

Mercantil

Opresión de la minoría y condena al reparto de dividendos (STS, Sala Primera, de 11 de enero del 2023)

El trabajo analiza la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de enero del 2023, sobre la condena a una sociedad a repartir los dividendos sociales en un contexto de opresión de la minoría.

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Los juzgados de lo Mercantil son cada vez más conscientes de las implicaciones que tiene una situación de conflicto entre socios de sociedades cerradas y capaces de identificar los indicios típicos de una estrategia de opresión de la minoría: apartamiento de la gestión, denuncia o incumplimiento de los contratos laborales o de prestación de servicios retribuidos a favor de la sociedad, ampliaciones de capital abusivas, extracción de valor mediante operaciones vinculadas y retribución de los administradores e implementación de medidas que dificultan el ejercicio de los derechos políticos o de control, entre otras.

A las anteriores medidas se añade normalmente la negativa injustificada y continuada en el tiempo a repartir los beneficios sociales mediante la sistemática aplicación del resultado positivo del ejercicio a la constitución de reservas (denominada *acuerdos de atesoramiento*) y todo con la finalidad de «matar de hambre» al socio minoritario.

La regulación legal española sobre sociedades de capital dispone de un buen conjunto de reglas de carácter preventivo y algunos remedios específicamente diseñados para proteger la posición de los socios minoritarios en un contexto de «opresión de la minoría».

La principal medida consiste en el reconocimiento del abuso de mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales (art. 204.1 *in fine* de la Ley de Sociedades de Capital o LSC), que se une a la regulación sobre transacciones vinculadas y deberes de lealtad de los administradores —con sus especialidades en materia de ejercicio de acciones de responsabilidad por infracción del deber de lealtad (arts. 227 y ss. LSC)—, el régimen de retribución de los administradores y consejeros delegados (arts. 217 y 249 LSC y STS, Sala Primera, de 26 de febrero del 2018), la prohibición de votar en la dispensa de dichas obligaciones de lealtad para el socio-administrador (art. 190.1 LSC) o la inversión de la carga de la prueba sobre lesión del interés social en los litigios sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por socios mayoritarios incurso en conflicto de intereses no posicional (art. 190.3 LSC). En lo que se refiere a los acuerdos de atesoramiento, la medida más importante y controvertida consistió en reconocer el derecho de separación del socio por falta de distribución de dividendos (348 *bis* LSC).

No obstante, es necesario reconocer que, en ocasiones, la utilidad en la práctica del ejercicio de este tipo de derechos y acciones para proteger la posición de los socios minoritarios es muy limitada.

A nadie se le escapa que a la declaración de nulidad de un acuerdo por abuso de mayoría le suele seguir la adopción de otro u otros acuerdos también abusivos, que es necesario impugnar de nuevo con un considerable coste económico y, muchas veces, personal.

En cuanto al ejercicio de acciones de responsabilidad de administradores por pago de retribuciones excesivas o infracción de deberes de lealtad, si bien se pueden traducir en la condena a reintegrar el daño causado

a la sociedad, esta solución no sirve de gran cosa cuando dicho patrimonio continúa bajo el control de la misma mayoría de socios-administradores que actuó de forma abusiva y desleal. Apenas existen precedentes de exclusión del socio-administrador de una sociedad de responsabilidad limitada condenado a indemnizar a la sociedad (art. 350 LSC).

Por su parte, el derecho de separación por falta de distribución de dividendos no llegará a surgir si los gastos de explotación de la compañía resultan sobrecargados mediante pagos que no suponen sino un traslado de valor de la sociedad hacia el socio o socios mayoritarios (*v. gr.*, con las generosas retribuciones de administrador y otras transacciones vinculadas). Además, puede no ser una solución aceptable en muchos casos, ya que el experto independiente designado por el Registro Mercantil puede ser incapaz de determinar el valor razonable de la participación, bien por la propia naturaleza de la actividad social, bien por las trabas a la valoración que pondrán los socios mayoritarios al cargo de la administración de la compañía.

