El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el reparto forzoso del dividendo, 18 años después

Febrero 2023

Juan de la Fuente, socio del Departamento de Litigación y Arbitraje de Garrigues

Artículo publicado en Economist & Jurist, el 8 de febrero de 2023.

Comentario de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, por medio de sentencia dictada el pasado 11 de enero de 2023, se ha pronunciado por segunda vez a favor de la posibilidad de que los tribunales de justicia condenen a las sociedades mercantiles a aplicar el resultado del ejercicio de una forma distinta a como se acordó en junta general, obligando a repartir entre los socios importes que, en principio, se habían destinado a reservas. Se trata de una resolución judicial de gran interés, puesto que se une a una anterior resolución del Alto Tribunal en el mismo sentido, de 26 de mayo de 2005. De esta manera, al existir dos pronunciamientos del Tribunal Supremo, se genera doctrina jurisprudencial en la materia.

ABSTRACT: *The Supreme Court, by means of a ruling issued on January 11, 2023, has ruled for the second time in favor of the possibility of the courts of justice to condemn commercial companies to apply the profit for the year in a different way to that agreed at the General Meeting, forcing them to distribute among the shareholders amounts that in principle had been set aside for reserves. This is a judicial decision of great interest, since it joins an earlier decision of the High Court in the same sense, dated 26 May 2005. Thus, since there are two pronouncements of the Supreme Court, it generates jurisprudential doctrine on the matter.*

I. Introducción

Han tenido que transcurrir casi 18 años para que el Tribunal Supremo haya dictado una segunda resolución judicial aceptando la posibilidad de condenar a una sociedad mercantil al reparto obligatorio de dividendos. Ha sido por medio de la sentencia núm. 9/2023, de 11 de enero de 2023 (recurso de casación núm. 3319/2019; ponente Sancho Gargallo, Ignacio).

La anterior decisión de la Sala Primera en este sentido había sido la sentencia núm. 418/2005, de 26 de mayo de 2005 (recurso de casación núm. 4744/1998; ponente Villagómez Rodil, Alfonso).

De esta manera, al existir dos resoluciones del Tribunal Supremo en el mismo sentido, podemos concluir que ya existe una doctrina jurisprudencial conforme a la cual, junto con la petición de anulación del acuerdo social de aplicación del resultado, cabe articular una solicitud adicional para que se condene a la sociedad a un determinado reparto entre los socios.

Se trata de una doctrina de especial relevancia, toda vez que la normativa en materia de impugnación de acuerdos sociales no contempla expresamente esta opción. Los artículos 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) únicamente se refieren a la posibilidad de que los acuerdos sociales impugnados lleguen a ser anulados. Nada dicen estos preceptos sobre la facultad del juzgador de determinar cuál deba ser el sentido del acuerdo social.

En este artículo revisaremos de forma somera la evolución experimentada en los últimos años en esta materia concreta, para, a continuación, analizar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023.

II. La anulación del acuerdo social abusivo de aplicación del resultado

En nuestro ordenamiento jurídico cabe la posibilidad de impugnar acuerdos sociales de aplicación del resultado cuando los mismos no responden a un criterio razonable, sino más bien a una intención abusiva, normalmente de opresión a la minoría.

El caso prototípico es el de una sociedad en la que quien ostenta la mayoría del capital social, y por ende el control, ocupando los puestos de dirección, generosamente retribuidos, no tiene un especial interés en el reparto de dividendos, lo que le puede conducir a imponer diferentes acuerdos sociales destinando el beneficio sistemáticamente a reservas.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, estos acuerdos sociales pueden anularse por resultar los mismos abusivos, beneficiando injustificadamente a la mayoría del capital en perjuicio de la minoría. La cuestión radica en que este abuso tiene que ser objeto de una debida prueba, y se ha constatado que no siempre ha sido así.

En muchas ocasiones la resolución del litigio depende de la visión que el tribunal tenga respecto del reparto de los beneficios en una sociedad de capital. Habrá juzgadores que considerarán que dicho reparto es la regla general en las sociedades de capital, presididas por un afán de lucro, y serán especialmente exigentes respecto de las explicaciones dadas por la compañía para justificar el destino del beneficio a reservas. Otros, sin embargo, harán una lectura diferente y serán especialmente estrictos respecto de la demostración del abuso o perjuicio injustificado a la minoría, partiendo de la premisa de la libertad de decisión de la junta general soberana.

