

## EL PROBLEMA DE LA RETENCIÓN DE UTILIDADES Y EL ACTIVISMO JUDICIAL. A PROPÓSITO DE UN FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

**Dr. Ignacio Vicente Cenoz**

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

---

### PONENCIA.

**Criterios que imponen la distribución de dividendos y las pautas para ello, como el del Tribunal Supremo de España, por un lado, suplantando la voluntad social, pero, por otro lado, ponen fin definitivamente a una conducta abusiva y sistemática de la mayoría, por lo que el adecuado equilibrio ante estas situaciones requiere de la máxima cautela judicial. Ahora bien, para evitar riesgos, arbitrariedades y cuestionamientos al activismo judicial en tal sentido, es necesario contar con una norma que, además de establecer expresamente que, ante la impugnación de la decisión asamblearia de no distribuir utilidades por abuso de la mayoría, en perjuicio de la minoría y ante inexistencia de perjuicio patrimonial para la sociedad, estas deben repartirse entre los socios, determine las pautas para ello, entre las que puede incluirse, por ejemplo, el previo cumplimiento de reservas legales, la consideración de antecedentes de la propia sociedad si los hubiera, o la cancelación de determinados pasivos vencidos y exigibles.**

---

### INTRODUCCIÓN

La problemática de base que abordamos en esta ponencia -que no es nueva- es la relativa a la decisión asamblearia de no distribuir dividendos a los accionistas. Lógicamente, no nos referimos a aquella decisión verdaderamente apoyada en una decisión empresarial o negocial, sino a la que tiene lugar en un contexto de abuso de quienes conforman la mayoría, y sistemáticamente someten al grupo minoritario, a veces con la intención de forzar la salida de estos a bajo costo, otras simplemente de conformidad con las ventajas que obtienen de ello.<sup>1</sup>

---

*Señala M. IRIBARNE que abundan supuestos de abusos de la posición mayoritaria de uno o varios socios contra la minoría (IRIBARREN Miguel, "Los acuerdos de retención de beneficios y la protección de la minoría en la sociedad limitada" <https://almacenederecho.org/los-acuerdos-de-retencion-de-beneficios-y-la-proteccion-de-la-minoria-en-la-sociedad-limitada> ).*

Estas políticas abusivas, que normalmente quedan expuestas por la falta o deficiente fundamentación de la decisión de destinar las utilidades acumuladas durante varios ejercicios a reserva, cuenta nueva o, incluso, sin dar destino alguno, suelen ser objeto de acciones de impugnación o nulidad, muchas de las veces, exitosas. Sin embargo, la realidad muestra que los jueces son reacios a extenderse mucho más allá de la impugnación o nulidad de la asamblea, ni que hablar de la imposición de pautas concretas para la distribución de dividendos. A raíz de ello, se impone que luego de la impugnación el grupo mayoritario “corregirá” las deficiencias e impondrá nuevamente su voluntad.

Con relación a lo último, proponemos como objeto de análisis lo resuelto recientemente por la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo Español en fecha 11.01.2023<sup>2</sup> el que, al confirmar una sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4<sup>a</sup>, concluye: “4. En casos como el presente, la tutela judicial efectiva del accionista minoritario quedaría afectada negativamente, si el pronunciamiento del tribunal se limitará a estimar la impugnación y dejar sin efecto el acuerdo. Dependería de la junta de socios, controlada por el socio mayoritario, la legítima satisfacción de los derechos del minoritario, reconocidos por la sentencia”. Subyace entonces una problemática que nos importa para esta ponencia, vinculada a la expuesta en el párrafo anterior, relacionada con el grado de “activismo judicial” adecuado a supuestos como los que se plantean.

## **EL CASO “GLOBAL SALES SOLUTIONS ATLANTICO S.L.”.**

La sentencia aludida en la introducción expone los siguientes hechos que rescatamos como relevantes y sintéticamente enunciamos: El socio Serafín interpone demanda contra la Sociedad “Global Sales Solutions Line Atlántico S.L.” pidiendo: 1) se declare, entre otras cosas, la nulidad de los acuerdos de aplicar resultados de los ejercicios 2014 y 2015 a reservas voluntarias; 2) se ordene que los beneficios de los ejercicios 2014 y 2015 y se repartan íntegramente entre los socios. Por su parte, la demandada solicitó se desestime íntegramente la demanda.

En primera instancia, el Juzgado de Primera de lo Mercantil Nro. 2 de A Coruña desestimó la demanda incoada por el socio y le impone las costas, quien recurre la sentencia.

---

<sup>2</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia Nro. 9/2023, 11/01/2023, Nro. de procedimiento 33192019, p. 9 (<https://www.poderjudicial.es/search/sentencias/Prescripcion/101/AN>).

En segunda instancia, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña revoca parcialmente la resolución apelada, anula los acuerdos de aplicación de resultados de la Junta de socios y condena a repartir entre los socios, en proporción a la participación de cada uno de ellos, al menos tres cuartas partes de los beneficios de cada ejercicio. Ante ello, el representante de la sociedad demandada interpone recurso extraordinario, entre otros argumentos, por el carácter “inexcusable” de la intervención de la junta de socios para el nacimiento de un derecho de crédito al dividendo en favor de los socios.

