

Ganador IV Premio Aece

Desde estas páginas, el jurado del **IV Premio AECE Antonio Lázaro Cané** quiere dar las gracias a todos los autores que han participado en este certamen por sus trabajos que reflejan el alto nivel de conocimientos y opiniones diversas, todos muy interesantes, lo que no ha facilitado la labor del jurado.

En esta edición, el ganador ha sido **Antonio Valmaña Cabanes** con el trabajo que transcribimos a continuación. ¡Enhorabuena!

Show me the money: **el derecho de los socios** **a participar en los beneficios**

Por **Antonio Valmaña Cabanes** | Doctor en Derecho y abogado | Máster en Derecho Internacional de los Negocios | Máster en Derecho de la Empresa y la Contratación | Máster en Administración y Dirección de Empresas

“*Show me the money!*” es la frase que, de forma reiterativa y machacona, le va gritando Cuba Gooding Jr. a Tom Cruise en la película *Jerry Maguire*, en que el primero da vida a un deportista en busca de un gran contrato, para lo que requiere los servicios del segundo, que interpreta a un agente. La frase ha quedado en el recuerdo de los espectadores no solo por las veces que llega a repetirse sino, sobre todo, por la convicción con que el actor la expresa. La convicción de quien pide algo que entiende justo, algo a lo que tiene derecho, algo para lo que ha estado trabajando duro. Por ello, la frase resulta adecuada para empezar a hablar sobre el derecho que asiste a los socios o accionistas de una compañía a participar, cuando los haya, en sus beneficios. Por un lado, porque es la petición que –seguramente en otros términos– pueden hacer esos socios en muchas ocasiones, cuando la junta debe aprobar la aplicación del resultado; por el otro, porque cada vez que la hacen, como le ocurría a Cuba Gooding Jr., están pidiendo algo a lo que tienen pleno derecho.

Con independencia de la forma jurídica que revista, toda sociedad de capital tiene carácter mercantil, cosa que va unida al desarrollo de una actividad económica y, con ésta, la persecución de un ánimo de lucro

El ánimo de lucro de las sociedades mercantiles

Lo primero a destacar es que la finalidad de una compañía es la obtención de un beneficio. Con independencia de la forma jurídica que revista, toda sociedad de capital tiene carácter mercantil, cosa que va unida al desarrollo de una actividad económica y, con esta, la persecución de un ánimo de lucro. Por lo tanto, cuando se constituye una sociedad o cuando alguien decide adquirir una participación en el capital de una compañía, se está persiguiendo esa finalidad lucrativa que distingue a las sociedades (empresas) de otros tipos de entidades (como las asociaciones o las fundaciones). Nadie duda de que el personaje interpretado por Cuba Gooding Jr. se divierta jugando al fútbol americano o que le apasione su práctica. Pero está muy claro que, cuando decide dedicarse a ello profesionalmente, lo hace con una finalidad lucrativa, como un medio para ganarse la vida. Y así actúa también el socio de una mercantil.

La doctrina clásica de nuestro Derecho de Sociedades siempre lo ha tenido muy claro: para Girón Tena¹ *el fin social, ordinariamente, es lucrativo*; mientras que para Chuliá² el ánimo de lucro es el *esencial principio configurador del contrato y de la institución de la sociedad*. Es cierto que pueden existir otras motivaciones. Y es cierto también que pueden existir gradaciones en cuanto a la importancia del ánimo lucrativo. Así, podemos señalar que es en la sociedad anónima (tipo capitalista por antonomasia) donde el elemento lucrativo tiene mayor fuerza, lo que ha llevado a afirmar que se trata casi de un *capital con personalidad jurídica propia*, por cuanto el capital es el elemento aglutinador sobre el que desarrollar la actividad mercantil³. Por el contrario, en la sociedad limitada encontramos unos tintes personalistas –como se observa por ejemplo en las restricciones legales a la libre transmisión de participaciones– que denotan que no solo importan el capital y el negocio, sino también las características personales de los socios. Pero

eso no quita que tanto en unas como otras exista el ánimo lucrativo, la voluntad de desarrollar un negocio que genere beneficios.

Los estudiosos de la materia, por otro lado, han advertido durante los últimos años la necesidad de dejar de analizar las sociedades mercantiles como un objeto jurídico, como una estructura legal, y han trasladado el laboratorio al mercado: las compañías deben ser estudiadas desde el punto de vista de su utilidad para el desarrollo de negocios. La sociedad es un medio para lograr un fin y no un fin en sí misma. De ahí que interese estudiar el fenómeno societario desde el prisma del llamado *Derecho del mercado*⁴, de modo que el estudio legal se complemente necesariamente con el económico⁵, por cuanto ambas disciplinas son las que analizan medios y posibilidades, estructuras y objetivos, cauces y entornos, para hacer posible que la sociedad, la empresa, alcance sus objetivos.