Es cierto que la situación que se acaba de describir se puede evitar mediante la firma, en el momento fundacional, de pactos o acuerdos parasociales dirigidos a proteger la posición de los socios minoritarios (y a la inversa) en un contexto de conflicto y que los buenos abogados insisten mucho en este punto con sus clientes. Sin embargo, la realidad práctica de las sociedades cerradas demuestra que se constituyen (o se heredan) sobre la base de vínculos familiares o de amistad y, precisamente por ello, los acuerdos alcanzados por los socios al tiempo de la constitución de la sociedad no se suelen documentar, lo que no quiere decir que no existan.

2. Legítimas expectativas de los socios y causa del contrato social

La participación directa en la administración de la compañía, con acceso directo a la información, documentación y toma de decisiones, en muchos casos de forma remunerada, o la prestación de servicios, también remunerados, a la sociedad responden en muchos casos a acuerdos alcanzados por todos los socios en el momento de la constitución de la sociedad y está en la causa misma del negocio fundacional de sociedades donde las relaciones de trabajo y capital aparecen sustancialmente conexas.

El cese en el cargo de administrador y la terminación unilateral de estos contratos sin más razón que la voluntad del socio o socios mayoritarios, junto con la negativa al reparto de los dividendos sociales, conlleva la extinción de los medios de que dispone el socio minoritario para participar en las ganancias generadas por la sociedad. La adopción de este tipo de decisiones por los socios de control determina una infracción de las bases esenciales del contrato social y frustra las legítimas expectativas de socios minoritarios que, lejos de ser socios meramente inversores, esperan rentabilizar su inversión en la compañía mediante la prestación de servicios remunerados a la sociedad.

Hace tiempo que la jurisprudencia estadounidense y algunas regulaciones estatales de ese país han reconocido la posibilidad de promover acciones o remedios de distinto tipo dirigidos a proteger dichas expectativas frente a estrategias de opresión o abusivas de la mayoría, que pueden llegar consistir en ordenar la compraventa por el socio mayoritario de su participación en la sociedad mediante la valoración de las participaciones sociales por un experto independiente. En el mismo sentido, la *Companies Act*

inglesa del 2006, entre otras regulaciones del ámbito anglosajón, permite a los socios minoritarios que padecen una estrategia de opresión solicitar judicialmente la separación o la compraventa forzosa por el socio mayoritario de las acciones o participaciones titularidad del socio minoritario en sociedades cerradas (arts. 994 y 996).

Las sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña de 25 de marzo del 2019 y del Tribunal Supremo de 11 de enero del 2023 que analizamos en este trabajo deben ser encuadradas en este contexto.

No se trata de que se haya condenado a una sociedad a repartir un dividendo que los socios mayoritarios no querían repartir ni de que los tribunales españoles interfirieran en las decisiones de autofinanciación de las empresas. Estamos ante un caso de privación injustificada, con respecto al socio minoritario, de toda intervención en la gestión de la sociedad y de la retribución por su trabajo como director de almacén, acompañada de una extracción de la liquidez de la compañía mediante contratos de financiación al socio mayoritario y de una retención abusiva de las ganancias sociales, evitando de forma injustificada el reparto de dividendos durante dos ejercicios seguidos. Esto es importante destacarlo a la hora de identificar el fundamento y, por consiguiente, la evolución posible de esta jurisprudencia.

3. Un caso de opresión de la minoría

La sociedad en conflicto es una sociedad de capital (una corporación) de base personalista. Los dos únicos socios son una sociedad (titular del 51 % del capital) y un socio persona física (titular del 49 % restante). A su vez, la sociedad dominante está controlada por dos personas físicas unidas por

vínculos familiares (padre e hijo) que ocupan cargos retribuidos en su consejo de administración.

