indica que la sociedad tiene un «exceso de autofinanciación», siendo una sociedad muy solvente, cuenta con importantes fondos propios, por lo que no se encuentra justificado el acuerdo de la*



*aplicación del resultado del ejercicio de 2010 a reservas voluntarias, máxime cuando la sociedad tiene realizadas importantes inversiones financieras tanto a corto como a largo plazo, y por el contrario los socios mayoritarios reconocen percibir en juicio importantes retribuciones por los cargos que ostentan en la sociedad”.*

En la sentencia se hace constar que la **sentencia apelada** “*no ordena reparto de beneficio alguno, limitándose a anular el acuerdo societario de aplicación del resultado*”. Dado que la Audiencia resuelve sobre la apelación de la sentencia planteada por la demandada no hace sino desestimar el recurso de apelación y confirmar en sus términos la sentencia de primera instancia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (secc. 4ª) nº 282/2012, de 18 de junio de 2012 (JUR/2012/265949) confirma la sentencia del Juzgado que estimó parcialmente la demanda de impugnación de acuerdos sociales y declara la nulidad de un acuerdo social (adoptado en 2010) que obligaba a los socios a la devolución de unos beneficios percibidos a cuenta (en el año 2001), esto es, hacía más de 10 años. La falta de justificación de un plan de inversiones de dichos beneficios en nuevas operaciones mercantiles y la saneada situación económica de la sociedad hace que el reintegro a la caja sociedad de aquellos beneficios percibidos en 2001 (más el pago de intereses legales) una década después carezca de justificación objetiva y más en un contexto de ocho años consecutivos sin reparto de beneficios y con las reservas intocadas sin darles destino alguno.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (secc. 1ª) nº 472/2011, de 16 de septiembre de 2011 (AC/2014/843) se ocupa de un caso en el que se impugnan conjuntamente los acuerdos adoptados en las juntas de dos sociedades anónimas relativos a la retribución de sus órganos de administración y a la aplicación de resultado. La Audiencia desestima parcialmente la demanda al considerar que, en ambos casos, la retribución de los administradores era proporcionada a la actividad desarrollada. Y argumenta de forma semejante a la de La Coruña que se acaba de reseñar. Tiene interés, sin embargo, la referencia a que el socio minoritario no tiene por qué soportar el atesoramiento de los beneficios cuando tal conducta no responda “*a una necesidad para el normal desarrollo*” de la empresa social “*y es que no podrá, sistemáticamente, negarse al reparto de beneficios que aparezcan en la cuenta de la compañía sin lesionar el derecho que el socio tiene al reparto del dividendo*”. En el caso concreto, se anula el acuerdo de no reparto de una de las dos sociedades anónimas (en las que se decide no repartir los beneficios de los siete ejercicios anteriores destinándolos a reservas) y declara la validez del acuerdo de aplicación de resultado de la otra junta impugnada en la que se acordó el reparto de la mitad de los beneficios obtenido en el ejercicio anterior.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (secc. 1ª), nº 105/2016, de 1 de julio de 2016 (AC/2016/1530) declara la nulidad del acuerdo de aplicación de resultado del ejercicio anterior destinando los beneficios a reservas voluntarias después de haber decidido lo mismo en los tres



ejercicios anteriores. Entiende que el atesoramiento no resulta justificado por una política de expansión de la empresa, inversión o consolidación, y lo considera abusivo en tanto carece de justificación o razonabilidad frente al derecho del socio a participar en las ganancias de la sociedad, que considera un derecho esencial que tiene su base en la esencia del contrato social.

Como decimos, aun cuando las sentencias que se limitan a declarar la nulidad o ineficacia de un acuerdo abusivo no garantizan el cumplimiento del contrato social ni evitan la persistencia del abuso, en los casos en los que los impugnantes únicamente ejercitan una acción de nulidad dirigida a la obtención de una sentencia declarativa de la ineficacia de los acuerdos impugnados, estos fallos pueden explicarse por el principio procesal de *justicia rogada* en virtud del cual los jueces resuelven “no más ni algo distinto” (en palabras de la SAP de Álava de 16 de diciembre de 2011) que lo solicitado por las partes.

## 1.2 Imposibilidad de los jueces de sustituir la voluntad social

Si por el principio de justicia rogada, debe ser el impugnante quien en su demanda debe identificar la medida concreta en que deba traducirse la ineficacia del acuerdo impugnado so pena de que, en otro caso, se afirme que el fallo judicial condenatorio podría incurrir en un defecto de incongruencia *extra petita*, la verdadera eficacia de la impugnación dependerá, en última instancia, de que el impugnante ejercite la correspondiente acción de cumplimiento del contrato en su demanda. Procesalmente, en fin, la impugnación deberá articularse, no solo como una pretensión declarativa de nulidad o ineficacia del acuerdo social de atesoramiento de beneficios, sino también como una pretensión de cumplimiento del contrato incumplido por la mayoría. Solo así los jueces podrán valorar si la pretensión de cumplimiento propuesta por el socio cumple o no el contrato de sociedad y, en su caso, fijar una condena al reparto sin atender al principio procesal de rogación y congruencia.

*La posibilidad de acumular una acción declarativa de nulidad o ineficacia y una acción constitutiva de cumplimiento está hoy fuera de duda*<sup>12</sup>. Que el art. 204 LSC solo se refiera a la impugnación sin recoger expresamente que los minoritarios puedan ejercer cualesquiera acciones disponibles por el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento, tales como, la remoción de efectos, la indemnización de daños, la rectificación, o una acción de cumplimiento específico, no quiere decir que los socios no estén legitimados para ejercitarlas si las normas generales del Derecho de los contratos o de la responsabilidad extracontractual las reconocen. Así lo ha entendido el legislador cuidadoso de la Ley de Competencia Desleal y, por fin, así lo ha reconocido el legislador societario

---

<sup>12</sup> En nuestra doctrina esta idea de acumulación de acciones ha sido defendida por quienes se han ocupado de los acuerdos negativos sobre la base de excluir del cómputo los votos contrarios a la adopción del acuerdo de reparto por abusivos para que el juez pueda declarar aprobada la propuesta de reparto y surja así el derecho al dividendo de los socios. MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Proclamación de acuerdos y acciones declarativas de resultado positivo de una votación”, *RDM*, nº 276, 2010, pp. 197 y ss.



en materia de responsabilidad de administradores en el art. 232 LSC, y en relación a la posibilidad de reclamación de daños por los socios en los arts. 197.5, 204.2 II y 206.1 LSC<sup>13</sup>.

Sin embargo, son numerosas las ocasiones en las que, habiendo sido solicitado una condena al reparto por el impugnante, los tribunales desestiman tal pretensión (la acción de cumplimiento del contrato social) y estiman solo la acción de nulidad. Se trata de una línea de jurisprudencial muy extendida que afirma que la acción de impugnación del art. 204.1 LSC no autoriza a los jueces a sustituir la voluntad de los socios ni a controlar la conveniencia o no de la adopción de unos acuerdos u otros, siendo el efecto propio de la nulidad de los acuerdos sociales la ineficacia de los adoptados y no la sustitución por otros de signo contrario.

Puede ponerse por ejemplo de esta línea jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo nº 569/2010, de 6 de octubre de 2010 (ECLI:TS:2010:5776)<sup>14</sup> e incluye sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15ª), nº 154/2014, de 7 de mayo de 2014 (AC/2014/1115). En esta última, la sociedad no repartió beneficios desde el ejercicio social del año 2003 hasta el 2010. La actora, exesposa del socio mayoritario, solicitó, al amparo del 348 bis LSC, en la redacción de 2011, que se repartiera el 30% de los beneficios obtenidos desde 2003 que fueron destinados a reservas. En contra del criterio de la sentencia de instancia, la Audiencia estima la petición de nulidad de la actora por infracción de lo dispuesto en el art. 7 Cc apreciando la existencia de un conflicto entre **los socios (exesposos)** y la *“inexistencia de justificación alguna de la sistemática dotación de reservas voluntarias de los beneficios sociales obtenidos en cada ejercicio desde el año 2003 y la consecuente falta de reparto de dividendos”*<sup>15</sup>. Pero añade que *“no puede sustituirse la voluntad de la junta sobre el alcance del quantum ahora pretendido. De ahí que, aun habiéndose declarado abusivo el acuerdo de*

---

<sup>13</sup> En doctrina apunta a la posibilidad de un remedio de tipo resarcitorio frente a la sociedad o el socio mayoritario en cuanto tal, SÁNCHEZ RUIZ, M., **“Remedios jurídicos del socio frente a la retención abusiva de los beneficios sociales”**, *Revista Ilex Mercatoria*, vol. 12, 2019. Artículo 8., pp. 92-102, pp.99-100. En la misma línea, y sin perjuicio de reconocer el derecho de impugnación IRIBARREN BLANCO, M., **“La impugnación de acuerdos negativos de la junta general”**, *RDM* nº 304, 2017, pp. 165 ss, apunta a la posibilidad de exigir una acción de responsabilidad frente a los socios desleales en todos aquellos acuerdos negativos que hayan sido adoptados con la participación decisiva de socios desleales.

<sup>14</sup> **“22. Ahora bien, el precepto transcrito, en términos similares a los del artículo 204.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -«Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros», no autoriza a suplir la voluntad social en la adopción de acuerdos que tan sólo a la misma competen, de tal forma que, fuera de aquellos supuestos extraordinarios en los que la propia norma cercena la regla de libertad de adopción de decisiones empresariales e impone a los administradores o a los socios determinadas decisiones -ad ex.casos de convocatoria judicial de junta (artículo 105 en el texto refundido de 1989 y artículo 169 en el de 2010); concurrencia de causas de disolución (artículo 262.3 en el texto refundido de 1989 y artículo 366 en el de 2010))-, el control judicial de las decisiones societarias se limita al examen de la regularidad de los acuerdos adoptados, pero no la conveniencia o no de la adopción de otros, sin perjuicio, claro está, de que la paralización de la toma de decisiones pueda llegar a erigirse en causa de disolución, ésta sí, susceptible de ser adoptada por el Juez. 23. A mayor abundamiento, siendo el efecto propio de la nulidad de los acuerdos sociales la ineficacia de los adoptados, y no la sustitución por otros de signo contrario, carece de sentido la petición formulada”**.