Ello ha dado lugar a sentencias en las que no se apreció fraude, y otras en las que se concluyó que sí existió un abuso determinante de la anulación del acuerdo social[1].

El resultado varía según las circunstancias concurrentes, la prueba practicada y su valoración por parte del juzgador. Cuando se anulan los acuerdos sociales, normalmente es debido a que la sociedad está muy saneada económicamente, a que la falta de reparto es sistemática, a que no existe acreditación de una necesidad futura de las reservas, y/o a que existe una retribución a los socios mayoritarios por sus puestos de administración, en contraste con la situación de los socios minoritarios. Por el contrario, en los supuestos en los que se desestima la demanda, por lo general

[1] No consideraron que se hubiera producido una actuación irregular las siguientes resoluciones judiciales: sentencia núm. 283/2008 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de octubre de 2008 (rollo de apelación núm. 358/2008; ponente Caruana Font de Mora, Gonzalo), Sentencia núm. 282/2010 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava de 4 de junio de 2010 (rollo de apelación núm. 586/2009; ponente Madaira Azcoitia, Iñigo), sentencia núm. 230/2011 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de abril de 2011 (rollo de apelación núm. 437/2010; ponente Jover Coy, Juan Antonio), sentencia núm. 504/2012 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de julio de 2012 (rollo de apelación núm. 504/2012; ponente Martínez Pérez, Juan), y sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de 27 de julio de 2018 (magistrado Carretero Espinosa de los Monteros, Francisco Javier).

Sí entendieron, por el contrario, que existió una decisión abusiva, por ejemplo, las siguientes resoluciones: sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 23 de junio de 2006 (magistrado Sanjuan Muñoz, Enrique), sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña de 11 de julio de 2008, confirmada por sentencia núm. 873/2011 del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 1857/2008; ponente Gimeno-Bayón Cobos, Rafael), sentencia núm. 128/2014 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 25 de abril de 2014 (rollo de apelación núm. 216/2013; ponente Fernández-Montells Fernández, Antonio Miguel), sentencia núm. 105/2016 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 1 de julio de 2016 (rollo de apelación núm. 105/2016; ponente Hernández Hernández, María Victoria), sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander de 25 de enero de 2018 (magistrado Martínez de Marigorta Menéndez, Carlos), y sentencia núm. 197/2018 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 6 de abril de 2018 (rollo de apelación núm. 238/2018; ponente González Floriano, Antonio María).

ello se debe a la suficiente justificación en razones económicas de la sociedad, a veces relacionadas con una coyuntura económica delicada que aconseja prudencia.
La prueba pericial económica suele ser de gran importancia en estos conflictos. Así lo demuestra la reciente sentencia núm. 280/2021, de 16 de julio de 2021, de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo de apelación núm. 739/2019; ponente de Vicente Bobadilla, José Manuel). La Audiencia parte de la base de la soberanía de la junta general y descarta que en el caso concreto se sobrepasaran los límites razonables en la toma de decisiones. Para ello se apoya en la prueba pericial económica practicada, la cual puso de manifiesto una evolución negativa de la compañía en los años anteriores, un estrecho margen de liquidez y una incertidumbre futura que justificaba la cautela.

III. Resoluciones judiciales anteriores a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023

Antes de referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023, vamos a actualizar brevemente la información relativa a las decisiones judiciales que se pronuncian sobre una posible condena al reparto del dividendo.

En los últimos años, se ha apreciado un mayor número de sentencias favorables a condenar al reparto [2]. Así se deduce, por ejemplo, de diferentes resoluciones judiciales dictadas con ocasión de un mismo conflicto societario.

Se trataba de una sociedad mercantil cerrada, cuyos socios eran tres hermanos. Uno de los dos hermanos acabará planteando la anulación de los acuerdos de aplicación del resultado de 2015, 2016 y 2017, así como la condena a la sociedad al reparto de todo el resultado positivo de dichos ejercicios sociales.