El derecho a participar en los beneficios

Una vez sentado que la finalidad natural de la sociedad es la obtención de beneficios, es fácil deducir que la finalidad natural de sus socios será, a su vez, acceder a la parte de dicho beneficio que les corresponda.

En puridad, el socio está más interesado que la propia sociedad en conseguir ese beneficio, como destaca la Audiencia Provincial de Valladolid, en su sentencia 28/2002, de 28 de enero, al señalar que *el ánimo de lucro es un aspecto que afecta de modo más directo a los accionistas en particular que al ente social, ya que el fin primario de este es la realización de la empresa que constituye su objeto*. Es decir, si una sociedad se dedica a la construcción, por ejemplo, su finalidad primaria será levantar edificios. Algo que hará con una finalidad adicional generadora de negocio, pero el mero hecho de construir un edificio le permitirá cumplir ya su fin social. Sus socios, en cambio, no verán satisfecha su finalidad natural hasta que esa actividad primaria de la empresa se convierta en beneficios repartibles.

¹ GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, pág. 176.

² CHULIÁ, F.V.: *Introducción al Derecho mercantil*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 292.

³ LOJENDIO OSBORNE, I.: “La sociedad anónima”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. (coord.): *Derecho mercantil*, volumen I, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, págs. 239-242.

⁴ URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: “El Derecho mercantil”, en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 2ª edic., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 471-472.

⁵ EMBID IRUJO, J.M.: *Sobre el Derecho de sociedades en nuestro tiempo*, Comares, Granada, 2013, pág. 142.

Ganador IV Premio Aece

Ciertamente, esta teoría general admite excepciones y hasta requiere matices. No es lo mismo un accionista de una cotizada que el socio titular del 50% de una pequeña empresa, quizás también su administrador, que se sienta perfectamente identificado con el proyecto, sobre todo cuando este tenga además carácter familiar. Está claro que el primero, que es uno de los miles de pequeños accionistas de la compañía, no tendrá ningún otro fin que recibir dividendos. El segundo, en cambio, puede actuar en atención a otras motivaciones. Quizás como socio querría repartir el beneficio pero prefiera, como administrador, reinvertirlo para acometer nuevos proyectos. O quizás priorice determinados aspectos antes que el puro y duro resultado económico: si se trata de un estudio de arquitectura, por ejemplo, tal vez prefiera proyectar edificios sostenibles medioambientalmente, aun cuando ello traiga aparejado un menor beneficio; si es miembro de la tercera generación de una empresa familiar, puede priorizar ante todo mantener el negocio que fundó su abuelo. En cualquier caso, con mayor o menor intensidad, situándolo más arriba o más abajo en su escala de prioridades, todo socio querrá recibir beneficios.

Puede ocurrir también que la sociedad acuerde no repartir beneficios, pese a tenerlos, porque prefiera aplicarlos a otros fines, como dotar reservas. La decisión es sin duda prudente y quizás hasta aconsejable, ya que uno de los riesgos que afrontan cotidianamente nuestras empresas es la infracapitalización, la *inadecuada dotación de capital para el volumen y el tipo de negocio proyectado*⁶. Pero, en todo caso, se advierte que nos encontramos ante un conflicto entre la voluntad social (formada como veremos por la mayoría) y el interés particular de uno o varios de sus socios, es decir, el de quienes quieran ver retribuida con dividendos su presencia en el capital. Y al respecto, cabe introducir cuatro consideraciones:

- La primera es que **nuestros tribunales reconocen al socio un derecho abstracto a participar en los beneficios**, congruente con lo que hemos comentado: puesto que el socio participa en el capital buscando la obtención de esos beneficios, siendo esta una expectativa legítima y razonable, debe poder

recibir dividendos cuando el resultado lo permita. La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 3 de febrero de 2011, expuso que una sistemática falta de reparto de dividendos *resulta inconciliable con la finalidad perseguida por los socios al constituir una sociedad, haciendo ilusorio el derecho al dividendo y vaciando de contenido la comunidad de intereses que es esencial a toda entidad lucrativa*. Con todo, se trata como decíamos de un derecho abstracto: el mero hecho de que la sociedad no reparta dividendos no es ilícito y, por tanto, el socio no puede judicialmente forzarla a hacerlo. Para ello, será necesario que concurren varios elementos que seguidamente comentaremos.