<sup>15</sup> En su opinión, y *“diversamente a lo que sostuvo la sentencia de primera instancia, el hecho de que la parte actora no participase en alguna de las juntas inmediatamente anteriores a la impugnada o de que, asistiendo, no promoviera posteriormente una acción de impugnación de acuerdos sociales, en realidad, no constituye razón que justifique una reiterada y arbitraria falta de reparto de dividendos con la dotación de reservas voluntarias de los beneficios pues la socio es libre de acudir o no a la junta y de hacerlo y de votar en contra, y/o de impugnarla judicialmente después de su celebración”*.



*reparto de beneficios por no resultar justificado, no procede esa reclamación dineraria sino solo la pretensión declarativa de nulidad del primero de los acuerdos impugnados". O la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 5 de marzo de 2018 (JUR/2018/108525) relativa a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid SA (EMSFM), constituida en 1993 por el Ayuntamiento de Madrid (con una participación social del 51%) y un socio privado, FUNESPAÑA SA (con una participación del 49%), encargado de la gestión del objeto social. En el Pliego de condiciones de constitución de la sociedad en 1993 ya se preveía la finalización y extinción de la EMSFM en septiembre de 2016. En una fecha próxima a la extinción, el socio privado impugna el acuerdo de no reparto adoptado por el Ayuntamiento y solicita el reparto de los dividendos extraordinarios correspondientes al beneficio obtenido por la Sociedad desde 1993 para participar en las ganancias obtenidas por la Sociedad. Tras un pormenorizado análisis sobre la discrecionalidad y los límites legales de la junta general para decidir sobre el reparto de dividendos, el Juzgado estima la petición de declaración de nulidad del acuerdo, concluyendo que el control y dirección de la sociedad Mixta a través de la posición mayoritaria de la Administración no puede superar los límites de la voluntad convirtiendo a la misma Sociedad Mixta en un mero instrumento de su voluntad superior. La proximidad de la extinción de la sociedad en el momento de la solicitud de reparto extraordinario de beneficios y el derecho del socio a participar en las ganancias de una sociedad es un hecho determinante, junto con otras circunstancias del caso, para calificar el carácter abusivo del acuerdo de no reparto:*

*“La decisión de la demandada de no aprobación de dicho acuerdo se ha probado realizado en beneficio exclusivo de la demandada, que percibiría el 100 % de los beneficios de la Sociedad, en vez del 51 % de los mismos conforme al capital social aportado, ya que la misma se ha extinguido el 15-9-2016, produciéndose un perjuicio económico para la actora, la cual quedaría privada del reparto de beneficios obtenidos durante la vigencia de la sociedad, y todo ello ha producido que se considere que el acuerdo se adopta con abuso de derecho por no existir una necesidad razonable que justifique el acuerdo”.*

Obsérvese cómo la lógica del juzgador no es la del abuso de derecho sino la del incumplimiento del contrato social. A través del acuerdo de atesoramiento de los beneficios, el socio mayoritario obtenía una “ventaja particular”, esto es, se hacía con todos los beneficios acumulados por la sociedad dada la próxima extinción de la concesión y la liquidación de la sociedad conjunta. El socio mayoritario estaba utilizando el acuerdo sobre aplicación del resultado para incumplir el contrato social, en concreto, infringiendo su deber de lealtad, deber que, como es sabido, prohíbe al socio la persecución de ventajas particulares a costa del patrimonio social y, por tanto, a costa de la parte en este que corresponde al socio minoritario en un caso en el que la sociedad tiene sólo dos socios.

No obstante, la sentencia desestima la petición de condena a repartir dividendos extraordinarios con cargo a reservas voluntarias solicitadas por el socio privado, explicando pormenorizadamente, con cita de jurisprudencia, que las facultades del juez en estos casos se reducen a declarar la ineficacia de los acuerdos, no teniendo cabida una actuación sustitutiva



de la voluntad social como la pretendida por el impugnante de imponer una condena al reparto de un porcentaje determinado.

*“Y es que la decisión del juzgador tanto en la declaración de nulidad de acuerdos en los que se deniega el reparto de dividendos, como en este caso particular de denegación de reparto extraordinario de dividendos, se debe circunscribir a determinar si existió abuso de derecho en la adopción del acuerdo impugnado, dando lugar a su nulidad, pero no puede procederse a suplir la voluntad del órgano social en cuanto al reparto de los mismos, entendiendo a esta Junta General la única competente para acordar un reparto (reparto que procede por el carácter binario de la voluntad social, que al declararse nula la decisión de no reparto conlleva a que la decisión adecuada sea la de reparto de dividendos extraordinarios), y las correspondientes cantidades (ya sean las solicitadas por el Socio minoritario u otras que devengan de minorar la primera dotación a reservas, o que minoren derivadas de necesidades sociales o que en su caso puedan ser fijadas por tercero, etc.). Por tanto, en este sentido, se desestima la demanda planteada en cuanto a esta segunda petición, no procediendo condenar a la demandada a repartir dividendos conforme solicita la actora”.*

Se observa bien que esta corriente jurisprudencial parece bloqueada en la lógica de la nulidad, esto es, la que considera que la acción de impugnación de los acuerdos sociales es una acción de nulidad que tiene por objeto exclusivo eliminar del mundo jurídico el acuerdo social y no asegurar el cumplimiento del contrato de sociedad (integrado por la ley y el “interés social” tal como reza el art. 204.1 II LSC). En nuestra opinión, esta doctrina judicial solo resulta defendible si los impugnantes del acuerdo ejercen una acción dirigida exclusivamente a la obtención de una sentencia declarativa de su ineficacia pero, *si las partes lo solicitan*, no entrar a valorar la pretensión de condena al reparto, ni tan siquiera obligar a la sociedad a que adopte un acuerdo sobre la aplicación del resultado que sustituya el que ha sido declarado eficaz, genera una situación de indefensión injustificada y supone un atentado al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

## 2. Sentencias que imponen a la sociedad la condena al reparto en una siguiente junta general

Incluimos en esta categoría sentencias que, frente a una solicitud de condena a la sociedad por parte del impugnante, anulan el acuerdo de atesoramiento de beneficios por considerarlo abusivo y, además, obligan a la sociedad a adoptar un acuerdo de aplicación del resultado que implique el reparto de un porcentaje de los beneficios en la proporción que establezca la junta. Podría decirse que se trata de sentencias que otorgan una *protección judicial media* porque, aun desestimando la pretensión de condena al reparto solicitada por el impugnante, la condena a la sociedad a la adopción de un acuerdo de reparto puede considerarse como una medida judicial dirigida a remover los efectos del acuerdo declarado ineficaz.



Parece que comparte esta misma doctrina jurisprudencial, si bien *obiter dicta*, la SAP de Gerona (secc. 1º), nº 120/2013, de 21 marzo de 2013 (ECLI:ES:APGI:2013:324)<sup>16</sup>, que, a pesar de mantener el pronunciamiento condenatorio del juzgado de instancia al reparto de los beneficios “*en proporción a la titularidad del capital social*”, afirma que

*“la decisión de la sentencia [de primera instancia] de repartir beneficios no es correcta jurídicamente, pues sólo podía pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo, y acordada la misma, sigue siendo competencia de la junta de accionista el reparto de beneficios, que deberá efectuarse de acuerdo a lo decidido, pero no necesariamente en el cien por cien de todos los beneficios, pues la Junta de accionistas, justificándolo debidamente, puede decidir que el porcentaje a repartir sea inferior y el resto se destine a reservas. Por ello, el pronunciamiento de la sentencia en este aspecto no debió haberse acordado, pero como no ha sido impugnado debidamente, no puede ser modificado”.*

En la jurisprudencia son pocas las sentencias que incluyen expresamente la condena de la sociedad al reparto como parte de su fallo. La primera que hemos conocido, y de la que dimos cuenta en nuestro trabajo anterior, es la SAP de Álava nº 480/2010, de 19 de octubre de 2010 (ECLI:ES:APVI:2010:515)<sup>17</sup>. Frente a la solicitud del impugnante del reparto íntegro de los beneficios del ejercicio impugnado, el juez no fijó la proporción de los beneficios que debían repartirse pero sí condenó a la sociedad a adoptar un acuerdo en Junta en el que se decidiera repartirlos en la proporción que considerase “*oportuna*”.