En lo que respecta al ejercicio 2015, se dictó una primera sentencia el 22 de enero de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (magistrada: Cervera Martínez, Marta) que anuló el acuerdo de aplicación del resultado y ordenó que se celebrara una nueva junta.

Dicha junta general tuvo lugar el 12 de abril de 2018 y en la misma se acordó un reparto del 35% del resultado, el cual fue objeto nuevamente de impugnación, y esta vez el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona dictó sentencia el 3 de diciembre de 2019 (magistrado: Niño Estébanez, Roberto) declarando la nulidad del acuerdo y ordenando el reparto entre los socios del 100% del

[2] Entre las sentencias a favor de la posibilidad de ordenar el reparto forzoso del dividendo tenemos la sentencia núm. 704/2000 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 27 de septiembre de 2000 (rollo de apelación núm. 1048/1998; ponente Rives Seva, José María), la bien conocida sentencia del Tribunal Supremo núm. 418/2005, de 26 de mayo de 2005 -y las resoluciones que desembocaron en la misma, a saber, la sentencia núm. 672/1998 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 26 de noviembre de 1998 (rollo de apelación núm. 294/1997; ponente Prieto Lozano, Francisco Javier), confirmatoria de la sentencia de 24 de febrero de 1997 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcoy-, la sentencia núm. 434/2005 de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (rollo de apelación núm. 527/2005; ponente Legido López, Epifanio), la sentencia núm. 471/2010 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 22 de diciembre de 2010 (rollo de apelación núm. 535/2010; ponente Oliver Barceló, Santiago), la sentencia núm. 661/2012 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava de 28 de diciembre de 2012 (rollo de apelación núm. 540/2012; ponente Elizburu Aguirre, Iñigo), la sentencia núm. 5/2013 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de enero de 2013 (rollo de apelación núm. 35/2012; ponente Buceta Miller, Emilio), la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de abril de 2016 (rollo de apelación núm. 177/2014; ponente García García, Enrique), la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de 6 de febrero de 2018 (magistrado: Córdoba Ardao, Bárbara María), y la sentencia núm. 181/2018 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de marzo de 2018 (rollo de apelación núm. 389/2016; ponente Galgo Peco, Ángel).

Por lo que toca a resoluciones expresamente contrarias a la posibilidad de ordenar un reparto obligado de dividendos, encontramos las siguientes: la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Gerona núm. 120/2013, de 21 de marzo de 2013 (rollo de apelación núm. 22/2013. Ponente: Ferrero Hidalgo, Fernando), que confirmó la nulidad del acuerdo de destino a reservas adoptado en una sociedad de carácter familiar, si bien, *obiter dicta* se indicó que no se compartía la condena al reparto de dividendos, ya que a su entender la Junta de socios debía ser soberana para decidir el porcentaje de reparto. Pero como esta condena al reparto no fue objeto de recurso -sino sólo la anulación específica del acuerdo-, la misma fue confirmada por la Audiencia. La sentencia núm. 183/2017 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de marzo de 2017 (rollo de apelación núm. 282/2015; ponente Galgo Peco, Ángel), y la sentencia de 5 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid (magistrado: Guillamón Ruiz, Moisés).

resultado. La decisión fue luego confirmada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, por medio de sentencia núm. 2540/2020 de 30 de noviembre (rollo de apelación núm. 248/2020; ponente Garnica Martín, Juan Francisco).

Esta misma condena a repartir el 100% del resultado se repetirá respecto de los dos siguientes ejercicios, 2016 y 2017. En el ejercicio 2016 el acuerdo inicial había consistido en un reparto del 33,33%, mientras que respecto del ejercicio 2017 había subido al 35%. Sin embargo, tanto en primera instancia como en apelación, se entendió que debía ser del 100%. Por lo que respecta al ejercicio 2016, las resoluciones dictadas fueron, primero, la sentencia de 8 de mayo de 2019 del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona (magistrado: Córdoba Ardao, Bárbara María) y la sentencia núm. 878/2020, de 22 de mayo, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de apelación núm. 2221/2019; ponente Fernández Seijo, José María). En cuanto al ejercicio 2017, se trató de la sentencia de 4 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona (magistrado: Niño Estébanez, Roberto) y de la sentencia núm. 2541/2020, de 30 de noviembre, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo de apelación núm. 1381/2020; ponente Fernández Seijo, José María).

