



Roj: **STS 9284/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9284**

Id Cendoj: **28079110012011100897**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2011**

Nº de Recurso: **1857/2008**

Nº de Resolución: **873/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1951/2008,**  
**STS 9284/2011**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por INVERSORA OBELISCO, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña el día once de julio de dos mil ocho, en el recurso de apelación 595/2007, dimanante del juicio ordinario 334/2006, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente INVERSORA OBELISCO, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don MIGUEL TORRES ALVAREZ

En calidad de parte recurrida ha comparecido don Justiniano , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña BELEN AROCA FLOREZ.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE**

1. El Procurador don JORGE BEJERANO PEREZ, en nombre y representación de don Justiniano , don Tomás y doña Julieta , interpuso demanda contra don ANTONIO INVERSORA OBELISCO, S.A..

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus respectivas copias, se sirva admitirlo, se me tenga por parte en las representaciones que ostento y, previos los trámites legales, incluido el recibimiento a prueba que expresamente intereso, dicte sentencia por la que estimando la demanda se declare nula la Junta General de la entidad Inversora Obelisco, SA celebrada el día 28 de junio de 2006 y, por ende, se declaren nulos y se dejen sin valor ni efecto alguno la totalidad de los acuerdos adoptados en la misma. Subsidiariamente, dicte sentencia por la que estimando la demanda se declaren nulos y se dejen sin valor ni efecto alguno los acuerdos primero, segundo y tercero adoptados por la citada Junta General. Y, en cualquiera de los casos, se declare la nulidad e ineficacia de cualesquiera otros acuerdos sociales que posteriormente fueran adoptados por la sociedad demandada y traigan causa de los acuerdos objeto de impugnación, ordenando cancelar la inscripción registral de los asientos posteriores que resulten contradictorios con la sentencia que se dicte en los presentes autos, condenando a la entidad demanda a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas procesales.*

3. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña que la admitió a trámite, siguiéndose para su tramitación los autos número 334/2006 por el procedimiento de juicio ordinario.

**SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN**

4. En los expresados autos 334/2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña compareció INVERSORA OBELISCO, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don JOSE CERNADAS VAZQUEZ que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito y documentos que lo acompañan, dentro del término concedido al efecto, se me tenga por personado en la representación invocada y por contestada a la demanda interpuesta contra mi mandante y, en su día, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por don Justiniano y don Tomás y doña Julieta contra INVERSORA OBELISCO, SA, con imposición de las costas procesales a los actores.*

**TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA**

5. En los indicados autos 334/2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña recayó sentencia el día cinco de junio de dos mil siete cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLO: Que estimo en parte la demanda deducida por DON Justiniano Y DON Tomás Y DOÑA Julieta , representados por el Procurador DON JORGE BEJENANO PEREZ, contra INVERSORA OBELISCO, S.A., representada por el Procurador DON JOSE CERNADAS VAZQUEZ, y declaro en consecuencia nulos los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria de la sociedad celebrada el día 28 de junio de 2006 sobre los puntos 1 y 2 del orden del día, relativos a la aprobación de las cuentas del ejercicio de 2005, propuesta de aplicación del resultado y gestión de los administradores.*

*Desestimo las demás peticiones de la demanda y no hago especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia.*

*No hago especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta instancia.*

*Contra esta sentencia cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Cuarta) que deberá prepararse ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 457 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.*

*Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando e mando y firmo.*

**CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN**

6. Interpuesto recurso de apelación por la representación de INVERSORA OBELISCO, S.A., la representación de don Justiniano , Don Tomás y Doña Julieta , además de oponerse al mismo, impugnó la sentencia recurrida de contrario y, seguidos los trámites ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña con el número de recurso de apelación 595/2007 , el día once de julio de dos mil ocho recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación de la demandada Inversora Obelisco S.A. y, estimando en parte la impugnación de los actores, Don Justiniano y don Tomás y doña Julieta , revocamos parcialmente la sentencia apelada en el sentido de que, estimándose en parte la demanda, se declaran nulos los acuerdos 1º y 3º del orden del día de la junta general de socios de la entidad demandada de 28/6/2006, por los motivos especificados más arriba, todo ello sin hacer especial mención de las costas procesales de ambas instancias.*

*Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.*

7. Interesada aclaración por INVERSORA OBELISCO, S.A., la Sección 4 de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó auto cuya parte dispositiva dice:

*NO HA LUGAR a la aclaración, subsanación o complemento de la sentencia en cuestión pedida por parte de Inversora Obelisco S.A.*

**QUINTO: EL RECURSO**

8. contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña el día once de julio de dos mil ocho, en el recurso de apelación 595/2007, el Procurador de los Tribunales don JOSE CERNADAS VAZQUEZ, en nombre y representación de INVERSORA OBELISCO, S.A., interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 115.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 29 de marzo de 2007 y de 20 de febrero de 2003 .



Segundo: Infracción del artículo 48.2 .a) en relación con el artículo 215, ambos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 30 de enero de 2002 , de 19 de marzo de 1997 y de 10 de octubre de 1996 .

Tercero: Infracción del artículo 48.2 .a) en relación con el artículo 215 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 .

Cuarto: Infracción del art. 93.1 en relación con los artículos 212 y 213 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 30 de enero de 2002 , de 19 de marzo de 1997 y de 10 de octubre de 1996 .

Quinto: Infracción del artículo 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas .

#### **SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO Y OPOSICIÓN**

8. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de rollo 1857/2008.

9. Personada INVERSORA OBELISCO, S.A. bajo la representación del Procurador don MIGUEL TORRES ALVAREZ, el día veinticuatro de noviembre de dos mil nueve la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN formalizado por la representación procesal de la mercantil INVERSORA OBELISCO, S.A., contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de julio de 2008 por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 595/2007 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 334/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña.

2º) Entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la representación procesal de INVERSORA OBELISCO, S.A. con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, D. Justiniano , para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

10. Dado traslado del recurso, la Procuradora doña BELEN AROCA FLOREZ presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario con base en las alegaciones que entendió oportunas.

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diez de noviembre de dos mil once, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**NOTA:** Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

#### **PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES**

##### **1. Hechos**

12. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

1) El 13 de enero de 1983 se constituyó la sociedad familiar INVERSORA OBELISCO, S.A. cuya actividad, pese a su objeto social estatutario plural -en la redacción dada al artículo 2 de los estatutos por la junta de 2 de enero de 2004 "arrendamiento y compraventa de inmuebles y la tenencia de valores mobiliarios", básicamente consistía en la gestión del suelo de su propiedad y su venta a terceros.

2) En el acto de constitución de la sociedad fue nombrado Secretario del Consejo de Administración y Consejero-Delegado don Justiniano , que fue renovado en el cargo de Consejero-Delegado hasta que fue cesado por acuerdo de la Junta General que tuvo lugar el 19 de mayo de 2005.

3) El artículo 14 de los estatutos, que en la redacción dada por el acuerdo adoptado el 14 de junio de 1991, disponía, en su parte bastante, que "[e]l Consejero-Delegado, don Justiniano , será retribuido con el diez por ciento de los beneficios netos por su gestión, todo ello dentro de los límites legales" , fue modificado por acuerdo



de la Junta General de 30 de junio de 2005, que estableció la gratuidad de los servicios de naturaleza ejecutiva prestados por los Consejeros en los que hubiere delegado el Consejo de Administración.

4) El 21 de septiembre de 2005 INVERSORA OBELISCO, S.A. otorgó escritura de compraventa de terrenos a favor de MULTI VESTE ESPAÑA 1, S.L.

5) El 28 de junio de 2006 tuvo lugar la Junta General que como primer punto del orden del día aprobó las cuentas del ejercicio correspondiente al 2005 que aplicó el resultado a reservas, con unos beneficios según las cuentas anuales de más de catorce millones y medio de euros tras reservas legales y compensación de pérdidas anteriores y según la pericial de más de quince millones de dividendo máximo distribuible.

6) Las razones indicadas por INVERSORA OBELISCO, S.A. para no proceder a la distribución de beneficios -prudencia empresarial- carecían de razonabilidad.

