

EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS: ¿EXISTE UN DERECHO DE ARREPENTIMIENTO DE LA SOCIEDAD?

1. Tendencia jurisprudencial a resolver conflictos empresariales aplicando el abuso de derecho

Existe una creciente tendencia jurisprudencial a resolver los conflictos empresariales mediante la aplicación de mecanismos generales como son la buena fe y el abuso de derecho. Esta tendencia no es nueva, pero quizá sí su creciente intensidad, dado que cada vez encontramos más Sentencias cuya *ratio decidendi* pivota exclusivamente sobre la existencia o no de buena fe.

Obviamente, este recurso a expedientes generales como la buena fe resulta más comprensibles en ausencia de norma legal que regule expresa y específicamente el conflicto objeto de litigio. Pero la novedad radica seguramente en que instituciones como la buena fe se aplican judicialmente cada vez más para corregir la eventual rigidez de normas legales y solventar o mitigar así posibles daños colaterales que generaría la aplicación estas normas.

Esta tendencia tiene ventajas, porque permite encontrar soluciones más equitativas, pero también serios inconvenientes, porque minan la necesaria seguridad jurídica.

Un reciente y relevante ejemplo de esta tendencia es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 38/2022 de 25 enero en un caso sobre reparto de dividendos.

2. Abuso y derecho de separación por falta de dividendo (art. 348 bis LSC)

Es sabido que el derecho al dividendo es y será siempre una fuente de conflictos empresariales, pues pone en tensión dos intereses legítimos que conviven en un difícil equilibrio: el derecho del socio a participar en las ganancias sociales y el derecho de la propia sociedad a atesorar reservas a fin de reforzar su solvencia.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

Tradicionalmente, los casos de atesoramiento de beneficios se han resuelto por la jurisprudencia aplicando la doctrina del abuso de derecho. Entre otras resoluciones sobre este tema específico, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 873/2011 de 7 diciembre, que a su vez se remite a una Sentencia anterior núm. 418/2005, de 26 de mayo, en la que se establece que "*[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática (...) 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*".

Justamente para superar las limitaciones que plantea el recurso judicial a un mecanismo general y subjetivo como es el abuso de derecho, el legislador intentó buscar en 2011 una solución objetiva y equilibrada a este problema mediante el célebre y sufrido art. 348 bis de nuestra Ley de Sociedades de Capital (LSC). Como es de sobras conocido, la fórmula que se proponía consistía, en apretada síntesis, en establecer un dividendo mínimo no obligatorio que, en caso de no cubrirse, atribuyera un derecho de separación al socio que se oponía al atesoramiento de los beneficios acordado por la sociedad.

El precepto ha tenido una vida azarosa, entre otras cosas por las reiteradas suspensiones en su aplicación, los efectos de la pandemia y múltiples reformas, la última mediante el Real Decreto-ley 7/2021 de 27 de abril. Reformas que lo han convertido en un precepto difícil de interpretar e incluso de leer.

En todo caso, un legislador bienintencionado ha ido depurando la versión inicial del precepto con el fin de equilibrar al máximo los dos intereses en conflicto y, también, intentando huir de la siempre escurridiza doctrina del abuso de derecho.

Pero estos esfuerzos legislativos no han sido suficientes para resolver todas las dudas y escenarios. Y en el contexto de estas nuevas dudas y escenarios ha vuelto a revivir con fuerza el abuso de derecho.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

3. El resurgir del abuso de derecho: la STS de 25 de enero de 2022

La reciente STS de 25 de enero de 2022 ejemplifica perfectamente el resurgir del abuso de derecho para resolver los conflictos sobre el derecho al dividendo que el legislador ha intentado laboriosamente zanjar mediante un complejo precepto.

El caso resuelto por esta Sentencia responde al prototipo de un socio minoritario (16,29%) que se opone al atesoramiento de dividendos por parte de una sociedad limitada. Mediante Junta General Ordinaria celebrada el 15 de junio de 2017, esta compañía acordó imputar a reservas los beneficios obtenidos por la sociedad por importe de 68.956,55 €. Pocos días después, el 21 de junio, la sociedad convocó una Junta General Extraordinaria para el 12 de julio siguiente.