Más recientemente ha hecho lo propio la SAP de Madrid nº 183/2017, de 31 de marzo de 2017 (ECLI:APM:2017:5572) tras declarar nulos los acuerdos de una junta general en relación a la aplicación de resultados de los beneficios de dos ejercicios y denegar la condena al reparto del 30% de los beneficios correspondientes a los dos ejercicios impugnados que había solicitado el demandante. En cuanto a la declaración de nulidad de los acuerdos de aplicación de resultados (respecto de un ejercicio la decisión social fue la de no reparto y respecto del otro se acordó el reparto en una “*proporción ínfima*”), la Audiencia sostiene que

*“los datos recogidos de los respectivos balances no revelan la existencia de causas que objetivamente justificasen restringir la participación de los socios en el reparto de las ganancias*

---

<sup>16</sup> La Audiencia confirma la sentencia de instancia que había declarado nulo por abusivo el acuerdo de no reparto adoptado por el socio mayoritario, condenando a la sociedad al reparto de los beneficios “*en proporción a la titularidad del capital social*”. Se trata de una sociedad familiar que nunca ha repartido beneficios. El hecho determinante que lleva al juzgado a declarar nulo el acuerdo es que, si bien inicialmente todos los socios prestaban unos servicios a la sociedad percibiendo un sueldo por ello, posteriormente algunos, entre ellos, el impugnante, dejaron de hacerlo lo que provocó que desde entonces no percibieran ninguna participación (directa o indirecta) en los beneficios de la sociedad. En el caso enjuiciado no puede hablarse de actos propios que impidan la impugnación porque el actor ha venido oponiéndose los últimos años a los acuerdos de no reparto, aunque no los impugnara judicialmente. Puede leerse una reseña en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/07/retencion-abusiva-de-dividendos.html>

<sup>17</sup> V. un comentario en la siguiente entrada: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2011/01/atesoramiento-abusivo-de-los-beneficios.html>





*sociales del modo que suponen los acuerdos impugnados (...) lo que se nos revela por tales datos es un estado patrimonial extremadamente saneado”.*

Respecto a la imposición a la sociedad del reparto como dividendo del 30% de los beneficios de los dos ejercicios impugnados<sup>18</sup>, la Audiencia lo deniega estableciendo la obligación de convocar nueva junta para acordar el reparto que “*resulte adecuado*” en los términos siguientes:

*“ 28.- Tal pretensión no puede recibir sino una respuesta negativa por nuestra parte, pues supone convertir al juzgador en el sujeto de decisiones que no le corresponden. Las facultades del juez ante una situación conflictual como la que aquí se presenta se reducen a declarar la ineficacia de los acuerdos sociales que le brindan cobertura (...).*

*29.- En consecuencia, nuestra intervención no puede ir más allá de declarar la nulidad de los acuerdos impugnados, debiéndose convocar nueva junta para acordar la aplicación del beneficio distribuible obtenido en los ejercicios 2005 y 2006 a dividendos en el importe que resulte adecuado a las circunstancias de la empresa, teniendo en cuenta las valoraciones expresadas en precedentes líneas”.*

La Audiencia justifica la imposibilidad de sustituir la voluntad social y atender a la petición de reparto de los impugnantes (que, por referencia a la redacción de 2011 del art. 348bis LSC, habían solicitado el reparto de un 30% de los beneficios) partiendo de la distinta finalidad entre el derecho a participar en los beneficios sociales, de un lado, y el derecho de separación, de otro, señalando lo siguiente:

*“De lege data no cabe una actuación sustitutiva de la voluntad de la junta de socios como la que persiguen los recurrentes, resultando significativo que cuando el legislador ha encarado directamente la problemática subyacente a la situación que se nos plantea haya optado por un remedio radicalmente diferente (artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010,1792, 2400)). En este mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Sección Primera de la Audiencia provincial de Girona de 21 de marzo de 2013 y de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 2014”<sup>19</sup>.*

---

<sup>18</sup> Según se describe en la sentencia, se trata de una sociedad en la que existe una importante situación conflictiva entre los socios que los ha llevado a la sustanciación de otros pleitos judiciales, algunos también relativos a la impugnación de los acuerdos relativos a la aplicación de los resultados por los mismos motivos. En particular, los mismos recurrentes acudieron a los tribunales a reclamar el reparto como dividendo del 30% de los beneficios obtenidos en tres ejercicios anteriores, resultando uno de ellos favorable a la pretensión de los demandantes (SJ Mercantil nº 8 de Madrid de 28 de noviembre de 2013, confirmada posteriormente por la SAP de Madrid de 1 de abril de 2016 (referenciada más abajo). La Audiencia señala que ello no es óbice para entrar aquí en el análisis de la procedencia de la solicitud y llegar a un resultado distinto.

<sup>19</sup> Si bien no de una forma tan explícita, la SAP de Gerona de 21 de marzo de 2013 realiza también algunas afirmaciones de interés en orden a la relación entre el derecho de separación y el derecho a participar en los beneficios de la sociedad, señalando que el que alguno de los socios dejase voluntariamente de prestar servicios en la sociedad, o que formaran una nueva “*es insuficiente para decidir no repartir beneficios*”.



Compartimos el criterio de la Audiencia acerca de la distinta naturaleza, finalidad y requisitos del derecho de impugnación por no reparto de beneficios y del derecho de separación (del tema nos ocupamos *infra* IV, 3.2.) pero, precisamente porque son mecanismos de resolución de conflictos distintos (aunque ambos compartan el objetivo último de proteger los intereses económicos de los socios), *los tribunales no pueden apelar a la existencia del art. 348bis LSC para justificar su falta de actuación en relación al reparto del porcentaje solicitado en una acción de impugnación*, limitándose, a lo sumo, a obligar a la sociedad a que vuelva a adoptar el correspondiente acuerdo.

En efecto, en términos de cumplimiento del contrato social, frente a una pretensión concreta de reparto de los beneficios, la condena a la adopción de un nuevo acuerdo social de reparto merece también una consideración crítica. Y ello porque si, a juicio del minoritario, un reparto de – por ejemplo – la totalidad de los beneficios del ejercicio es la forma en la que el contrato social (la voluntad hipotética de todos los socios en relación con ese acuerdo de aplicación del resultado puesto en conexión con la causa lucrativa del contrato de sociedad) se habría cumplido, lo que está solicitando es que el juez condene a la mayoría a “cumplir” el contrato de sociedad, de forma semejante a cuando un contratante ejerce una acción de cumplimiento específico (*ex art.* 1124 Cc). Lo que está solicitando, en fin, es la ejecución del contrato de sociedad y, como tal, corresponde al juez determinar si la pretensión procesal del impugnante sirve o no al cumplimiento del contrato social y, con ello, a la finalidad última de la impugnación.

Desde la perspectiva del abuso, la conclusión no varía. La falta de un pronunciamiento sobre la pretensión de cumplimiento del socio y la simple condena a que la sociedad vuelva a pronunciarse sobre el destino de unos beneficios relativos a unos ejercicios que ya han sido impugnados no evita la persistencia del abuso y que la sociedad, en aras de su libertad de decisión sobre la aplicación de resultado *ex art.* 273 LSC, pueda volver a adoptar un acuerdo que también vuelva a resultar abusivo introduciendo con ello a las partes en un “bucle impugnatorio”<sup>20</sup>.

Y que no se diga que, en último término, el tema del incumplimiento de la sociedad tras una condena al reparto puede acabar resolviéndose procesalmente por la aplicación del art. 708 LEC obligando a la sociedad a emitir una declaración de voluntad favorable al reparto porque, conforme al 708 LEC, a quien procesalmente habría que obligar a emitir su voto en su sentido determinado no es a la sociedad, como tal, sino a los socios que, con su voto contrario al reparto, han incumplido el contrato social, socios que, sin embargo, no han sido parte en el proceso judicial, toda vez que la acción de impugnación debe dirigirse contra la sociedad (art. 206.3 LSC), siendo esta (y no los socios individualmente considerados) la condenada por la sentencia estimatoria de la impugnación.

---

<sup>20</sup> Así lo afirma también MUÑOZ PAREDES, A., *El derecho al dividendo*, julio 2019, “X. La impugnación de acuerdos sociales: su eficacia. El «bucle impugnatorio»” (versión electrónica).



En fin, cuando se interpone una acción de nulidad dirigida a la obtención de una declaración de ineficacia del acuerdo impugnado, la condena a la sociedad a la adopción de un nuevo acuerdo de reparto nos parece una medida adecuada dirigida a remover los efectos del acuerdo invalidado pero, cuando los impugnantes solicitan una condena concreta al reparto de los beneficios, los tribunales no solo es que puedan, es que deben entrar a conocer de esa pretensión procesal a efectos de determinar si es o no adecuada para cumplir eficazmente el contrato social y evitar la persistencia del abuso. Se verá a continuación.

### 3. Sentencias que condenan a la sociedad al reparto de beneficios

Como advertimos al principio, las dificultades de trasladar el régimen general de las acciones de nulidad del derecho contractual al ámbito societario se habrían evitado si el art. 204 LSC hubiera contemplado expresamente las acciones disponibles por el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de la mayoría o, al menos, las consecuencias prácticas en las que debería traducirse la declaración judicial de ineficacia de los acuerdos sociales invalidados.

En todo caso, como también se ha visto, la ausencia de un régimen jurídico específico sobre la impugnación de acuerdos no resulta insoslayable. Que el art. 204 LSC no haya previsto expresamente que los minoritarios puedan ejercer cualquiera de las acciones disponibles por el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento no quiere decir que no estén legitimados para ejercitarlas (cfr. 197.5, 204.2 II, 206.1 y 232 LSC). Desde el punto de vista de justicia material y de tutela judicial efectiva, si la demanda de impugnación se articula, por un lado, como una acción dirigida a obtener una declaración de ineficacia del acuerdo impugnado (acción de nulidad) y, además, como una acción dirigida a enervar el incumplimiento de la mayoría y lograr el cumplimiento del contrato social infringido por la mayoría (acción de cumplimiento), parece evidente que los tribunales deben entrar a conocer y valorar la adecuación de ambas pretensiones procesales, en particular la pretensión de cumplimiento del contrato social a través de la solicitud de la condena al reparto<sup>21</sup>. Lo mismo que respecto del acuerdo de la mayoría que se impugna, la lógica de la valoración de la pretensión del impugnante debe realizarse desde la perspectiva del cumplimiento del contrato social.