13. Además de los hechos indicados, también tiene interés a fin de completar la visión del litigio, aunque en casación no se plantea cuestión en este extremo, indicar que en la junta de 28 de junio de 2006, como segundo punto del orden del día, se aprobó la gestión de la gestión del órgano de administración y, como tercero, aún cuando no era obligada la auditoría y con la oposición de la parte demandante, se acordó nombrar auditora a la entidad RUIZ, CARNOTA Y BLANCO AUDITORES S.L., en cuyos socios concurren una serie de circunstancias que en modo alguno afectan a su capacidad y honestidad, pero que pueden menoscabar su independencia.

## **2. Posición de la demandante**

14. Los demandantes interesaron la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general de la compañía INVERSORA OBELISCO, S.A. que tuvo lugar el 28 de junio de 2006, por un lado, por entender vulnerados sus derechos de información y al reparto de beneficios y, por otro, que el Auditor designado era incompatible.

## **3. Posición de la demandada**

15. La compañía demandada se opuso a la demanda e interesó su desestimación en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

## **4. La sentencia de la primera instancia**

16. La sentencia de la primera instancia, como precisa la de apelación, por un lado, estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de los acuerdos referidos a la aprobación de las cuentas del ejercicio 2005, propuesta de aplicación del resultado y aprobación de la gestión de los administradores, por vulneración del derecho de información del socio que había solicitado y obtenido del Registro Mercantil el nombramiento de un auditor, conforme a lo previsto en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, habiéndose celebrado la junta sin contar con su informe y, por otro, desestimó las restantes pretensiones anulatorias, por no apreciarse infracciones de tipo formal de las normas reguladoras de la convocatoria o constitución de la junta de accionistas y no advertir tacha contraria a la independencia del auditor designado para auditar las cuentas del ejercicio de 2006.

## **5. La sentencia de la segunda instancia**

17. La sentencia de apelación entendió que no se había vulnerado el derecho de información, pero confirmó la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas y de aplicación del resultado del ejercicio del 2005, por infracción de los artículos 48.2.a), 130 y 215 de la Ley de Sociedades Anónimas y 14 de los Estatutos vigentes a la fecha del cese como administrador de don Justiniano .

18. También revocó los pronunciamientos referidos a la aprobación de la gestión y al nombramiento de Auditor.

## **6. El recurso**

19. INVERSORA OBELISCO, S.A. interpuso recurso de casación contra el pronunciamiento que anula el acuerdo de no repartir beneficios con base en cinco motivos.

20. Los cuatro primeros abordan desde diferentes perspectivas la posibilidad de anular acuerdos que, no siendo aparentemente contrarios a la Ley, no se oponen a los estatutos y tampoco son lesivos a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, siéndolo, por el contrario, lesivos exclusivamente a los intereses de los accionistas minoritarios y, singularmente de don Justiniano en su condición de beneficiario de la previsión contenida en el artículo 14 de los estatutos sociales, por lo que daremos respuesta conjunta a los mismos.

## **7. Admisibilidad del recurso**



21. Antes de oponerse al recurso por cuestiones de fondo, la recurrida alegó su inadmisibilidad por inexistencia de interés casacional, dada la falta de identidad entre los hechos tenidos en cuenta en la sentencia recurrida y en las dictadas por esta Sala que cita la recurrente.

22. Para rechazar tal alegato será suficiente significar que a efectos del recurso no importa la identidad de los hechos, sino la de los principios tenidos en cuenta para la aplicación de la norma en otros supuestos y, en este caso, se ha cuestionado si la sentencia recurrida ha ignorado los límites fijados por esta Sala para la impugnación de acuerdos sociales y para la retribución de los administradores, por lo que, reiterando el auto de 24 de noviembre de 2009, debemos concluir que el recurso cubre las exigencias formales precisas para su admisión a trámite.

## **SEGUNDO: MOTIVOS PRIMERO A CUARTO DEL RECURSO**

### **1. Enunciado de los motivos**

23. El primero de los motivos se enuncia en los siguientes términos:

*La Sentencia recurrida infringe el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 (en adelante, TRLSA) al ser anulado un acuerdo adoptado por la junta general de accionistas sin que el mismo sea contrario a la Ley ni a los estatutos sociales y sin que se haya acreditado que cause lesión a los intereses de la sociedad.*

24. El segundo motivo se enuncia en los siguientes términos:

*La Sentencia recurrida infringe el artículo 48.2.a), en relación con el artículo 215, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, en cuanto en los mismos se reconoce al accionista un derecho al dividendo, que ha de entenderse únicamente en sentido abstracto en los términos establecidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo infringida.*