El socio disidente ejercitó su derecho de separación por falta de reparto de dividendos el 30 de junio de 2017, es decir, después de la convocatoria de la segunda Junta y antes de su celebración. Esta segunda Junta se celebró y acordó el reparto de dividendos del ejercicio 2016 con cargo a reservas. Pero el socio minoritario no aceptó el dividendo acordado y pagado a los demás socios. Otro dato a considerar es que en el ejercicio 2017 el resultado de explotación de la compañía fue negativo (-134.422,74 €).

El socio minoritario demandó a la sociedad en ejercicio de su derecho de separación y la compañía se opuso manifestando que su decisión de no repartir dividendos se ajustaba a las previsiones de evolución negativas de su estado económico, de modo que la segunda Junta se convocó seguidamente para evitar perjuicios al socio disidente y a la propia sociedad.

La demanda fue desestimada por el Juzgado Mercantil al considerar, entre otras cosas, que el demandante había actuado abusivamente. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación desarrollando esta misma argumentación, sobre la base de considerar que el socio podía haber visto satisfecho su derecho al dividendo sin comprometer el patrimonio social ejercitando su derecho de separación.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

La Audiencia esgrimió un posible deber de fidelidad del socio respecto a la sociedad, el cual, aunque no viene reconocido legislativamente, vendría fundamentado en el principio de buena fe. Además, tuvo en cuenta el hecho de que la sociedad venía repartiendo beneficios en los doce ejercicios anteriores, de modo que no cabía recurrir al argumento de un posible abuso de mayoría reiterado en perjuicio de la minoría.

El Tribunal Supremo desestimó también el recurso de casación sobre la base del abuso de derecho, argumentando que *“como cualquier otro derecho, el de separación del socio debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y sin incurrir en abuso de derecho (art. 7.2 CC)”*.

Resulta interesante que la Sentencia, a fin de aplicar la doctrina del abuso de derecho, verbaliza cuál es la finalidad del art. 348 bis LSC en los siguientes términos:

“La finalidad del art. 348 bis LSC es posibilitar la salida del socio minoritario perjudicado por una estrategia abusiva de la mayoría de no repartir dividendos pese a concurrir los supuestos legales para ello; pero no amparar la situación inversa, cuando es el socio minoritario el que, so capa de la falta de distribución del beneficio, pretende burlar sus deberes de buena fe respecto de la sociedad con la que está vinculado por el contrato social. Es decir, la ratio del precepto no es proteger el derecho del socio a separarse (que es lo que pretende a toda costa el recurrente), sino el derecho al dividendo, que aquí se le había garantizado mediante el acuerdo adoptado en la segunda junta -muy próxima temporalmente a la primera- y el ofrecimiento que rechazó”.

La Sentencia aplica este razonamiento al caso concreto para concluir que *“la actuación del socio puso de manifiesto de manera palmaria que su intención real no era obtener el dividendo, sino separarse de la sociedad en cualquier caso, pues habiendo podido obtener con escaso margen temporal lo que supuestamente pretendía -el beneficio repartible-, se negó a recibirlo, ya que su auténtico designio era la liquidación de su participación en la sociedad. Lo que no protege el art. 348 bis LSC”*.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

La decisión del Tribunal Supremo en el caso concreto nos parece correcta y razonable. Pero, sin perjuicio de lo anterior, su razonamiento general podría resultar discutible e incluso podría llegar a tener efectos perniciosos.

Así, el Tribunal Supremo manifiesta que el art. 348 bis LSC es un mecanismo de protección de la minoría frente al abuso de la mayoría. Esta afirmación parece discutible porque, como se ha explicado antes, la intención del legislador cuando diseñó el art. 348 bis LSC no parecía ser tanto la de generar un mecanismo estructurado sobre la base del abuso de mayoría, sino más bien un mecanismo diseñado para garantizar, bajo parámetros objetivos, un equilibrio entre dos intereses legítimos (de socios y sociedad), con independencia de la existencia o no del elemento más subjetivo del abuso de mayoría.

Llevada al extremo, la argumentación del Tribunal Supremo podría llegar a distorsionar o incluso a vaciar de contenido el art. 348 bis LSC, porque podría volver a situar el abuso de derecho como criterio rector de la interpretación de este precepto. Sería reintroducir requisitos subjetivos de difícil aprehensión cuando el legislador parece que ha querido huir de esta subjetividad construyendo parámetros objetivos.