Si atendidas las circunstancias del caso, el juez estima que la pretensión de condena solicitada restaura el derecho económico del que el socio ha sido ilegítimamente privado y sirve para modificar la situación jurídica creada por el acuerdo invalidado, la condena al reparto de los beneficios nos parece la doctrina judicial adecuada. Y ello porque solo estas sentencias aseguran el cumplimiento del contrato social de forma eficaz, desincentivan adecuadamente las conductas incumplidoras futuras de la mayoría (“la persistencia del abuso” en los

---

<sup>21</sup> En el mismo sentido FACHAL, N., “El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso”, *RDM* n° 314, octubre-diciembre 2019 (versión electrónica); SÁNCHEZ RUIZ, “Remedios jurídicos del socio”, *Revista lex Mercatoria*, vol. 12, 2019, pp. 92 y ss.



tradicionales términos del art. 7.2 Cc) y, además porque, como también veremos, reducen la aplicación del art. 348 bis LSC.

### 3.1 Aseguramiento de la finalidad última de la impugnación: cumplimiento del contrato

#### 3.1.1 *Sentencias que condenan al reparto de la totalidad de los beneficios del ejercicio impugnado*

De las cada vez más frecuentes sentencias condenatorias al reparto de los beneficios, son mayoría las que, atendiendo a la solicitud de los impugnantes, imponen el reparto de la totalidad de los beneficios correspondientes a los ejercicios impugnados. En línea con la doctrina sentada en la STS de 26 de mayo de 2005, y vinculándolo a la causa lucrativa como rasgo configurador esencial de las sociedades, estas sentencias parten de que la regla general debe ser el reparto de los beneficios distribuibles (una vez atendidas las reservas legales y estatutarias) y el atesoramiento la excepción debiendo ser la junta la que explique las razones de destinar los beneficios a la dotación de reservas voluntarias.

En nuestra opinión, este es el punto de partida correcto. Como venimos advirtiendo, el reparto es lo que se corresponde “naturalmente” con la causa lucrativa típica del contrato de sociedad (arts. 1665 Cc y 116 Cdc). Es cierto que, en el ámbito de las sociedades de capital, la regla especial de reparto atribuye a la junta la competencia para decidir sobre la aplicación del resultado una vez atendidas las reservas previstas por la ley o los estatutos (art. 273 LSC), y es lógico que así sea porque en las sociedades capitalistas debe reconocerse libertad a los socios para decidir el mejor destino de los beneficios en orden a las necesidades financieras de la empresa, y en consecuencia, libertad para destinarlos, parcial o incluso íntegramente a la constitución o incremento de reservas voluntarias<sup>22</sup>. Pero lo que tampoco debe resultar dudoso es que la regla especial de reparto de las sociedades de capital deba interpretarse a la luz de la causa lucrativa (obtención de beneficios y propósito de reparto entre sus miembros) que constituye el fin común del contrato de sociedad, lo que justifica que sea la junta la que, en su capacidad discrecional de decisión, deba explicar las razones que justifican por qué se aparta del principio general y decide atesorar los beneficios distribuibles del ejercicio. Y precisamente, por la aplicación de esta regla general, si la decisión de atesoramiento *ex art. 273 LSC se impone “sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, y se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios” los jueces deben declarar su ineficacia* (art. 204.2 II LSC) y, si las partes lo han solicitado expresamente en el *petitum*, condenar a la sociedad al reparto íntegro de los beneficios distribuibles del ejercicio impugnado. Esto es, ante el incumplimiento del contrato social por la mayoría por infracción de sus deberes de lealtad, los jueces pueden y deben atender a la pretensión de cumplimiento del contrato por el impugnante y

---

<sup>22</sup> Al respecto puede leerse la interesante entrada de IRIBARREN, M., en la que el autor hace una comparativa entre el ordenamiento alemán y español en relación a los acuerdos de retención de beneficios y protección de la minoría en la sociedad limitada: <https://almacendederecho.org/los-acuerdos-de-retencion-de-beneficios-y-la-proteccion-de-la-minoria-en-la-sociedad-limitada/>



aplicar la regla general de reparto propia de todas las sociedades lucrativas. Solo así se otorga una protección adecuada a los socios frente a las arbitrariedades de la mayoría social. No se trata tanto de sustituir cuanto de integrar la voluntad social por parte del juez en orden a garantizar el eficaz cumplimiento del contrato social y evitar la persistencia del abuso.

Aunque en el caso concreto, no apreció abusividad, la SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2015, parece representativa de esta forma de razonar apelando al carácter binario de este tipo de acuerdos:

*“(v).- ... Concurren razones suficientes como para estimar que en el supuesto especial del reparto de dividendo o restitución a los socios mutualistas como aplicación del resultado social, puede el órgano judicial en el proceso de impugnación integrar la voluntad social, ya que:*

*(v.1).- En esta clase de acuerdos, el contenido de la voluntad social es puramente binario, alternativo. Es decir, la Junta sólo puede, en cuanto a su decisión sobre la aplicación del resultado positivo del ejercicio, adoptar una de dos soluciones, o dotar reservas o repartir dividendos.*

*(v.2).- No se trata, por tanto, de integrar una voluntad discrecional del órgano social, en asuntos o decisiones cuyo contenido puede ser vario, indeterminado por las normas, y asentado en meros criterios de oportunidad e interés. En cambio, en el caso de la aplicación del resultado positivo del ejercicio, únicamente existen dos opciones posibles, excluyentes la una de la otra en su esencia, no cuantitativamente, como se verá.*

*(v.3).- Así, cuando el proceso de impugnación del acuerdo por el que se decidió la dotación de reservas, con denegación de reparto de dividendos, termina con la anulación del acuerdo, anulación precisamente asentada en un reproche al contenido mismo de la decisión, esto es, en que optarse por la dotación de las reservas se ha vulnerado indebidamente el derecho al dividendo, aquella censura no puede más que llevar a la conclusión de que el único acuerdo que era ajustado a Derecho era precisamente el contrario, el de reparto de dividendos, al menos en lo conceptual, no en lo cuantitativo.*

*(v.4).- Esa alternativa con un exclusivo doble camino, y ese reproche de contenido al acuerdo efectivamente adoptado, debe llevar a concluir que, en estos casos especiales, puede el proceso impugnatorio terminar en una integración de la voluntad social, sobre el reparto de dividendo, única posibilidad que permite la tutela íntegra in natura del derecho del socio.*

Entre las sentencias que condenan al reparto íntegro de los beneficios, partiendo de la consideración del reparto como regla general, pueden leerse la SAP de Baleares (secc. 5ª), nº 535/2010, de 22 de diciembre de 2010, la SAP de Toledo nº 5/2013, de 14 de enero de 2013 (ECLI:APTO:2013:19) o la SAP de Madrid nº 181/2018, de 16 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:4451). En todas ellas, la condena al reparto se justifica tras anular el acuerdo de atesoramiento adoptado por la mayoría que ha infringido su deber de lealtad. En concreto, en la SAP de Toledo 14 de enero de 2013 se ocupa de un grupo familiar en el que el demandante, socio minoritario de las sociedades del grupo, ha ocupado cargos directivos en estas, percibiendo por ello una retribución similar a la del resto de socios-administradores (que,



a su vez, son sus hermanos). Las sociedades del grupo no reparten beneficios sino que los destinan a reservas voluntarias. Tras el cese como directivo del demandante, las sociedades continúan con la política de atesoramiento, pero el resto de los hermanos pasan a ocupar cargos directivos en el conjunto de sociedades que, hasta entonces, no existían, con una remuneración que multiplica por cuatro, y hasta por cinco, las retribuciones anteriores<sup>23</sup>. En relación al acuerdo de aplicación de resultado, la Audiencia confirma el fallo condenatorio de instancia al reparto de los beneficios del ejercicio impugnado señalando que

*“es claro que el acuerdo de la mayoría de no repartir dividendos pese a los beneficios que todas la sociedades obtuvieron en el ejercicio, considerado en el contexto de creación de nuevos cargos directivos para los administradores y cuantiosas retribuciones asociadas a los mismos, persigue una finalidad exclusiva, cual es la de privar al demandante de toda participación en el rendimiento económico de las sociedades mientras sus hermanos y el otro socio obtienen por vía salarial unas retribuciones de entre 136.000 y 152.000 € por el desempeño de un trabajo que hasta el cese del demandante se pagaba con unos 35.000 € anuales, lo que evidencia un clarísimo ánimo defraudatorio”.*

En la Sentencia de 16 de marzo de 2018 la Audiencia de Madrid confirma la del Juzgado que declaró nulo el acuerdo relativo a la aplicación del resultado del ejercicio anterior condenando a la sociedad demandada al reparto de la totalidad de los beneficios. La razón última es que el acuerdo de destinar los beneficios del ejercicio a reservas adoptado con el único voto a favor del socio mayoritario constituye un abuso de derecho. La Audiencia confirma las razones que llevaron al *juez a quo* a tomar esa decisión: (i) alto volumen de reservas e inexistencia de razones comerciales para el atesoramiento; (ii) realización por parte del socio mayoritario de operaciones vinculadas entre la sociedad demandada que administraba y otras sociedades que controlaba obteniendo importantes beneficios privados de control; y (iii) decisión de no reparto como mecanismo de presión para los minoritarios, con los que estaba negociando la compra de sus participaciones, y contraria, por lo demás, a la política de reparto de dividendos que tradicionalmente venía realizando<sup>24</sup>.

Especial interés tienen las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº 9, sentencia 50/2018, de 6 de febrero de 2018 (LA LEY 94073/2018) y nº 8, sentencia 382/2019, de 3 de diciembre de 2019, (ECLI:ES:JMB:2019:1179) sobre todo, por la justificación de sus fallos condenatorios al reparto de la totalidad de los beneficios. Ambas conocen de las impugnaciones de acuerdos de una misma sociedad familiar con dos grupos enfrentados por las acciones que han adquirido por herencia: por un lado, aquellos que apoyan la política tradicional de la empresa de no reparto de dividendos y constitución de reservas en línea con la llevada a cabo por el difunto padre,

---

<sup>23</sup> Puede leerse una reseña en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/07/retencion-abusiva-de-dividendos.html>

<sup>24</sup> Puede consultarse una reseña en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2018/06/mas-sentencias-que-condenan-una.html>.



propietario original de la empresa, y, de otro, aquellos partidarios de obtener una rentabilidad inmediata de las acciones que han adquirido por herencia.