25. El tercer motivo se enuncia en los siguientes términos:

*La Sentencia recurrida infringe el artículo 48.2.a), en relación con el artículo 215, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, en cuanto que en la misma se hace una indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de mayo de 2005, nº 418/2005, rec. 4744/1998 en cuanto que la misma viene a exigir la concurrencia de un doble requisito para la imposición del reparto de dividendos (que carezca de toda justificación la decisión de no repartir dividendos y que exista una retención sistemática de los beneficios), que no concurren en el caso que ahora nos ocupa;*

26. El cuarto motivo se enuncia en los siguientes términos:

*La Sentencia recurrida infringe el artículo 93.1, en relación con los artículos 212 y 213, todos ellos de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, en cuanto que exigen para el reparto de dividendos que exista acuerdo en tal sentido por parte de la junta general de accionistas de la sociedad.*

27. Los cuatro motivos forman parte de un silogismo que puede sintetizarse en los siguientes términos:

1) Premisa primera: En el supuesto de que existan beneficios repartibles, a tenor de lo que dispone el artículo 213.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado- corresponde a la junta general la decisión de repartir dividendos (la cita de los artículos 93.1, 212 y 215 se evidencia totalmente superflua y en el desarrollo de los motivos no se razona su infracción).

2) Premisa segunda: De acuerdo con lo que dispone el artículo 115 del referido texto refundido, nada más podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

3) Premisa tercera: El acuerdo de no distribuir dividendos, adoptado por la junta general que tuvo lugar el 28 de junio de 2006, no es contrario a la Ley, no se opone a los estatutos y no lesiona los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros.

4) Conclusión: El acuerdo de no repartir beneficios no puede ser anulado.

### **2. Valoración de la Sala**

#### **2.1 El derecho al dividendo de los accionistas.**

28. Tiene razón la recurrente cuando afirma que el acuerdo de no repartir dividendos, cuando menos en abstracto y aparentemente, no vulnera la Ley de Sociedades Anónimas desde el momento en el que, a



diferencia de la previsión que contenía el artículo 87 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada publicado por el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia el 25 de junio de 1993, que en determinadas condiciones imponía el reparto obligatorio de dividendos, la propia norma atribuye a la Junta General la facultad de decidir en tal sentido en el caso de que existan beneficios repartibles - "[l]a junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado" ( artículo 213.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable al caso enjuiciado y 273 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital )-.

29. En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre - *el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta*-, 215/1997, de 19 de marzo - *[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas*-, y 60/2002, de 30 de enero, "*[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago*".

30. También tiene razón cuando sostiene que el acuerdo de no repartir beneficios no vulnera los estatutos, ya que no se nos ha identificado ninguna norma estatutaria que impusiese ese reparto.

## 2.2. La impugnación de acuerdos lesivos para la sociedad.

31. También acierta la recurrente cuando afirma que -a diferencia de otros ordenamientos, como el portugués, que en el artículo 58.1.b) del Código das Sociedades Comerciais tutela de forma explícita los intereses de los minoritarios -"*[s]ão anuláveis as deliberações que: (...) b) Sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos*" : (Son anulables los acuerdos que: (...)) b) son apropiados para satisfacer el propósito de uno de los socios de conseguir, por medio del ejercicio del voto, ventajas especiales, para sí o para terceros, en perjuicio de la sociedad o de otros socios o, simplemente, de dañar a aquella o a éstos, a menos que se pruebe que los acuerdos habrían sido tomadas incluso sin los votos abusivos)-, en nuestro sistema los intereses tenidos en cuenta de forma explícita por la norma, como uno de los límites al poder de decisión de la mayoría, son exclusivamente los de la sociedad -el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que "*[p]odrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad*" y hoy el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital que "*[s]on impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*"-, de tal forma que, como hemos declarado en la sentencia 172/2003, de 20 de febrero, "*[l]as sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1961 y 25 de enero de 1968, en relación al artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, declaran que se habla de lesión de los intereses de la sociedad y no de los intereses del accionista en particular y que el procedimiento regulado en este artículo y siguientes está establecido para ventilar en él mismo los intereses generales de la sociedad y no los intereses particulares contrarios a la misma*", en la 186/2006, de 7 marzo, que "*los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad*" y en la sentencia 377/2007, de 29 de marzo, que "*la acción impugnatoria prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la lesión de los intereses de la sociedad, y no los del accionista en particular*".

