
DOS REMEDIOS FRENTE A UN MISMO PROBLEMA. EL TS CONFIRMA QUE -ANTE LA FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS- NO SOLO CABE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN SINO TAMBIÉN LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO SOCIAL

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 9/2023 de 11 de enero de 2023, trata un supuesto de atesoramiento injustificado de beneficios por una compañía, que deja a un socio que se encuentra apartado del rendimiento de esta y atrapado en una sociedad cerrada.



Gorka Goenechea
Col·legiat Núm: 28.983



Laura Álvarez
Col·legiada Núm: 37.055

Lo relevante de la sentencia radica en que, ante una situación de vulneración del derecho a participar en las ganancias sociales, evidenciada por una sistemática negativa de la mayoría social a repartir dividendos, el Tribunal Supremo declara que el socio tiene dos herramientas jurídicas distintas.

Puede el socio por un lado optar, en determinadas circunstancias, por el ejercicio del derecho de separación ex art. 348bis LSC. Y puede, por otro lado, ese mismo socio, impugnar ex art. 204 LSC el acuerdo de aplicación del resultado del ejercicio a reservas, por lesionar el interés social.

Esta lesión se produce, dice la Sala, cuando -aunque no cause daño al patrimonio de la sociedad- el acuerdo de no repartir las ganancias (i) no responda a una necesidad económica razonable de la sociedad, (ii) se haya adoptado por la mayoría en interés propio y (iii) ocasione un perjuicio injustificado a los demás socios.

Esto era algo que se había insinuado en algunas resoluciones de instancias menores (por ejemplo, la sentencia núm. 50/2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de 6 de febrero de 2018). Sin embargo, el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo que aquí comentamos es claro cuando dispone: "ese derecho de separación regulado en el art. 348bis LSC, además de ser facultativo, es compatible con el ejercicio de otras acciones, ya sean las de impugnación de los acuerdos que aplicaron el resultado de beneficios a reservas, ya sean las eventuales de responsabilidad frente a los administradores por incumplimiento de deberes legales que constituyan un presupuesto ineludible para la adopción del acuerdo de reparto de beneficios. De tal manera que la facultad de instar la separación, cumplidos los presupuestos y requisitos del art. 348bis LSC no es el único remedio con que cuenta el socio minoritario. También tiene la posibilidad de impugnar el acuerdo, si se acredita que fue adoptado con abuso de la mayoría, como es el caso. Y contando con esta variedad de acciones, cada una de

LO RELEVANTE DE LA SENTENCIA RADICA EN QUE, ANTE UNA SITUACIÓN DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS GANANCIAS SOCIALES, EVIDENCIADA POR UNA SISTEMÁTICA NEGATIVA DE LA MAYORÍA SOCIAL A REPARTIR DIVIDENDOS, EL TRIBUNAL SUPREMO DECLARA QUE EL SOCIO TIENE DOS HERRAMIENTAS JURÍDICAS DISTINTAS

las cuales responden a una finalidad propia y está sujeta a unos requisitos también propios, corresponde al socio titular de esos legítimos intereses optar por la acción legal que satisfaga mejor su pretensión". Esto, además, es congruente con la literalidad del art. 348bis.1 LSC al que antes aludíamos y que, como es sabido, dispone que: "[l]o dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder".

Para justificar su decisión y aunque la vigente regulación contenida en el art. 204.1 LSC no alude expresamente al caso que es objeto de la sentencia, el Tribunal Supremo recuerda que el Grupo de Expertos

que sugirió la actual redacción de dicho precepto, mencionó expresamente como supuesto de abuso "la opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos".

La sentencia del TS de 11 de enero de 2023 —en cuanto confirma la compatibilidad entre las acciones de separación e impugnación— facilita además una alternativa clara al proceso regulado en el art. 348bis LSC, que a menudo presenta dificultades para el socio saliente, cuando por ejemplo la sociedad intenta enervar ese derecho artificiosamente haciendo valer el denominado "derecho de arrepentimiento" (STS núm.

32/2006 de 23 de enero RJ/2006/256 y sentencia núm. 2700/2020 de la Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de diciembre de 2020, RJ/2021/22047) o cuando por la sociedad se alega la eventual infracción del deber de lealtad del socio frente a la sociedad (STS núm. 38/2022 de 25 de enero RJ/2022/538).

La decisión de la Sala, de no solo declarar la nulidad del acuerdo de no repartir dividendos, sino también de condenar a la sociedad al pago de esos dividendos, se adopta con base el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias de la sociedad, unido al hecho de que —según el Tribunal Supremo— la estimación de la impugnación del acuerdo de destinar el beneficio a reservas conlleva que deba entenderse aprobada la otra alternativa, es decir, la del reparto. Con esta decisión, el tribunal evita que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del socio, que se produciría si —anulado el acuerdo— la mayoría volviera adoptarlo en junta, en los mismos términos, persistiendo el abuso. Entendemos que esta sentencia, junto a la núm. 418/2005 de 26 de mayo de 2005, de la misma Sala y Tribunal, consolidan una línea jurisprudencial sobre la materia.

En cuanto a la determinación del porcentaje concreto del reparto (75% del beneficio del ejercicio), la Sala toma en consideración el hecho de que, en el pasado, la misma sociedad había adoptado el acuerdo de repartir ese mismo porcentaje del beneficio. El tribunal considera que no puede hablarse de una suplantación de la voluntad de los socios porque ese porcentaje había sido ya acordado en un reparto anterior.

En definitiva, como hemos analizado, tanto el remedio de la impugnación del acuerdo social ex art. 204 LSC por la falta de reparto de dividendos, mediante el que se pretende imponer el respeto del contrato social, como el ejercicio del derecho de separación ex art. 348bis LSC, mediante el que se pretende resolver el contrato con la sociedad, son dos vías diferenciadas, compatibles, con finalidades y requisitos propios, siendo potestad del socio optar por la acción legal que satisfaga mejor sus intereses en cada caso concreto.

Todo parece indicar que esta sentencia viene a confirmar la línea jurisprudencial tendente a establecer judicialmente el reparto de dividendos (vid p. e. sentencia núm. 2541/2020 de 30 de noviembre de la Secc.15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona) y a inclinar la balanza hacia la idea de que reparto de los beneficios debe ser la regla general en las sociedades de capital —presididas por un lógico afán de obtener un rendimiento económico— siempre en términos de razonabilidad. ¹⁴