En la SJM de Barcelona, de 6 de febrero de 2018 resuelve, entre otras, la impugnación del acuerdo social de aplicación de resultado del ejercicio 2014 y de solicitud de condena al reparto de la totalidad de los beneficios en relación a un acuerdo social en el que se aprobó distribuir el 50% de los beneficios a dividendos y el 50% restante a reservas voluntarias.

En la línea que apuntamos, la sentencia parece decantarse por la idea de que es la sociedad la que debe justificar la decisión de no reparto de beneficios. En ese sentido recuerda que los jueces no son órganos controladores ni fiscalizadores del acierto o desacierto económico de las decisiones empresariales adoptadas libremente por las compañías ex art. 38 CE *“siempre y cuando esa decisión vaya acompañada de una explicación lógica y razonable. Es decir, si una sociedad pudiendo repartir dividendos no lo hace, es porque tiene que haber una lógica empresarial detrás que así lo justifique.”* Tras hacer un detallado repaso sobre la situación financiera de la sociedad concluye que

*“la decisión adoptada por la mayoría del capital social de destinar el 50% de los beneficios del ejercicio 2014 a reservas voluntarias carece de cualquier justificación, ni siquiera apelando a criterios de conservadurismo y prudencia pues la compañía cuenta con unas reservas voluntarias acumuladas de ejercicios anteriores de más de 1.200.000 euros sobre un patrimonio neto que ronda el 1.400.000 euros, cantidad más que suficiente para poder hacer frente a cualquier imprevisto o incidencia que pudiera surgir”.*

Por todo ello, la sentencia declara la ineficacia del acuerdo

*“por ser un acuerdo adoptado de manera abusiva por la mayoría del capital social en contra de los intereses y derechos del socio minoritario al no haber justificación alguna para seguir engrosando las reservas voluntarias de la compañía. Con dicho acuerdo, no sólo se frustraron las legítimas expectativas de los socios minoritarios instantes de este procedimiento, de obtener la máxima rentabilidad de sus acciones sino también se les privó de su derecho a disfrutar de la herencia de su difunto padre pues no olvidemos que todo el patrimonio familiar fue en su día aportado a la sociedad por lo que cualquier cobro de la legítima pasa justamente por la rentabilidad que les den esas acciones”.*

Para el Juzgado tal conclusión no se ve alterada por el hecho de que el acuerdo impugnado siga la tónica tradicional de no reparto de beneficios de la empresa<sup>25</sup>. El hecho de que, en su momento, fuera deseada por los antiguos socios, no significa que se pueda seguir imponiendo por la mayoría a los minoritarios

---

<sup>25</sup> Contrátese con la doctrina fijada en la SAP de Valencia, de 7 de mayo de 2014 y SAP de Cáceres, de 16 de diciembre de 2011 (*supra* II).



*“sino que tiene que ampararse en una justificación razonable, cosa que en este caso no ha quedado acreditado. En la medida en que ha habido un cambio en la composición accionarial, esa política empresarial se tendrá que revisar en pro del “interés social” entendido éste como la suma de los intereses individuales de cada uno de los socios”.*

En cuanto a la solicitud de condena a la sociedad al reparto de la totalidad de los beneficios del ejercicio 2014 solicitada por el impugnante, el Juzgado reconoce que, si bien se trata de una *“cuestión jurídica francamente discutible”*,

*“(…) carece de sentido obligar al administrador único de la compañía a tener que convocar nueva junta para aprobar un nuevo reparto de dividendos sociales cuando de la prueba practicada queda patente que cualquier acuerdo que no pase por el reparto del 100% de los beneficios obtenidos en el ejercicio 2014 vía dividendos, seguiría siendo igualmente abusivo”.*

En nuestra opinión, se comparta o no la postura de que lo adecuado es partir de la consideración del reparto como la regla y el atesoramiento como la excepción, esta consideración permite justificar, en todo caso, la adecuación de estas sentencias condenatorias y rechazar el carácter absoluto de la doctrina que afirma que los jueces no pueden en ningún caso sustituir la voluntad social<sup>26</sup>. En efecto, si tras un proceso judicial queda patente que cualquier acuerdo que no pase por el reparto de la totalidad de los beneficios del ejercicio impugnado seguiría siendo igualmente abusivo y, en consecuencia, solo el reparto del 100% de los beneficios cumple eficazmente el contrato social, lo adecuado, por un tema de justicia material y, también, de economía procesal, es condenar directamente a ese reparto y no devolver el tema a la junta corriendo el riesgo, además, de que esta no respete los términos fijados en la sentencia condenatoria previa y el socio se vea envuelto en un bucle impugnatorio absolutamente injustificado. Y eso es lo que hace esta sentencia. Tras explicar por qué, en el caso enjuiciado, un reparto que no lo sea de la totalidad de los beneficios sería abusivo, concluye señalando que la estimación acumulada de ambas acciones **(de nulidad y de cumplimiento) se hace, en última instancia, “a fin de evitar nuevos procedimientos judiciales”**. En **puridad**, como venimos advirtiendo, en estos casos no hay sustitución de la voluntad social. Más bien, integración de la voluntad social por parte del juez en orden a garantizar el eficaz cumplimiento del contrato social y evitar la persistencia del abuso.

En la misma línea, y respecto a los mismos litigantes en otro proceso de impugnación relativo esta vez al acuerdo social del reparto de 35% de los beneficios obtenidos en el ejercicio 2015, la SJM nº 8 de Barcelona de 3 de diciembre de 2019 explica las razones por las que resulta pertinente considerar forzoso el reparto de la totalidad del ejercicio impugnado en los términos siguientes:

---

<sup>26</sup> Así lo hace SÁNCHEZ RUIZ, “Remedios jurídicos del socio”, *Revista lex Mercatoria*, vol. 12, 2019, p. 99 quien postula la aplicación de la regla del reparto, no como regla general en el sentido que nosotros proponemos, sino como regla por defecto que debería aplicar frente a acuerdos abusivos de atesoramiento.





**“Resulta consustancial a la propia existencia de una sociedad de capital, como es la demandada, la finalidad de repartir los beneficios entre los socios (baste citar aquí los arts. 93.a) TRLSC, 140 Co.Co. y 1.665 CC, entre otros). No obstante, no es menos cierto que en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan varios supuestos en los que se limita o se prohíbe su reparto, por eso se habla siempre de “beneficio distribuible”, que es, sintomáticamente, la expresión que emplea el párrafo 12 de la sentencia de 22 de enero de 2018, antes transcrito.**

*El derecho al dividendo es de carácter abstracto, de modo que sólo se constituye en un derecho de crédito frente a la sociedad tras el acuerdo adoptado por la junta general sobre un concreto reparto de beneficios o reservas.*

*La junta general es el órgano al que corresponde decidir, entre otras materias, acerca de la aplicación del resultado de cada ejercicio y las reservas, y en principio puede adoptar el acuerdo de reparto que mejor considere conviene al interés social (art. 160.a) TRLSC).*

*Sin embargo, pese a tratarse de un órgano soberano, para apartarse de la regla básica de reparto de los beneficios distribuibles, máxime si el posible acuerdo no se adopta por unanimidad (como sucede en el caso presente), debe ofrecer algún razonamiento que justifique la falta total o parcial de reparto. A falta de esta justificación, si además se constata que la sociedad no precisa retener los fondos correspondientes a todo o parte de los beneficios, el acuerdo que se adopte por los votos de la mayoría puede constituir un abuso de Derecho o un abuso de poder de ésta sobre la minoría.*

*En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un escenario en el que en el seno de una sociedad mercantil de carácter familiar, eminentemente cerrada, en la que el capital social está repartido entre tres hermanos, se ha trasladado al ámbito social un conflicto personal entre aquéllos, del que subyace, y este es un hecho notorio, una disputa por el reparto de la herencia familiar ( rectius : herencia del progenitor común de los tres socios de la compañía demandada), en la que el demandante sólo podrá participar ora por la vía la venta de las participaciones sociales de que es titular ora por la vía del reparto del dividendo (...).”*

Descendiendo al caso concreto constata la holgada situación económica de la sociedad y ausencia de proyecto de inversión alguno que justifique la retención de los beneficios. La sentencia relata cómo el acuerdo social del reparto de 35% de los beneficios obtenidos en el ejercicio 2015 es fruto de una sentencia condenatoria previa en la que, tras declarar nulo un primer acuerdo de atesoramiento de beneficios de ese ejercicio, el juzgado condenó a la sociedad a que volviera a convocar junta general para que adoptara un acuerdo positivo de reparto “en el importe que resulte adecuado a las circunstancias de la empresa”. La sociedad defiende la licitud de ese porcentaje de reparto de beneficios (35%) en la medida en que, según su tesis, la sentencia condenatoria previa no concretaba la cuantía de resultado a repartir. El juzgado rechaza este argumento en los siguientes términos:



*“Adicionalmente, el acuerdo impugnado es incompleto porque sólo se pronuncia sobre la aplicación de una parte del resultado cuando debería referirse a la distribución del total; y ello a pesar de la pregunta que expresamente fue formulada por el representante del demandante en el seno de la junta de socios, quien obtuvo del presidente de la junta una respuesta que sólo puede ser calificada de arbitraria, ilógica e irracional, constitutiva de una ilegítima manifestación de abuso de poder de la mayoría social sobre el socio minoritario. Y si bien podría haberse llegado a inferir que el resto no destinado a dividendos habría de ir a incrementar las reservas voluntarias, debió ser explicado de modo claro y expreso en el seno de la junta de socios. Pero, lo más importante, en la junta se hubo de razonar cuál es el objetivo de incrementar las reservas, sin que pueda servir como justificación que la sentencia que trataba de cumplirse no señalaba cuantía: cierto es que no lo señalaba, pero en su fundamentación quedaba claro que faltaba cualquier justificación razonable para retener los beneficios, y esa ausencia continúa en los mismos términos, esto es: inexistencia de justificación alguna de la sistemática dotación de reservas voluntarias.*