Del resumen de antecedentes realizado por el Tribunal Supremo, surge que se trataba de una sociedad de dos socios, Serafín, quien resulta ser el actor, con 49% de la participación, y Global Sales Solutions S.L. como titular del 51% restante, la que es controlada indirectamente por los Sres. Bernabe y Candido. A su vez, los administradores de Global Sales Solutions Atlántico S.L. eran los Sres. Bernabe y Serafín hasta que, en 2014, la Junta General cesa en sus funciones a este último, quien en consecuencia pierde la retribución que percibía por su tarea, quedando como único administrador el primero de los nombrados. Paralelamente, a través de la sociedad Global Sales Solutions S.L. se fijó una retribución a favor del Sr. Bernabe y se le concedieron importantes anticipos.

Además, el Tribunal destaca que la Audiencia consideró abusivos los acuerdos impugnados adoptados en beneficio del socio mayoritario y en perjuicio del minoritario. Al respecto, se advierte que desde que el actor cesó en su rol de administrador su situación cambió, cobrando “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. Serafín, 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 punto a la cuestión de los dividendos, se resalta el argumento de la Audiencia relativo a la falta de fundamentación de la decisión de retener los beneficios de dos ejercicios, y que aquella se apoya en un acuerdo de distribución de beneficios del año 2011, previo al inicio de los conflictos entre los socios, en el que se distribuyó el 75% y se retuvo el 25% para determinar las pautas de la distribución. Más adelante, se agrega que, siendo procedente la impugnación de destinar los beneficios a reserva se entiende aprobada la alternativa residual legalmente prevista, es decir, el reparto

de dividendos, y que la Audiencia no suplanta a la Junta puesto que se apoyó en lo decidió anteriormente por esta y porque desestimó la pretensión del actor de distribuir los beneficios “íntegramente”.

## **ADVERTENCIAS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA PATRIMONIAL**

Previo a abordar las conclusiones relativas al caso, no podemos dejar de mencionar algunas consideraciones realizadas por Esparza (Cabe aclarar que fueron expuestas a propósito de un caso concursal pero que consideramos trasladables a la temática que nos ocupa) sobre el activismo judicial. Este autor, en primer lugar, plantea adoptar cierta cautela frente al activismo judicial por “la capacidad de daño e impunidad que tiene el pretorio en sus resoluciones”. Seguidamente, advierte acerca de un “activismo tardío” que surge de sus cuestionamientos acerca de la actuación previa del magistrado<sup>3</sup>.

Con relación a lo anterior, pensamos, por un lado, en el daño que puede provocar una resolución como la comentada a la sociedad y, por otro lado, que si el órgano jurisdiccional no resolviera como lo hicieron la Audiencia y el Supremo Tribunal, el daño recaería sobre el socio, quien habrá impulsado un proceso judicial que deberá repetir sucesivamente hasta que alguien decida concederle dividendos, lo cual luce improbable, o termine mal vendiendo su participación, seguramente, a un integrante de la mayoría.

## **CONCLUSIÓN.**

En relación puntualmente a lo resuelto, no coincidimos con la apreciación del Tribunal en cuanto a que la Audiencia no suplanto la voluntad social por el hecho de que exista una norma que así lo disponga ante la impugnación del destino decidido por la Junta. Mucho menos por la consideración relativa a que no se concedió la distribución “íntegra” de los beneficios solicitada por el actor. Creemos que no lo hace en relación a la imposición de distribuir dividendos, lo cual evidentemente es una imposición legal (o tal vez sí y, en tal caso, existe una sustitución de voluntad social por imperativo legal), pero si lo hace al determinar la proporción en que debe hacerse.

---

<sup>3</sup> *ESPARZA Gustavo, “Sobre una propuesta de acuerdo instrumentada mediante fideicomiso. Algunas luces. Muchas sombras. A propósito del caso “Isolux”, LA LEY 27/08/2021, 27/08/2021, 5 (TR LALEY AR/DOC/2376/2021), 4.*

En relación con ello, no puede obviarse que el patrimonio social o parte de él, para derivar en una distribución de dividendos atraviesa un proceso de análisis contable y financiero que decanta una propuesta del directorio y la decisión asamblearia, lo que no estamos convencidos deba o pueda realizar el magistrado interviniente.

Pero tampoco podemos desconocer que se trata de una voluntad generada interesadamente por la mayoría y abusivamente en desmedro de la minoría, por lo que entendemos razonable y lógico que, ante la identificación de políticas sistemáticas de opresión a través de la retención de utilidades, se tienda a pensar que para cortar definitivamente con ello se debe imponer distribuir dividendos y la forma de hacerlo. Sentencias como la comentada muestran un avance en tal sentido. En consecuencia, debe exigirse al magistrado interviniente un grado importante de cautela, lo que creemos se traduce en una minuciosa y acabada fundamentación que exponga claramente la situación de abuso, el perjuicio al socio minoritario y la inexistencia de menoscabo al patrimonio social, además de establecer las pautas concretas e igual de fundadas para la distribución. De lo contrario, si no le fueron aportados elementos suficientes o no comparte la apreciación, debe evitar resolver en tal sentido.

Por otra parte, a fin de evitar un activismo judicial riesgoso o cuestionable, consideramos necesario establecer una norma que vaya en línea con el criterio jurisprudencial adoptado en el caso comentado, es decir, que establezca, por un lado, expresamente que, impugnada la decisión asamblearia sobre el destino de las utilidades, las mismas deben destinarse a los socios y, además, establecer las pautas para ello.