IV. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023 y la condena al reparto del dividendo

El conflicto que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo que motiva este comentario se enmarca en una sociedad de responsabilidad limitada constituida en el año 2000, y cuyo capital está dividido entre dos socios, uno titular del 49% y el otro del 51%.

Las desavenencias empiezan bastante tiempo después y motivan una doble impugnación de acuerdos sociales de aplicación del resultado de los ejercicios 2014 y 2015. Los beneficios habían sido de unos 115.000 euros y de unos 257.000 euros, respectivamente, y se había acordado su destino íntegro a reservas.

La demanda fue desestimada en primera instancia (sentencia de 29 de diciembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de La Coruña), pero el recurso de apelación fue acogido por medio de sentencia de 25 de marzo de 2019 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña (rollo de apelación núm. 367/2018; ponente González-Carrero Fojo, Pablo Sócrates).

El parecer de la Audiencia fue que los acuerdos impugnados eran abusivos, pues beneficiaban injustificadamente a la mayoría en perjuicio de la minoría. Fueron cuestiones determinantes para dicha decisión la existencia de reservas en la compañía por importe superior a los 2 millones de euros, así como el cambio de circunstancias del socio minoritario a partir de 2014, cuando fue cesado como administrador solidario, dejó de percibir retribución alguna, y quedó atrapado en una sociedad cerrada que no reparte dividendos.

Dado el momento en que se adoptaron los acuerdos sociales, resultaba de aplicación la nueva redacción del artículo 204.1 de la LSC, a resultas de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, conforme a la cual se añadió lo siguiente: “La lesión del interés 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”.

En cuanto a la petición de condena al reparto de todo el resultado, la Sala se hace eco de 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”. Sin embargo, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, se apuesta por “la adopción de

medidas que impidan la persistencia del abuso". Más en concreto, se señala que "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". En cuanto a la cantidad a repartir, la Audiencia se decanta finalmente por un 75% del resultado, que fue el porcentaje repartido en 2011, único ejercicio en el que no se había destinado todo el beneficio a reservas.

En lo que respecta a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023, la misma confirma el carácter abusivo de los acuerdos sociales, desestimando el recurso de casación en este extremo.

Y en cuanto a la condena expresa a la sociedad al reparto del 75% del resultado, los motivos de casación también son rechazados en el Fundamento de Derecho Cuarto. Frente a la parquedad de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, en esta ocasión el Alto Tribunal hace una exposición más extensa, en la que descarta que se produzca una suplantación de la voluntad de los socios y apela a la tutela judicial efectiva del socio minoritario.

Más específicamente, el Tribunal Supremo entiende que los tribunales de justicia están en condiciones de determinar la aplicación del resultado, porque la anulación del destino a reservas conlleva que se pueda aprobar judicialmente la otra alternativa posible, que es el reparto entre los socios. De esta manera la propia resolución judicial conlleva que el derecho abstracto al dividendo queda concretado. A lo cual se añade que se trata de la fórmula idónea para proteger el derecho a la tutela judicial efectiva del socio minoritario impugnante, permitiéndosele acceder a una decisión eficaz.

V. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023 y el artículo 348 bis de la LSC

Otra cuestión de gran interés que trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo es la relación de la impugnación de acuerdos sociales de aplicación del resultado, y en concreto la eventual petición adicional de la condena a un determinado reparto, con el artículo 348 bis de la LSC.

Recordemos, en primer lugar, que la primera redacción del artículo 348 bis LSC fue fruto de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Aunque nada se indicaba en su exposición de motivos sobre la razón de ser del nuevo precepto, en la enmienda que introdujo este artículo se dejaba constancia de que el objetivo perseguido era evitar la vulneración sistemática, año tras año, del acceso a los beneficios, lo cual es una fuente frecuente de conflictividad en el seno de las sociedades mercantiles. Se entendía que el establecimiento de un derecho de separación sería un mecanismo adecuado para garantizar el reparto parcial del dividendo y para reducir en consecuencia dicha conflictividad[3].