- La segunda consideración es que **la junta de la sociedad decide por mayoría, al tiempo de aprobar las cuentas anuales, sobre el destino de los beneficios y, en un principio, tan legítimo es repartirlos como no hacerlo**. La junta se rige por el principio mayoritario, que se entiende como una solución pragmática a un espacio de conflicto: no es que pueda afirmarse, ni siquiera presumirse, que la mayoría siempre tenga la razón (la *major pars* no tiene por qué ser la *melior pars*); simplemente se precisa un modo de tomar decisiones que no exija el pleno consenso –la unanimidad– entre quienes deben adoptarlas⁷. Desde el punto de vista práctico, por tanto, la mayoría manda. La labor del socio que quiera el reparto será tratar de convencer a sus consocios de que voten en ese mismo sentido hasta lograr apoyos suficientes.
- La tercera consideración es que **la cuestión resulta difícil de resolver por la vía legal**. Así lo demuestra la peculiar historia del Art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que concede un derecho de separación de la compañía al socio que, habiendo votado a favor de la distribución de los beneficios, vea cómo la junta acuerda no repartir al menos un tercio de ellos. El precepto no estaba inicialmente en la Ley, en julio de 2010, sino que fue introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, para ser suspendido posteriormente por la Ley 1/2012, de 22 de junio, hasta el 31 de diciembre de 2014. Actualmente, y hasta el 31 de diciembre de 2016, está de nuevo suspendido por el Real

Se puede producir una situación de conflicto entre un socio minoritario que exija el reparto de beneficios y uno o varios mayoritarios que se lo nieguen

⁶ OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R.: *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 140-145.

⁷ MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 28.

Decreto 11/2014, de 5 de septiembre. No es preciso llevar a cabo un profundo análisis de todas estas normas para apreciar lo espinoso de la cuestión: la mera sucesión de suspensiones del derecho ya permite observar lo difícil que resulta introducir un mecanismo de corrección sobre el régimen de mayorías. Y es que en definitiva, exigir ese reparto de dividendos mínimo no deja de ser una injerencia del Estado, por la vía de la ley, en la voluntad soberana de la junta.

- La cuarta consideración es que, **en muchas ocasiones, puede resultar injustificado negar el reparto de beneficios, en atención al nivel de solvencia de la sociedad.** Como ya señalábamos, la medida más prudente acostumbrará a ser no repararlos, sobre todo si se han obtenido unos exigüos beneficios en un único ejercicio tras acumular varios con cuantiosas pérdidas. Aunque es posible que exista la situación inversa: que se acumulen beneficios año tras año, que la viabilidad del negocio esté garantizada y que, aun así, el acuerdo sea sistemáticamente dotar mayores reservas, hasta el punto de sobrecapitalizar la empresa.

Es en este caso cuando se puede producir una situación de conflicto entre socio y sociedad o, por expresarlo mejor, entre un socio minoritario que exija el reparto de beneficios y uno o varios mayoritarios que se lo nieguen. Chocan en este punto dos de los elementos que hemos apuntado: la libertad de la mayoría para adoptar el acuerdo que estime oportuno, por un lado, y el derecho abstracto del socio a participar en los beneficios, por el otro.

Mecanismos correctores del poder de la mayoría

El juego de equilibrios entre mayorías y minorías es uno de los elementos de estudio más apa-

sionantes de nuestro Derecho de sociedades⁸. Se habla de *tiranía de la mayoría* para denunciar aquellos casos en que los socios mayoritarios, merced a su mayor número de votos, toman siempre en la junta los acuerdos que les place, rechazando sistemáticamente cualquier propuesta de la minoría. Pero se habla también de *tiranía de la minoría*, que es seguramente un concepto menos obvio y, aun así, igualmente trascendente: se produce cuando un minoritario aprovecha todos los mecanismos que la Ley pone a su alcance (solicitud de convocatoria de junta, ejercicio del derecho de información, nombramiento de auditores, etc.), de forma constante e insistente, tratando de forzar a la mayoría a negociar con él. Como puede verse, por tanto, una tiranía y otra se contrarrestan o se compensan.

Esta compensación natural entre poderes es el primer modo que el minoritario tiene para buscar un entendimiento que permita el reparto de beneficios. Una segunda opción es la impugnación de acuerdos sociales. Su base será la consideración de que el acuerdo adoptado, que niega los dividendos, es contrario al interés social, concepto huido y de difícil determinación⁹, del que sí cabe apuntar que puede entenderse como el interés común de todos los socios, alejándose así incluso del que sería un interés autónomo de la sociedad. Retomando un ejemplo anterior, el interés social de una constructora no sería el propio de la empresa (levantar edificios), sino la suma de todos los intereses agregados de sus socios, que serían los de obtener beneficios con dichos edificios¹⁰. Todo ello encuentra su base en la causa del contrato de sociedad, la razón por la que los socios deciden constituirla que es, precisamente, *obtener beneficios sociales repartibles*¹¹.

Una impugnación de estas características fue estimada por la Audiencia Provincial de Girona,

⁷ MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario de funcionamiento de la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 28.

⁸ POLO, E.: "Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2.269-2.293.

⁹ Para un análisis del concepto de interés social, vid. PAZ-ARES, C.: "La anomalía de la retribución externa de los administradores", en *Indret*, núm. 1/2014, págs. 23-30.

¹⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo 991/2011, de 17 de enero de 2012, señala que el interés social es "el interés común de los socios", indicando que éste "no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social".

¹¹ CHULLÁ, F.V.: *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 307.