4. Inexistencia de un “derecho de arrepentimiento” de la sociedad

Es relevante clarificar que el Tribunal Supremo ha confirmado su jurisprudencia anterior (STS núm. 32/2006 de 23 de enero), en virtud de la cual nuestro ordenamiento no concede a la sociedad una especie de “derecho de arrepentimiento” que permita desvirtuar, mediante la revocación de acuerdos ya adoptados, derechos adquiridos tales como el derecho de separación. Es decir, que en este caso el derecho de separación del socio disidente nació efectivamente a pesar de que, con posterioridad a su ejercicio, la sociedad revocara su acuerdo de atesoramiento de beneficios para adoptar un nuevo acuerdo de reparto de dividendos.

El socio carecía de un derecho de separación, no porque la sociedad hubiera revocado el acuerdo, sino porque aquél ejerció este derecho abusivamente. Otra cosa es que, en la decisión del Tribunal sobre la existencia de abuso, influyeran, entre otras

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

circunstancias, el hecho de que la sociedad convocará inmediatamente una nueva Junta General para revocar el acuerdo y acordar el dividendo inicialmente negado.

5. Contraste entre el criterio del Tribunal Supremo y el de las Audiencias: ¿Cambio de rumbo?

Frente al criterio del Tribunal Supremo marcado en su Sentencia de 2022, que se muestra proclive a declarar el ejercicio abusivo del derecho de separación bajo determinadas circunstancias, las Audiencias Provinciales han sido, en general, bastante reacias a considerar que existe abuso del socio disidente.

Esta diferencia de criterio entre el Tribunal Supremo y las Audiencias llama la atención, porque la mayoría de los casos son bastante similares al resuelto por el Alto Tribunal. Ciertamente la casuística es muy variada y cada caso tiene sus circunstancias peculiares, pero lo cierto es que existen determinados parámetros que se repiten en la mayoría de los supuestos. Se trata de supuestos en que la sociedad acuerda inicialmente el atesoramiento de beneficios y, ante la reacción del socio disidente, convoca una nueva Junta General para repartir dividendos. Y el socio disidente ejercita su derecho antes de la celebración de la segunda Junta General, pero conociendo que se ha convocado la misma para repartir dividendos. A menudo sucede que el ejercicio del derecho de separación impacta muy negativamente en la situación económica de la empresa, hasta el punto de que en algunos casos la lleva a una situación de insolvencia o cercana a la insolvencia.

Entre las Sentencias de las Audiencias en esta materia cabe destacar las siguientes:

La SAP Barcelona núm. 1014/2019 de 27 mayo, considera irrelevante a estos efectos ni el escaso tiempo que llevaba el socio en la sociedad, ni los motivos que le han llevado a abandonar la misma, sin que además la propia compañía haya acreditado los perjuicios que le causaría el ejercicio del derecho de separación.

Por su parte, la SAP Valencia núm. 52/2019 de 9 julio, entiende que el eventual riesgo de insolvencia de la sociedad motivado por el ejercicio del derecho de separación debió ser valorado *ex ante* por el socio mayoritario y administrador único cuando votó en contra del reparto de dividendos.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business

De forma similar, la SAP Valladolid núm. 272/2019 de 25 junio, rechaza también que exista un ejercicio abusivo por el hecho de que el socio disidente hubiera adquirido la condición de socio un año antes de ejercitar su derecho.

Sin perjuicio de estas Sentencias contrarias a declarar un ejercicio abusivo del derecho de separación, alguna otra se pronuncia a favor de su existencia en casos también similares. Así, por ejemplo, la SAP Teruel núm. 239/2019 de 4 noviembre, fundamenta el abuso en una infracción de un deber de lealtad del socio frente a la sociedad y en que la finalidad del art. 348 bis LSC no sería proteger un derecho de separación sino un derecho al dividendo, que finalmente se otorgó.

Este manifiesto contraste entre la línea marcada por el Tribunal Supremo y la de las Audiencias hace plantearnos si efectivamente esto supondrá en un futuro próximo un cambio de rumbo en el actual *statu quo*.

BARCELONA

Balmes, 209, planta 2
08006 - Barcelona
+34 93 218 40 00

MADRID

A. Bosch 5, bajo D.
28014 - Madrid
+34 91 037 84 81

www.gimenez-salinas.es

info@gimenez-salinas.es



GBL
Alliance
Opening the World
for your business