32. Finalmente, es cierto que la aplicación de beneficios a reservas supone la capitalización de la sociedad, por lo que el acuerdo en tal sentido no se percibe como lesivo para los intereses de aquella, al menos desde la posición institucional.

## 2.2. La impugnación de acuerdos lesivos para la minoría.

33. Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991, según la que "*[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social 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*",



a esa clasificación cabe añadir otras -monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.

34. El artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio -hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, parece inclinarse por un concepto institucionalista -*[[los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad...* - , sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como *"el interés común de los socios"* , y la referida sentencia 186/2006, de 7 marzo , con cita de la de 11 de noviembre de 1983 , que *" éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"* -.

35. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis *" en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común"* que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a *"la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa"*.

36. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil , son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre , y 770/2011 , de 10 de noviembre-.

37. Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios -a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg-, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo , que *"[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) 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"*.

38. La solución indicada, podría ser cuestionada bajo el régimen del artículo 348.bis.1) de la Ley de Sociedades de Capital introducido por el artículo 18 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, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas en cuanto faculta al socio para separarse en determinados supuestos si *"[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"*), pero, con independencia de que es inaplicable al caso por razones temporales, no puede proyectarse sobre quien contrató con la sociedad una retribución vinculada al reparto de beneficios, ya que, en otro caso, dejaría al arbitrio de la contraparte la eficacia de lo pactado, lo que resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil .

#### 2.4 Desestimación de los motivos.

39. Consecuentemente con lo expuesto, declarado por la sentencia recurrida que *" en las circunstancias examinadas, negar absolutamente a los socios absolutamente cualquier reparto de las sustanciosas ganancias resultantes se considera injustificado y abusivo"*, el motivo debe ser desestimado, ya que para estimar concurrente el comportamiento abusivo no se requiere la existencia de la reiteración a la que hizo referencia, pero en modo alguno exigió, la citada sentencia 418/2005, de 26 mayo , citada por la recurrente en apoyo de su tesis.

### TERCERO: QUINTO MOTIVO

#### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

40. El quinto motivo se enuncia en los siguientes términos:



*La Sentencia recurrida infringe artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, en cuanto que establece que cuando la retribución de los administradores consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos después de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.*

41. En su desarrollo, la recurrente sostiene que, de ser acogidos los motivos primero a cuarto, al no acordarse la distribución de dividendos no procederá retribuir al administrador que debe participar en las ganancias.

## **2. Valoración de la Sala**

### *2.1. La retribución de los administradores.*

42. Procede desestimar el motivo ya que la propia recurrente supedita el mismo a la estimación de los cuatro primeros, por lo que la desestimación de ellos determina la de este.

43. Además, la sentencia recurrida no acuerda retribución alguna, limitándose a anular determinados acuerdos sociales y, saliendo al paso del evidente intento de defraudar los derechos de quien ostentaba el cargo cuando los beneficios se produjeron, mediante el cese antes de adoptar el acuerdo de reparto de dividendos, en razonamiento impecable sostiene que *"no es de apreciar obstáculo a su legitimación para tener derecho a recibir la correspondiente remuneración proporcional hasta el momento de cesar, dado que los Estatutos que la establecieron estaban en vigor entonces y los beneficios y cuentas se refieren al mismo ejercicio de 2005 en el que fue consejero-delegado desde principio del año hasta mediados de mayo"- ya que otra cosa sería atribuir a la sociedad la facultad de vaciar de contenido arbitrariamente el derecho individual reconocido en los estatutos al administrador"*.

### *2.2 Desestimación de los motivos.*

44. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo.

## **SÉPTIMO: COSTAS**

45. Procede imponer las costas del recurso a la recurrente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por INVERSORA OBELISCO, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don MIGUEL TORRES ALVAREZ contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña el día once de julio de dos mil ocho, en el recurso de apelación 595/2007, dimanante del juicio ordinario 334/2006, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña.

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente las costas causadas por el recurso de casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.