[3] El precepto es resultado de una Enmienda de adición (la número 21) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 111-11, de 30 de mayo) que indicaba lo siguiente: "El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles» de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo ese derecho. La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.
De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión «beneficios propios

El inicial artículo 348 bis de la LSC era un precepto muy exigente para la compañía, ya que, si se quería evitar el derecho de separación del socio, era preciso, a partir del quinto ejercicio social desde el nacimiento de la sociedad, proceder al reparto de al menos un tercio de los beneficios propios de explotación legalmente repartibles[4].

El artículo 348 bis de la LSC fue suspendido el 24 de junio de 2012 –por medio de la Ley 1/2012, de 22 de junio– y luego ampliada dicha suspensión hasta el 31 de diciembre de 2016 –por Real Decreto-ley 11/2014, de 5 se septiembre–. Finalmente entró en vigor el 1 de enero de 2017 tras haber sido objeto de numerosas críticas debido a los riesgos que implicaba para las compañías.

A resultas precisamente de dicho cuestionamiento, por medio de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, se procedió a la modificación del artículo 348 bis de la LSC, el cual, conservando su espíritu y finalidad, se vio sin embargo modulado en diferentes aspectos.

Se introducen, entre otras, las siguientes modificaciones: (i) se indica expresamente que los estatutos sociales pueden alterar esta regulación, (ii) el reparto mínimo pasa del 33,33% al 25% y además puede ser incluso inferior dependiendo de la distribución durante los cinco años anteriores, (iii) se señala expresamente la compatibilidad de este derecho de separación con la impugnación de acuerdos sociales y la exigencia de responsabilidad al órgano de administración, (iv) se introducen previsiones respecto de grupos de sociedades, y (v) se excluyen situaciones concursales y preconcursales, así como las sociedades anónimas deportivas.

Si bien la exposición de motivos de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, nada dice, una vez más, sobre la razón de ser de esta modificación, su tramitación parlamentaria nos muestra la misma. La modificación del artículo 348 bis de la LSC fue fruto fundamentalmente de las enmiendas 19 (Grupo Parlamentario Ciudadanos) y 108 (Grupo Parlamentario Popular) en el Congreso. En la primera se alude a la necesidad de dotar de más protección de la sociedad mientras que en la segunda se señala: “La propuesta va encaminada a encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la legítima aspiración de los accionistas a participar de los beneficios cuando ello sea posible y razonable, es decir, mantener el espíritu del artículo, protegiendo a los minoritarios, pero sin que pueda ocasionar daños irreparables a las sociedades”.

En el año 2021 se produjo una nueva modificación del artículo 348 bis de la LSC, para remarcar una remisión, como excepción, a la disposición adicional undécima LSC, la cual también fue objeto de modificación, ampliándose el elenco de entidades a las que no se aplica el artículo 348 bis de la LSC, todas ellas del sector financiero. Estos cambios se llevaron a cabo por medio del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

Resulta finalmente destacable la suspensión de la aplicación del 348 bis de la LSC a consecuencia del COVID-19, en concreto desde el inicio del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, hasta el 31 de diciembre de dicho año 2020 (por medio del artículo 40.8 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y luego de la disposición final 4ª del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio).

---

de la explotación» del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital*”.*

[4] Su tenor inicial fue el siguiente: “Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos
1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.
2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.
3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas”.

No cabe duda de que el artículo 348 bis de la LSC es un precepto directamente relacionados con los problemas de opresión a la minoría en sociedades cerradas, el cual ha sufrido modificaciones para rebajar sus exigencias y que en momentos de crisis ha visto incluso suspendida su aplicación. Y todo ello muy posiblemente a resultas de las críticas que desde un primer momento se proyectaron sobre este artículo, cuya aplicación puede poner en peligro, en determinadas ocasiones, la propia subsistencia de la compañía, al tener que abordar la misma un importante desembolso al socio que se separa.