Como relata la sentencia de la Audiencia Provincial, durante catorce años seguidos (entre el 2000 y el 2014) el socio minoritario participaba en la gestión como administrador solidario y percibía una retribución aproximada de cinco mil euros mensuales (en realidad, por la realización de actividades accesorias a las orgánicas como la «dirección de un almacén»). Por su parte, la socia mayoritaria mantiene «relaciones de servicios y financiación» con su filial que le permiten disponer de la liquidez necesaria para pagar retribuciones de considerable cuantía a los miembros de su consejo de administración (padre e hijo).

En ese contexto de paz social y de retribución directa o indirecta de todos los socios, la sociedad no repartía dividendos, con la única excepción del reparto realizado en el ejercicio del 2011, cuando se acordó por unanimidad distribuir el 75 % del beneficio del ejercicio.

En marzo del 2014 se manifiesta el conflicto entre los socios, que discurre conforme al itinerario normal de este tipo de situaciones. El minoritario es cesado como administrador solidario (y como «director de almacén»), de modo que deja de percibir la retribución mensual correspondiente y es apartado de la gestión, que pasa a asumirla exclusivamente el socio de control como administrador único.

Las relaciones de prestación de servicios y financiación entre la sociedad en conflicto y su socia mayoritaria sufren cambios (conversión del saldo de línea de crédito en préstamo participativo, posterior extinción, firma de un contrato de financiación del

grupo que impide el reparto de dividendos a algunas sociedades, pero no a otras, etc.). Adicionalmente, al tiempo que la matriz continúa financiándose con cargo a la filial en conflicto y le presta servicios retribuidos, se cierra el grifo de los dividendos: se niega el reparto de las ganancias sociales obtenidas en los ejercicios 2014 y 2015, a pesar de que la sociedad cuenta con reservas acumuladas durante todos los ejercicios anteriores de importante cuantía.

En esta situación de opresión de la minoría, el socio minoritario impugnó los acuerdos de constitución de reservas por considerarlos abusivos y, esto es lo característico del caso, acumuló una acción de condena dirigida contra la sociedad para que se repartiera la totalidad del beneficio de ambos ejercicios.

La Audiencia Provincial de La Coruña le da la razón porque se advierte un cambio en las relaciones de los socios que impide al minoritario obtener el rendimiento derivado de su inversión inicial en la compañía, mientras que la socia mayoritaria sí lo recibe (la negrita y la cursiva son nuestras):

21. Sentado lo anterior, 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 presión 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 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 —sólo en un ejercicio, el del 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; 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 sólo 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo destaca no sólo el carácter abusivo del acuerdo de atesoramiento, sino el conjunto de la situación típica de una estrategia de opresión de la minoría, y pone el acento en la frustración de las legítimas expectativas del minoritario de participar en los rendimientos derivados de la actividad social mediante la retribución por prestación de servicios a favor de la sociedad, mientras que la socia mayoritaria recibe asistencia financiera que le permite abonar retribuciones a su consejo de administración:

A finales del 2014 la sociedad tenía unas reservas de 2 128 630 euros. Con estas reservas dejaba de ser una «necesidad razonable» no repartir las ganancias obtenidas en los ejercicios 2014 y 2015, para convertirse en una excusa «injustificada» para imponer la mayoría ese acuerdo de no reparto de beneficios que, a tenor de los antecedentes expuestos en el primer fundamento jurídico, perjudicaba al socio minoritario que tenía una participación del 49 % y había dejado de obtener rendimientos económicos de la sociedad, mientras que quienes controlaban la matriz (socia mayoritaria), seguían beneficiándose de los rendimientos que les proporcionaba la retribución como administradores de la matriz, gracias además a la asistencia financiera que le prestaba la filial.

Como muy bien apreció la Audiencia, estamos ante un supuesto claro de acuerdo impuesto con abuso por la mayoría, en perjuicio claro de la minoría, pues pretende privarle del lógico rendimiento económico derivado de las ganancias alcanzadas por la compañía, sin que exista una necesidad razonable que lo justifique.