*En resumen, en un escenario de reservas legales suficientemente cubiertas y de reservas voluntarias dotadas innecesariamente en exceso, en la junta general extraordinaria en la que se adoptó el acuerdo que esta sentencia declara nulo de pleno Derecho, hubo de exteriorizarse una justificación suficiente de la decisión adoptada y esto no sucedió; y esta decisión es, a nuestro juicio, un fraude de ley que disimula una burla al cumplimiento de una sentencia firme de este Juzgado y ocasiona un perjuicio efectivo al demandante, puesto que restringe sin amparo legal sus derechos de socio.*

*En otras palabras, no se trata de sustituir la voluntad de la junta, que en principio es soberana respecto de las materias que son de su competencia, sino de impedir el abuso que representa el que sin más razón que la de los votos de los socios que configuran la mayoría social deje de repartirse el beneficio, reparto que, por lo expuesto, de modo alguno conduciría a la compañía demandada a una situación de iliquidez o de insolvencia concursal; y esa razón objetiva diferente (de haber existido) tenía que haberse ofrecido precisamente en la junta de 12 de abril de 2018, y no posteriormente en sede judicial.*

*En conclusión, el 100% del resultado del ejercicio 2015 de la sociedad demanda habrá de ser destinado a dividendos y repartido entre los tres socios de la compañía demandada en la proporción que corresponda a cada socio”.*

### 3.1.2 Sentencias que condenan al reparto de una proporción inferior a la solicitada por los impugnantes

Entre las sentencias estimatorias de la impugnación hay un grupo en las que se condena al reparto de una proporción – siempre inferior - que los tribunales estiman más adecuado a las circunstancias del caso.



Así lo hace, por ejemplo, la SAP Álava (secc.1ª) nº 661/2012, de 28 de diciembre de 2012 (LA LEY 276115/2012) que, frente a la solicitud de íntegro reparto de los beneficios, condena a la sociedad a pagar el 20% de los mismos. La Audiencia justifica la fijación de ese porcentaje por el reducido importe del capital social y la conveniencia de capitalizar la sociedad señalando, además, que la valoración del reparto respecto a los ejercicios impugnados debía realizarse en base a las circunstancias concurrentes en aquel momento y no en base a circunstancias concurrentes con posterioridad. Con esta condena al reparto el Tribunal pone fin a lo que, en otro caso, podría haber devenido en un “bucle impugnatorio”. Y ello porque en el caso de autos se resuelve la impugnación del acuerdo de no reparto de dividendos adoptado en una junta de 2011 en relación a los beneficios de dos ejercicios 2006 y 2007 que habían sido impugnados con anterioridad y resueltos por una sentencia de la misma Sala de 19 de octubre de 2010 en la que el tribunal falló que se repartiese *“la parte que la Junta de forma razonada decida, previa aplicación de los resultados a las reservas legales y voluntarias convenientes”* (v. supra III.2) . En la que ahora nos ocupa la Audiencia declara la nulidad del acuerdo de no reparto adoptado en la junta de 2011 en tanto que priva al socio minoritario a su derecho a participar en las ganancias sociales *“y no se ajusta a las previsiones de reparto impuestas por la Sala en su sentencia de 2010”*.

Interesante también es la SAP Madrid (secc. 28ª), nº 117/2016, de 1 de abril de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:6946) que confirma el fallo de primera instancia, declarando la nulidad del acuerdo social de no reparto de beneficios y su destino a reservas, condenando a la sociedad a repartir, al menos, el 30% de los beneficios cuyas cuentas se impugnan<sup>27</sup>. La Audiencia, tras reconocer que (i) no existe un derecho del socio “al dividendo”, es decir, a que se le entregue la parte alícuota del beneficio sino es por un acuerdo de la junta general que decida el reparto, (ii) consciente de que el juez no es un órgano fiscalizador “del desacierto económico” de las decisiones empresariales y no es un órgano dictaminador de lo que en cada momento ha de resultar conveniente para la sociedad, y (iii) asumiendo que el acuerdo de destinar los beneficios a reservas por la junta puede tener una explicación perfectamente razonable, señala que este planteamiento *“puede ser matizado por la institución del abuso del derecho (pues el artículo 7 del C. Civil exige la actuación de buena fe y proscrib el ejercicio abusivo del derecho)”*, dando cuenta del alcance de esta doctrina con cita de abundante jurisprudencia, y relatando a continuación, las circunstancias particulares del caso que demostraban la existencia de abuso<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> En primera instancia (SJM nº 9 Madrid de 28 de noviembre de 2013) el actor solicitada la nulidad y la petición de que se obligara a la repartir a la sociedad el 70% de los beneficios de los ejercicios cuyas cuentas se impugnan (2007 a 2010, ambos inclusiva) solicitando se condenase al pago del mismo porcentaje respecto de los beneficios de los ejercicios cuya distribución del resultado esté pendiente desde la fecha de la interposición de la demanda (y subsidiariamente la cifra que se establezca). En primera instancia se condena al pago del 30% (no sabemos en qué se basa la rebaja del 70% al 30%. La sociedad demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia lo desestima y confirma el fallo de primera instancia.

<sup>28</sup> Sin cuestionar la percepción de los ingresos recibidos por los administradores de la sociedad, la Audiencia alude a la distinta posición desde la que se enfrentan a la situación de no reparto aquellos socios que legítimamente están percibiendo una remuneración por su condición de administradores frente aquellos otros socios meramente inversores de la compañía que no tienen otra fuente de ingresos de la sociedad.



Tras repasar la **situación financiera de la sociedad, y constatar la “situación patrimonial sólida e incluso envidiable”** de la sociedad, concluye que no se está enfrentando a un comportamiento normal de libre determinación económica en el seno de una sociedad mercantil con respecto al destino lógico de unos beneficios empresariales, sino a una conducta de mera imposición abusiva por parte de la mayoría que estaba sometiendo

*“... a la minoría, una vez más, a verse privada de una razonable participación en lo que estaban siendo la sistemática obtención de beneficios sociales, año tras año, sin que el socio minoritario estuviera obteniendo rendimientos merced a la inversión que realizó en el capital social”.*

De especial interés en este grupo es la Sentencia de la Audiencia de La Coruña nº 116/2019, de 25 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:742)<sup>29</sup>. Se ocupa de un supuesto de atesoramiento injustificado de beneficios en el que el socio mayoritario pretende apropiarse del patrimonio social poniendo las **reservas acumuladas al servicio financiero de otra sociedad del mismo grupo** en la que el minoritario no participa. La Audiencia revoca la sentencia de instancia y declara nulo por abusivo los acuerdos de no reparto adoptados en dos juntas de la demandada relativo a los beneficios obtenidos en los dos ejercicios impugnados, condenando a la sociedad, además, al reparto de beneficios en una parte no inferior al 75% de los beneficios (en línea con el porcentaje de reparto acordado por la sociedad en otro ejercicio anterior).

El contexto en el que se ha tomado esta decisión es el de una sociedad compuesta por dos socios en la que el socio que solicita la impugnación es titular de un 49% y ha sido cesado como administrador solidario dejando de percibir su remuneración como tal. El otro socio con una participación del 51% es la sociedad dominante de un grupo en la que el demandante no tiene participación (ni directa ni indirecta). La Audiencia no considera justificadas las explicaciones de la sociedad demandada sobre la necesidad de seguir acumulando reservas (al momento de la impugnación contaba con más de dos millones de euros de reservas) para asumir eventuales **contingencias laborales (que no son “ni actuales ni siquiera probables en el ejercicio siguiente”)** señalando que la sociedad cuenta ya con recursos suficientes para afrontar **“incluso el más catastrófico de los escenarios posibles”**. En el caso enjuiciado, el abuso se materializó poniendo las **reservas acumuladas de la sociedad al servicio financiero de otra sociedad del mismo grupo** en la que el minoritario no participa:

*“(…) en nuestro criterio los acuerdos impugnados son abusivos porque, aun sin ocasionar daño a la sociedad, se adoptan en beneficio del socio mayoritario al que fluyen por vía de financiación las reservas que GSS Atlántico va acumulando, sin garantías ni previsión alguna de restitución, ni siquiera parcial y en perjuicio del minoritario. Desde que el Sr. Ángel Jesús fue cesado como administrador solidario y perdió su retribución como gerente o director del centro de trabajo de*

---

<sup>29</sup> Comentada por <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/08/el-acuerdo-de-aprobacion-de-la-gestion.html>



*A Coruña, su posición cambia por completo, y con ella la valoración que debe hacerse de la continuidad de la línea que la sociedad venía siguiendo sobre la aplicación del resultado. Ya no disfruta el actor de la ventaja compensatoria que obtenía, a cambio de su trabajo, por vía de retribución -solo en un ejercicio, el de 2011, había percibido dividendos- y ello lo sitúa en un nuevo escenario que el socio mayoritario, que es el que lo ha provocado, no puede desconocer”.*

Resulta de especial interés la referencia al deber de lealtad del socio mayoritario como *ratio decidendi* del caso:

*“ (...) una situación en la que se activa y cobra especial virtualidad el deber de lealtad del socio mayoritario hacia el minoritario, el necesario reconocimiento de que la continuidad de la misma política de dividendos que hasta entonces se había seguido ya solo puede beneficiar a GSS Line y perjudicar al Sr. Ángel Jesús, que nada recibe de las ganancias que genera el negocio social y que tampoco puede realizar ventajosamente su inversión -si fuera esa su intención- porque está atrapado en una sociedad cerrada que no reparte dividendos y que destina sus beneficios a financiar a la sociedad dominante, es decir, al propio socio mayoritario”.*