Que el artículo 348 bis de la LSC no debía impedir el derecho del socio a impugnar el acuerdo de aplicación del resultado e incluso su posibilidad de pedir un determinado reparto es algo que parecía lógico desde un principio, pues hablamos de dos pretensiones diferentes. Por un lado, se trataría de imponer el respeto del contrato social, en el sentido de distribuir el beneficio entre los socios integrantes de la sociedad. Y la otra alternativa sería resolver, por así decirlo, dicho contrato social, mediante el ejercicio de un derecho de separación que implicaría que el socio dejase de pertenecer a la compañía y recibiera, a cambio, el valor de su participación en la misma. Esta cuestión quedó además aclarada, como hemos visto, en la nueva redacción del artículo 348 bis de la LSC del año 2018, cuando se precisó que el derecho de separación consagrado en el precepto lo era "sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder".

Así pues, antes de que existiera el derecho de separación contenido en el artículo 348 bis de la LSC el socio minoritario tenía una única opción posible, consistente en la impugnación del acuerdo social, debiendo acreditar el abuso y falta de justificación de la decisión adoptada por la mayoría. Y, en su caso, la posibilidad de solicitar también la condena a la sociedad a llevar a cabo un concreto reparto.

Sin embargo, a partir de la introducción del artículo 348 bis de la LSC, ese mismo socio tiene otra alternativa, que es el ejercicio del derecho de separación regulado en dicho precepto, el cual establece unos parámetros objetivos a los exclusivos efectos de que se permita al socio minoritario separarse de la compañía.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023 también entra a esta cuestión, por cuanto la sociedad demandada había sostenido, como argumento de defensa frente a la acción impugnatoria, la existencia de la posibilidad consagrada en el artículo 348 bis de la LSC.

Pues bien, con independencia de que la aplicación del artículo 348 bis de la LSC estuvo precisamente suspendida para los ejercicios 2014 y 2015, el Tribunal Supremo responde de manera clara, señalando que existen dos vías alternativas con premisas y requisitos diferentes, pudiendo optar el socio minoritario por la que considere más oportuna de acuerdo con sus intereses. En concreto, al final del Fundamento de Derecho Tercero, el Tribunal Supremo señala lo siguiente: "…ese derecho de separación regulado en el art. 348 bis 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 el incumplimiento de deberes legales que constituyan 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. 348 bis 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 las cuales responde 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".

Se trata de unas consideraciones importantes, por cuanto la alternativa del artículo 348 bis de la LSC no está exenta de dificultades. Puede ser, de hecho, un camino tortuoso que finalice en el concurso de acreedores de la propia compañía, incapaz de hacer frente al desembolso económico derivado de la separación.

Se han producido ya situaciones de este tipo, que han dado incluso lugar a un interesante debate respecto de la naturaleza, en el seno del concurso de acreedores, del crédito de quien ejercitó el derecho de separación. Existieron opiniones dispares, desde el crédito ordinario, pasando por el crédito subordinado, hasta llegar a su consideración como crédito extraconcursal. El Tribunal Supremo dictó a principios de 2021 tres sentencias en las que estableció que quien comunica su separación mantiene su condición de socio hasta que obtiene el pago, el reembolso, del valor de su participación. Y que su crédito sería subordinado, en atención a su condición de persona especialmente relacionada con la compañía. Se trata de las sentencias del Tribunal Supremo núm. 4/2021, de 15 de enero (recurso de casación núm. 2424/2018, ponente Vela Torres, Pedro José), núm. 46/2021, de 2 de febrero (recurso de casación núm. 2403; ponente Vela Torres, Pedro José), y núm. 64/2021, de 9 de febrero (recurso de casación núm. 2373; ponente Sancho Gargallo, Ignacio).

También en algunas ocasiones, especialmente bajo la vigencia de la primera redacción del artículo 348 bis de la LSC, se ha llegado a considerar que la conducta abusiva era precisamente la del socio que ejercitaba el derecho de separación al amparo del novedoso precepto legal. Véase en este sentido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 14 de marzo de 2018 (magistrado: Bermúdez Ávila, Marcos Francisco) y la posterior sentencia núm. 901/2018 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 18 de diciembre de 2018, (rollo de apelación núm. 804/2018; ponente Rodríguez Achutegui, Edmundo), confirmada por sentencia del Tribunal Supremo núm. 38/2022, de 25 de enero (recurso de casación núm. 1195/2019; ponente Vela Torres, Pedro José).