La conclusión que cabe extraer de todo lo anteriormente expuesto es que no se trata de que la Audiencia de La Coruña o el Tribunal Supremo interfieran en las decisiones de autofinanciación de las empresas, sino de revertir los efectos de una estrategia abusiva de opresión consistente en privar al socio minoritario —sin causa justificada— de los ingresos que percibía a cambio de su trabajo como director del almacén y, al tiempo, impedirle todo acceso a las ganancias sociales, que sí recibe la socia mayoritaria mediante las líneas de financiación constituidas con la filial

en conflicto «sin garantías ni presión alguna de restitución, ni siquiera parcial», que al final «suben» a las personas físicas que controlan la sociedad matriz en forma de retribuciones a su consejo de administración.

Si el fundamento correcto de esta resolución es el deber de lealtad entre socios (como afirma la Audiencia), la prohibición del abuso de derecho (como razona el Tribunal Supremo) —o sería preferible hablar de la existencia de un contrato o acuerdo base en situación de coligación negocial con el contrato de constitución de la corporación, pero subordinado a aquél— es una cuestión que no es posible abordar en este trabajo.

4. Análisis de la resolución

Las críticas más contundentes que han recibido estas resoluciones son más bien teóricas y derivan de la idea de que, si bien es admisible declarar abusivo un acuerdo de constitución injustificada de reservas, el tribunal no puede declarar aprobado el acuerdo «inverso» de distribución de dividendos, ya que no existe una alternativa *única* al acuerdo de constitución de reservas adoptado de forma abusiva. De este modo, condenar a una sociedad de capital a repartir como dividendos *precisamente* la suma que la socia mayoritaria decidió destinar a reservas constituye una injerencia indebida en una decisión de carácter empresarial, como es la relativa a la financiación de la actividad social mediante recursos propios o ajenos.

Desde este punto de vista, el único remedio posible contra un acuerdo abusivo de aplicación del resultado del ejercicio a la constitución de reservas consistiría en declarar su nulidad, y la junta general debería ser convocada de nuevo para decidir libremente sobre la aplicación del resultado del ejercicio, se supone que con el único límite de no volver a

acordar el destino de la totalidad del resultado a la constitución de reservas. Si el nuevo acuerdo fuera también considerado abusivo para la minoría, ya que la sociedad siempre es beneficiada por la constitución de reservas, se podría anular de nuevo, y así sucesivamente hasta llegar a un reparto que no se pueda considerar abusivo. De hecho, ésta es la solución que normalmente ofrecen autores y tribunales de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como el alemán o el italiano.

En nuestra opinión, la decisión adoptada por la Audiencia de La Coruña y ratificada por el Tribunal Supremo es sustancialmente compartible, pero es importante destacar dos cuestiones, una de fondo y otra de carácter formal:

- La cuestión de fondo se refiere, una vez más, a que la justificación de estas sentencias no sólo reside en una falta de reparto de dividendos, sino en la extinción de la relación retribuida del contrato de arrendamiento de servicios que permitía al socio minoritario obtener un rendimiento económico de la sociedad, al tiempo que la socia mayoritaria sí lo recibe mediante líneas de financiación sin garantías ni plazos reales de devolución. Si el socio minoritario hubiera sido un mero inversor, la demanda habría sido desestimada, y lo mismo si no se hubiera alegado (y probado) esta estrategia de opresión a la minoría. Lo que han hecho estos tribunales es restablecer la eficacia de los acuerdos alcanzados por los socios en el momento mismo de la constitución de la sociedad y por eso es coherente que se haya acordado el reparto en la cifra que los propios socios consideraron adecuada en un momento anterior al conflicto. Es la versión española de la *Legitimate Expectations Approach* de los tribunales estadounidenses.