En relación a la condena al reparto, la Audiencia lo justifica por aplicación del art. 7 Cc en los siguientes términos:

*“(…) la pretensión de condena al reparto de los beneficios subsiguiente a la anulación por abusivo de un acuerdo de atesoramiento colisiona con la tradicional resistencia de los tribunales a invadir el ámbito de las decisiones empresariales que los socios deben adoptar bajo su responsabilidad y en función del interés social. Es claro, sin embargo, que desde la perspectiva general del abuso de derecho (artículo 7. 2 Cc) el mandato legal impone a los tribunales no solo preservar la indemnidad del perjudicado sino también la adopción de las medidas que impidan la persistencia en el abuso. La STS 418/2005, de 26 de mayo, confirmó una solución de esta naturaleza, que impuso el reparto de la totalidad los beneficios del ejercicio entre los socios según su participación. En nuestro criterio, a la anulación del acuerdo debe seguir la condena de la sociedad a repartir los beneficios injustificadamente retenidos, puesto que de otro modo no podríamos impedir eficazmente la persistencia en el abuso. Puesto que la sociedad demandada no ha asentado en razones admisibles la decisión de retener los beneficios de los dos ejercicios, ni siquiera en parte, cabría acoger la petición de la demanda y ordenar el reparto de la totalidad de los obtenidos”.*

Aunque la sentencia apela al art. 7.2 CC y a evitar la “persistencia del abuso”, es plenamente coherente con el planteamiento defendido en estas páginas: ha de condenarse a la sociedad a repartir cuando tal condena sea la forma eficaz de asegurar que la mayoría cumple con el contrato social y que se eliminan todos los efectos del incumplimiento articulado a través del acuerdo de aplicación del resultado impugnado.

En cuanto a la fijación del porcentaje de reparto, aunque señala que “cabría acoger la petición de la



*demanda y ordenar el reparto de la totalidad de los obtenidos”, no obstante, atendiendo al porcentaje acordado en un acuerdo de reparto anterior, reduce la condena al reparto de al menos, el 75% de los beneficios de los ejercicios impugnados<sup>30</sup>.*

En nuestra opinión, la regla general de reparto conforme a la cual debe juzgarse la libre decisión de la junta sobre la aplicación del resultado admite excepciones que, en determinados casos, justifican condenas inferiores al reparto de la totalidad de los beneficios distribuibles. Así sucede si ese porcentaje inferior se corresponde con el criterio fijo de reparto que los socios hayan establecido en estatutos o aún sin fijación estatutaria, responde a una eventual política de reparto de dividendos consolidada durante años en la sociedad que permita al Tribunal reconocer el derecho a esa cantidad sin margen alguno a la discrecionalidad. Parece evidente que tampoco en estos casos puede hablarse de una sustitución de la voluntad social cuando de una correcta interpretación e integración del contrato de sociedad acordado por los socios que, como norma privada especial de reparto, debe prevalecer frente a la regla general. Asimismo, también resultan defendibles, si bien en este caso por el principio de justicia rogada, aquellos fallos judiciales que condenan a un reparto inferior atendiendo a la petición concreta de los impugnantes. Parece evidente que, en estos casos, los jueces no pueden apelar a la regla general de reparto y, declarado el abuso, su condena no puede exceder de la solicitada por el impugnante.

Sin embargo, lo que, en nuestra opinión no resulta admisible es que, anulado un acuerdo social *ex art. 204.2 II LSC*, los tribunales, obvian la pretensión de condena (total o parcial) solicitada por los socios, se alejen de la regla general de reparto de nuestro derecho de sociedades, y la sustituyan por una condena al reparto inferior a la totalidad de los beneficios en el porcentaje que ellos estimen más adecuado al caso. En este caso no habría integración de la voluntad social en el cumplimiento del contrato social cuando intolerable sustitución por los jueces de la voluntad social.

### 3.2 Correcto funcionamiento de los mecanismos legales frente al incumplimiento de la sociedad

Las sentencias condenatorias al reparto facilitan, además, una adecuada coordinación entre la impugnación de los acuerdos sociales de aplicación del resultado y el derecho de separación

---

<sup>30</sup> *“Contamos, sin embargo, con un antecedente -el acuerdo adoptado con relación a los beneficios de 2011- en el que los socios valoraron como conveniente el reparto de una suma ligeramente superior al 75% y la retención del 25% restante. Se trata del último acuerdo adoptado (2012) antes de que surgieran, precisamente en 2013, las primeras desavenencias entre los socios, y es llamativo el hecho de que el reparto se decidiese en uno de los años de mayor incertidumbre económica tras la crisis que se inició en 2008, cuando la sociedad contaba con un número de empleados (185, según la memoria) similar al que tenía en 2014 (183) y en 2015 (193), y a pesar de que la propuesta que se había llevado a la junta -según resulta de la memoria de las cuentas anuales de 2011- era la de destinar la totalidad del beneficio a reservas, lo que quiere decir que en la discusión posterior entre los socios alcanzaron estos un acuerdo con el que lograron conciliar sus intereses y los de la sociedad. Siguiendo la misma pauta estimaremos en parte la petición del actor y ordenaremos que se destine a reparto entre los socios, en proporción a su respectiva participación en la sociedad, una parte de los beneficios de los ejercicios de 2014 y de 2015 no inferior al 75%”.*



del socio ahora recogido en el art. 348 bis LSC. No se trata de analizar ahora el precepto<sup>31</sup>. Sobre el art. 348 bis LSC, en la jurisprudencia más reciente puede leerse con interés la SAP de Valladolid nº 272/2019, de 25 de junio de 2019 (ECLI:ES:APVA:2019:917)<sup>32</sup>.

Lo que no debe resultar dudoso es que la impugnación y separación por atesoramiento de los beneficios son dos mecanismos de distinta naturaleza jurídica y con finalidades diferentes. Mientras que la impugnación *ex art. 204.1 II LSC* es una *acción de cumplimiento contractual* que, en el caso de estos acuerdos protege el derecho económico del socio a participar en las ganancias de una sociedad con la que el socio pretende seguir vinculado, la separación *ex art. 348bis LSC* es un remedio resolutorio que, frente a un acuerdo de no reparto de beneficios en los términos allí previstos, posibilita que el socio pueda terminar su relación con los otros socios y recibir su cuota de liquidación. Como se ha dicho con acierto, “*el hecho de que el art. 348 bis LSC y el abuso en la política de dividendos compartan el objetivo del legislador de proteger al socio minoritario en sus intereses económicos no significa que ambas protecciones se solapen, se contradigan o tengan, siquiera, supuestos de hecho semejantes*”<sup>33</sup>.

Tampoco debe resultar dudoso (i) que el art. 348 bis LSC no regula un derecho del socio a un dividendo mínimo (del 33% en su redacción de 2011 o del 25% en su redacción del 2018)<sup>34</sup> y (ii) que

---

<sup>31</sup> Del abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y el derecho de separación nos hemos ocupado en ALFARO/CAMPINS, “**Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital**”, *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, 2014, pp. 65-95. Entre las contribuciones doctrinales más recientes, DÍAZ ALCALÁ, M.A., “**El derecho al dividendo y sus institutos de protección**”, *RdS*, núm. 57, septiembre-diciembre 2019 y allí ulterior bibliografía; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *El derecho de separación por falta de distribución de dividendos en las sociedades de capital*, Marcial Pons, 2019.

<sup>32</sup> Puede consultarse una amplia reseña de esta sentencia en el comentario de ALFARO disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/08/separacion-ex-art-348-bis-lsc-y.html>

<sup>33</sup> Así, ALFARO en su comentario a la SAP de Valladolid de 25 de junio de 2019.

<sup>34</sup> *Contra*, sin embargo, ZARZALEJOS TOLEDANO, I., “**Derecho de los socios a participar en las ganancias sociales**”, *La Ley Mercantil*, nº 48, 2018; PULGAR EZQUERRA, J., “**Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (solvency test)**”, en (FERNÁNDEZ TORRES, I., ARIAS VARONA, F.J., MARTINEZ ROSADO, J., dirs.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid 2018, pp. 673 ss; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *La separación como alternativa al reparto de dividendos en las sociedades no cotizadas (art. 348bis LSC)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018. Entre las decisiones judiciales explica muy bien el juego de la cláusula general del abuso y los presupuestos de aplicación del art. 348 bis LSC la sentencia del JM de Barcelona de 6 de febrero de 2018: “*La entrada en vigor del art. 348 bis LSC ha suscitado muchas dudas jurídicas sobre los efectos que comporta tal precepto: 1) si se trata de una limitación legal al principio de libertad de empresa al imponer a los socios la obligación de acordar un reparto mínimo de dividendos o 2) Si debemos entender, que un acuerdo social que aprueba ese reparto mínimo de un tercio de los beneficios vía dividendos, nunca puede ser considerado abusivo porque la ley le otorga ya al socio minoritario, el derecho a separarse de la compañía. Sin desconocer que estamos ante cuestiones jurídicas francamente discutibles, en tanto en cuanto no haya una jurisprudencia clara al respecto, en mi opinión, la respuesta a ambas preguntas debe ser en sentido negativo por los siguientes motivos: 1) Una cosa es el derecho de separación del socio y otra bien distinta, la acción de impugnación de los acuerdos sociales, estando reguladas en normas jurídicas diferentes, con distintos requisitos y efectos. 2) Porque la junta general de socios sigue siendo soberana para decidir libremente cómo aplicar los beneficios obtenidos del ejercicio anterior, pudiendo aprobar que se destinen íntegramente los beneficios a reservas voluntarias. Ahora bien, los socios tienen que ser también conscientes de los riesgos que asumen a partir de ahora con esa decisión, dando pie a que el socio minoritario se separe de la compañía. 3) Por el hecho de que la junta apruebe repartir un tercio de los beneficios, no significa que el acuerdo sea válido per se. Cierto es que, en este caso, el socio minoritario lo tendrá más difícil a la hora de justificar el carácter abusivo*”



el acuerdo de no repartir esas proporciones de los beneficios simplemente constituye una parte del supuesto de hecho del derecho de separación, pero, naturalmente, no priva al socio de su derecho a impugnar si no desea separarse de la sociedad. En este sentido, la SAP de Madrid (secc.28) nº 335/2015, de 20 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:18439) explica que