Existen además dificultes procesales asociadas al ejercicio del derecho de separación contenido en el artículo 348 bis de la LSC, dándose la conveniencia, en determinadas circunstancias, de prescindir del procedimiento especial para el nombramiento de experto independiente de los artículos 350 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil, para acudir directamente a un procedimiento declarativo ordinario encaminado a que se declare el correcto ejercicio del derecho de separación y se condena a la sociedad al pago del importe que resulte de la prueba pericial judicial que se lleve a cabo en su seno.

Así pues, no debe caber duda de que en derecho español tenemos dos remedios distintos, independientes, cuyos presupuestos son diferentes, quedando en manos del socio afectado la utilización de uno u otro según las circunstancias concurrentes y a su conveniencia. Así lo señala con claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023, mientras que con anterioridad ya se habían dictado algunas resoluciones por diferentes órganos judiciales en el mismo sentido[5].

[5] La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 28 de noviembre de 2013, (magistrado: Villena Cortés, Francisco de Borja) resolvió una impugnación de acuerdos de una junta general del mes de junio de 2011. Acoge la petición de reparto como dividendo del parte del beneficio del ejercicio 2010 y, aunque no resultaba aplicable al haberse suspendido, se viene a indicar que el artículo 348 bis de la LSC sería una facultad que no impediría optar por la tutela *in natura* consistente en promover acciones judiciales para conseguir el reparto del dividendo.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, de 25 de enero de 2018 (magistrado Martínez de Marigorta Menéndez, Carlos) se expresa de manera muy clara: "Resulta pacífica entre las partes la inaplicabilidad temporal del art. 348 bis LSC, lo que despeja las dudas que pudieran concurrir (quod non) sobre la compatibilidad con la acción derivada del art. 348 bis LSC, con la de nulidad del acuerdo de la junta ordinaria aplicando resultado, sobre la base del abuso de derecho".

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de 6 de febrero de 2018 (magistrado: Córdoba Ardao, Bárbara María), aunque referida a una impugnación de juntas de los años 2014 y 2015, en un momento en que estaba suspendido el artículo 348 bis de la LSC, da su opinión también *obiter dicta* sobre este particular. A su entender ambos preceptos regulan cuestiones distintas y el hecho de no cumplirse los requisitos de este artículo 348 bis de la LSC para el ejercicio del derecho de separación no significa que esté descartado por completo el carácter abusivo del precepto. Será más difícil probar el abuso, pero podrá hacerse.

VI. Conclusiones

Expuesto todo lo anterior, las conclusiones que se alcanzan son, a nuestro entender, las siguientes:

1. En su sentencia de 11 de enero de 2023 el Tribunal Supremo se ha pronunciado por segunda vez a favor de la posibilidad de acumular a la petición de nulidad del acuerdo social de aplicación del resultado una solicitud de condena a la sociedad a llevar a cabo un determinado reparto. Esta sentencia se une a otra anterior de 26 de mayo de 2005 que se pronunció en términos similares, de manera que, existiendo dos resoluciones del Tribunal Supremo en el mismo sentido, se ha generado jurisprudencia.

2. El Tribunal Supremo también señala que la introducción en nuestro ordenamiento jurídico, en el año 2011, del derecho de separación contenido en el artículo 348 bis de la LSC no afecta ni limita la posibilidad de impugnar el acuerdo social de aplicación del resultado y de solicitar un reparto forzoso de dividendos. Se trata de dos vías distintas, cada una con unos determinados requisitos, pudiendo el socio optar por la que considere mejor para sus intereses.

Contacta con nuestros profesionales

Juan de la Fuente
Socio
juan.de.la.fuente@garrigues.com

Más información:

Departamento Litigación y Arbitraje

GARRIGUES

Hermosilla, 3
28001 Madrid
T +34 91 514 52 00
info@garrigues.com

Síguenos en:

© 2022 J&A Garrigues, S.L.P.| La información de esta página es de carácter general
y no constituye opinión profesional ni servicio de asesoramiento legal o fiscal.