- La cuestión formal se refiere a la necesidad de respetar el procedimiento de adopción de decisiones en una organización corporativa como es la sociedad de capital, incluso cuando se trate de una sociedad con base personalista.

El derecho del socio al dividendo sólo puede surgir de un acuerdo de la junta general, que a su vez requiere de la formulación de una propuesta que debe ser sometida a deliberación y votación en el seno de esa junta general. Cuando esa propuesta es rechazada (de forma explícita o implícita), lo procedente es acumular a la acción de impugnación del acuerdo positivo (el atesoramiento de dividendos) una acción declarativa del resultado positivo de la votación (la negativa al reparto de dividendos) que vaya acompañada de la pretensión de anulación por abusivos de los votos en contra de la propuesta de aplicación del resultado formulada en junta general por uno o varios socios.

Este tipo de acción, sometida a los mismos requisitos procesales y materiales que las acciones de impugnación de acuerdos sociales, debe dirigirse contra la sociedad y contra los socios cuyos votos en contra se pretenden anular y se debe garantizar el derecho del resto de los socios a personarse en el proceso como intervinientes procesales a efectos de que todos puedan hacer valer, como excepciones, las causas de nulidad o anulabilidad que pudiera presentar el acuerdo cuya declaración se pretende del tribunal con el apoyo de los votos formulados a favor de la propuesta («el acuerdo está en los votos»). La sentencia que se dicte tendrá eficacia de cosa juzgada frente a todos los socios y determinará el establecimiento de la situación jurídica

resultante de la aprobación de la propuesta con efectos retroactivos y sin posibilidad de ulterior impugnación. El derecho del dividendo del socio habrá nacido como consecuencia de la declaración judicial (que no es lo mismo que una sentencia directa de condena a la sociedad) y su titular podrá exigir el pago a la sociedad, que deberá abonarlo con cargo a sus reservas disponibles (273 LSC).

El caso resuelto por la sentencia comentada cumple los anteriores requisitos, al tratarse de una sociedad integrada por sólo dos socios. El socio minoritario realiza en el suplico de la demanda una petición de reparto de dividendos. En el proceso se debatieron las razones por las que se consideraba que el reparto solicitado por el demandante resultaría contrario al interés social, razones que son desestimadas por el tribunal (*v. gr.*, incumplimiento de un contrato de financiación que prevé como causa de vencimiento anticipado el reparto de dividendos).

5. Conclusiones

- a) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de enero del 2023 resuelve un supuesto de hecho muy particular donde se advierte la existencia de una estrategia de opresión a la minoría integrada no sólo por los acuerdos que denegaron el reparto de dividendos, sino por un conjunto de comportamientos del socio mayoritario o socio de control que niegan al socio minoritario sus legítimas expectativas de obtener un rendimiento económico de su participación societaria en forma, sea de dividendos, sea de prestación de servicios o trabajo de forma retribuida.

- b) En nuestra opinión, el caso no se habría resuelto del mismo modo si el demandante hubiera sido un mero inversor o si la socia mayoritaria no hubiera disfrutado de la financiación que no devuelve y que le permite retribuir a las personas físicas que integran su consejo de administración en los términos señalados por las sentencias. Creemos que la resolución judicial adoptada en la instancia encuentra implícitamente su fundamento en la afirmación de la existencia de un acuerdo entre los socios que sirve de base a la propia constitución de la sociedad que habría sido infringido por la socia mayoritaria.
- c) Una sociedad de capital no puede ser condenada a repartir dividendos a sus socios, ya que dicho reparto requiere la adopción de un acuerdo por la junta general de socios. No obstante, es posible acumular a la acción de impugnación del acuerdo positivo de constitución de reservas una acción declarativa de la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado mediante la anulación de los votos emitidos en contra. Una vez declarado el resultado de la votación, nacerá el derecho del socio al dividendo y su pago será exigible por el socio si la sociedad cuenta con reservas suficientes para asumirlo.