*“(v.5).- Cuando el art. 348 bis TRLSC, aún no en vigor a la fecha de esta resolución, permitiese la baja voluntaria del socio ante la negativa a repartir dividendos, no se trataría de la respuesta que imperativamente indica el Ordenamiento a esta situación, sino de una facultad más otorgada a favor del socio, quien puede ejercitarla, o bien puede optar por litigar para la tutela in natura de su derecho al dividendo, sin que la solución propuesta en el art. 348 bis TRLSC suponga una exclusión de tal opción para el socio. (v.6).- Todo ello, sin perjuicio de un problema adicional cual es la fijación concreta de la parte de beneficio que debe ser repartido como dividendo a los socios, para lo cual se debe estar bien a lo recogido en los estatutos sociales, bien en la práctica anterior en tal sociedad, en situaciones similares”<sup>35</sup>.*

Especialmente clara en este sentido es la SAP de la Coruña nº 116/2019, de 25 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:742). Así, frente a las alegaciones de la sociedad que justificaba la adopción de atesoramiento por las orientaciones de política legislativa en 2015 y 2016 que mantuvieron la suspensión de la entrada en vigor del artículo 348 bis del TRLSC facilitando con ello que las sociedades mercantiles no repartieran dividendos, ni aun a petición de los socios minoritarios, la Audiencia señala lo siguiente:

*“No tiene sentido, en nuestro criterio, invocar con la misma proyección defensiva el mantenimiento durante 2015 y 2016 de la suspensión de la entrada en vigor del artículo 348 bis del TRLSC, regulador del derecho de separación del socio por no reparto de dividendos, si con ello se quiere sostener que sobre el enjuiciamiento de concretos acuerdos de atesoramiento adoptados durante la época de suspensión del precepto debe planear la supuesta voluntad de la ley de facilitar o promover acuerdos de esta naturaleza, o de neutralizar los derechos de la minoría. Basta con recordar que el ejercicio del derecho de separación del socio -especialmente si, como es nuestro caso, se trata de un socio titular de participaciones que representan el 49% del capital social- es potencialmente mucho más agresivo para la sociedad que el de impugnación de un concreto acuerdo social sobre aplicación del resultado, y que en modo alguno vislumbramos siquiera en la decisión del legislador de suspender la entrada en vigor del artículo 348 bis el propósito de*

---

*del acuerdo, pero puede perfectamente acreditar que destinar el 77% de los beneficios a reservas voluntarias siga siendo abusivo al no estar justificado*

<sup>35</sup> En una línea semejante la STS de 7 de diciembre de 2011 señalaba lo siguiente: “ La solución indicada [se refiere a la declaración de abuso de acuerdos de no reparto sin justificación alguna], podría ser cuestionada bajo el régimen del artículo 348.bis.(...), pero no puede proyectarse sobre quien contrató con la sociedad una retribución vinculada al reparto de beneficios, ya que, en otro caso, dejaría al arbitrio de la contraparte la eficacia de lo pactado, lo que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil.





*condicionar siquiera el derecho de los socios minoritarios a combatir acuerdos abusivos sobre aplicación del resultado”.*

Por si hubiera alguna duda, la independencia en el ejercicio de ambas acciones ha quedado expresamente confirmada por el último inciso del primer apartado del art. 348bis LSC en su redacción dada por la Ley 11/2018, al prever que el ejercicio derecho de separación por no reparto de dividendos en los términos allí previstos “*se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder*”.

Hay, en fin, un argumento adicional que confirma que las sentencias condenatorias al reparto es la doctrina judicial más adecuada frente a los acuerdos abusivos de atesoramiento de beneficios y es que el reforzamiento del mecanismo de la impugnación merced a este tipo de fallos condenatorios asegura una correcta utilización de los distintos mecanismos de protección (impugnación y separación) diseñados por el legislador para proteger los derechos económicos de los socios pero concebidos con finalidades distintas. La razón es fácil de comprender. Si frente al incumplimiento por parte de la mayoría del contrato de sociedad votando a favor del atesoramiento indebido de los beneficios los tribunales únicamente ofrecen una protección judicial débil (declaración de ineficacia) o media (condena a la sociedad a la adopción de un nuevo acuerdo de reparto), ello acabará provocando que los socios se vean inducidos a ejercer el derecho de separación, convirtiendo a la separación en el remedio “normal” en lugar del excepcional que debería ser. Remedio que, además de resultar más agresivo económicamente para la sociedad que se verá obligada a liquidar la posición del socio en el contrato, no resulta apropiado para la protección de los intereses de un socio que quizá no quiera abandonar la sociedad ante el riesgo y la incertidumbre que, respecto de la cuantía de su cuota resultará de recurrir a la valoración de un experto independiente para determinarla.

V. A modo de conclusión. El papel de los jueces frente a las impugnaciones de acuerdos de atesoramiento

Hasta no hace mucho tiempo el papel de los tribunales en los acuerdos de atesoramiento de beneficios se ha limitado a determinar si resultaban o no abusivos y, en su caso, proceder a declarar su nulidad eliminando del mundo jurídico el acuerdo social invalidado.

En nuestra opinión, este tipo de fallos, en tanto no concretan las medidas en que debería traducirse la declaración de ineficacia del acuerdo impugnado, ni sirven al cumplimiento del contrato social ni, desde la perspectiva del abuso del derecho, cumplen el mandato legal que impone a los tribunales no solo preservar la indemnidad del perjudicado sino también la adopción de las medidas judiciales concretas que impidan la persistencia en el abuso (art. 7.2 Cc).



Por el principio de justicia rogada, parece que la sentencia condenatoria que corrija el incumplimiento de la mayoría y restaure el derecho subjetivo del socio a la participación en las ganancias debe pasar porque el impugnante lo solicite expresamente en el *petitum* de su demanda. El problema es que, como se ha visto, son numerosas las ocasiones en las que, habiendo sido solicitado por el impugnante, los tribunales desestiman la pretensión de condena al reparto (esto es, la acción de cumplimiento del contrato social) y estiman solo la pretensión de ineficacia (la acción de nulidad) apoyándose en una consolidada doctrina judicial que sostiene que la impugnación del art. 204.1 LSC no autoriza a los jueces a sustituir la voluntad de los socios ni a controlar la conveniencia o no de la adopción de unos acuerdos u otros, siendo el efecto propio de la nulidad de los acuerdos sociales la ineficacia de los adoptados y no la sustitución por otros de signo contrario. A lo sumo, algunas sentencias, basándose en esta doctrina judicial, condenan a la sociedad a la adopción de un acuerdo de reparto en junta general conforme a los criterios que esta estime oportunos. El problema es que este tipo de condena ni garantiza por sí sola el cumplimiento del contrato ni impide, en su caso, la persistencia del abuso. Prueba de ello son las ocasiones en las que los minoritarios se han visto envueltos en un bucle impugnatorio volviendo a impugnar acuerdos sociales que no han sido respetuosos con los términos fijados en una sentencia condenatoria previa, viendo frustrado así su derecho a la tutela judicial efectiva. Llevada a sus últimas consecuencias, en fin, el problema de la aplicación de esta doctrina judicial, está servido.

En los últimos tiempos se ha producido un incremento considerable de sentencias que, frente a acuerdos de atesoramiento abusivos, condenan a la sociedad al reparto de los beneficios. En nuestra opinión, esta es la doctrina judicial adecuada. Si bien es cierto que, en las sociedades de capital, la regla especial de reparto es la libre decisión de la junta, no debe resultar dudoso que su aplicación debe realizarse a la luz de la regla general de reparto de nuestro derecho de sociedades. Lo anterior justifica que sea la sociedad la que, en su capacidad discrecional de decisión, deba explicar las razones de porqué se aparta del principio general y decide atesorar los beneficios. Cuando la mayoría no da razones que expliquen su decisión de no reparto y se constate que el acuerdo ha sido adoptado infringiendo su deber de lealtad o este resulta abusivo (en la mayoría de los casos los socios mayoritarios son administradores y cobran de la sociedad por vía distinta a los dividendos sociales), esto es, cuando resulte probado que el acuerdo de atesoramiento adoptado por la mayoría incumple el contrato de sociedad en sentido amplio, lo adecuado es que los jueces, además de declarar su ineficacia, atiendan la pretensión de cumplimiento del contrato del impugnante y apliquen la regla general de reparto de nuestro derecho de sociedades. Como hemos explicado, no se trata de una sustitución por los jueces de la voluntad social, cuanto de a una correcta integración de la voluntad social a la vista de las exigencias que el deber de lealtad y la voluntad hipotética común de los socios en relación con la causa lucrativa de las sociedades. Solo esta doctrina judicial, en fin, asegura el cumplimiento del contrato social de forma eficaz, desincentiva adecuadamente conductas incumplidoras o abusivas futuras de la mayoría y, además, evita que los socios se vean abocados a recurrir al derecho de separación por no reparto de beneficios previsto no como una acción de incumplimiento sino como un mecanismo de resolución social.



**CUATRECASAS**

Publicado en: La Ley Mercantil, nº 65/2020 (enero)