



Roj: **SAP CC 283/2018 - ECLI:ES:APCC:2018:283**

Id Cendoj: **10037370012018100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2018**

Nº de Recurso: **238/2018**

Nº de Resolución: **197/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**CACERES**

SENTENCIA: 00197/2018

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CACERES. SECCION PRIMERA.**

Modelo: N10250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

Equipo/usuario: MTG

**N.I.G. 10037 41 1 2017 0003373**

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000238 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

**Procedimiento de origen:** OR3 ORDINARIO IMPUGN. ACUERDOS SOCIALES-249.1.3 0000337 /2017

Recurrente: PLACONSA S.A

Procurador: ANTONIA MUÑOZ GARCIA

Abogado: ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA

Recurrido: Paloma , GP PROMOCION DEL SUELO SL

Procurador: CARLOS MURILLO JIMENEZ, CARLOS MURILLO JIMENEZ

Abogado: ADOLFO MAILLO LUCIO, ADOLFO MAILLO LUCIO

**S E N T E N C I A NÚM.- 197/2018**

**Ilmos. Sres. =**

**PRESIDENTE: =**

**DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =**

**MAGISTRADOS: =**

**DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =**

**DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =**

**=**



**Rollo de Apelación núm.- 238/2018 =**

**Autos núm.- 337/2017 =**

**Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres=**

=====

En la Ciudad de Cáceres a seis de Abril de dos mil dieciocho.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 337/2017, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, el demandado **PLACONSA, S.A.**, representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Muñoz García**, y defendido por el Letrado Sr. **Tapia Hermida**, y como parte apelada, los demandantes, **DOÑA Paloma y GP PROMOCION DEL SUELO, S.L.**, representados en la instancia y en la presente alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. **Murillo Jiménez**, y defendidos por el Letrado Sr. **Maillo Lucio**.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, en los Autos núm.- 337/2017, con fecha 8 de Enero de 2018, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que con estimación parcial de la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Murillo Jiménez en representación de D. Pedro y Dña. Paloma, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad del Acuerdo 2º ("Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio social 2015") adoptado en la Junta General de PLACONSA, SA celebrada el 29/6/16. Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad..."

**SEGUNDO** .- Frente a la anterior resolución y por la representación de la parte demandada, se interpuso en tiempo en forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y de, conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

**TERCERO** .- La representación procesal de la parte demandante presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los Autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

**CUARTO**.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **5 de Abril de 2018**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C.

**QUINTO**.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO**.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**.- Frente a la Sentencia de fecha 8 de Enero de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 337/2017, conforme a la cual se acuerda -y es cita literal- " Que con estimación parcial de la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Murillo Jiménez en representación de D. Pedro y Dña. Paloma, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad del Acuerdo 2º ("Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio social 2015") adoptado en la Junta General de PLACONSA, SA celebrada el 29/6/16. Cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad ", se alza la parte apelante - demandada, Placonsa, S.A.- alegando, básicamente y en esencia, como motivos del Recurso, los siguientes: en primer término, la infracción del apartado 1 del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital y de la Jurisprudencia que lo interpreta, porque el Acuerdo 2º, adoptado por la Junta General de Placonsa, S.A., de 29 de Junio de 2016, no era abusivo ya que respondió a una necesidad razonable de la Sociedad y no había causado un detrimento injustificado a los accionistas demandantes en segundo lugar, la infracción del artículo 7 del Código Civil, porque el Acuerdo 2º, adoptado por la Junta General de Placonsa,



S.A., de 29 de Junio de 2.016, no había sido abusivo ya que se adoptó dentro de los límites normales de la competencia de toda Junta para decidir sobre la aplicación del Resultado del ejercicio y sin daño para los accionistas demandantes ni para terceros en tercer lugar, la infracción del artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital, porque sostiene que la mención de la Propuesta de aplicación del Resultado sita en la Memoria de las Cuentas Anuales del ejercicio 2.015 de Placonsa, S.A. es insuficiente y manifiesta una intención de restricción abusiva del Derecho al Dividendo y, finalmente, la infracción de normas y garantías procesales con resultado de indefensión, que se alega a los efectos del artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En sentido inverso, la parte apelada -demandantes, D<sup>a</sup>. Paloma y GP Promoción del Suelo, S.L. (que ha ocupado en este Juicio la posición de D. Pedro, en el lugar que venía ocupando, conforme se acuerda en el Decreto de fecha 27 de Febrero de 2.018)- se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** Centrado el Recurso de Apelación en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, conviene indicar, como premisa inicial y, como declaración de principio, que, aun cuando la parte demandada apelante articula la impugnación que deduce por mor del Recurso de Apelación interpuesto a través de cuatro motivos distintos -en principio- y convenientemente separados, en realidad dichos cuatro motivos convergen en uno solo, que es consecuencia de los estrechos márgenes en los que ha quedado concretada la única cuestión que se debate en esta segunda instancia, después de que la Sentencia recurrida haya declarado -exclusivamente- la nulidad del acuerdo número 2 de los adoptados en el Junta General de la Sociedad demandada, Placonsa, S.A., el día 29 de Junio de 2.016 ("Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio social 2015") y, en relación con el mismo, solo se ha estimado por el Juzgado de Primera Instancia la vertiente relativa a la falta de acreditación, por parte de los administradores de la sociedad, de una necesidad razonable de destinar a reservas voluntarias el 95% (aproximadamente) del resultado del ejercicio correspondiente al año 2.015.

En suma, ese único motivo acusaría el supuesto error en la valoración de la prueba (donde se incardinaría la apreciación de los dos Informes Periciales que se han emitido en el Proceso) en el que habría incurrido el Juzgado de instancia y que habría conducido a la decisión adoptada en la Sentencia recurrida -por la que se estima en parte la Demanda-, en relación (lo que se conforma como la causa de ese error apreciativo probatorio) con la infracción de precepto legal por indebida aplicación o por interpretación errónea de los artículos 204, apartado 1 de la Ley de Sociedades de Capital y de la Jurisprudencia que lo interpreta (porque el Acuerdo 2º, adoptado por la Junta General de Placonsa, S.A., de 29 de Junio de 2.016, no era abusivo ya que respondió a una necesidad razonable de la Sociedad y no había causado un detrimento injustificado a los accionistas demandantes), 7 del Código Civil (porque el Acuerdo 2º, adoptado por la Junta General de Placonsa, S.A., de 29 de Junio de 2.016, no había sido abusivo ya que se adoptó dentro de los límites normales de la competencia de toda Junta para decidir sobre la aplicación del Resultado del ejercicio y sin daño para los accionistas demandantes ni para terceros), y 260 de la Ley de Sociedades de Capital (porque la Sentencia sostiene que la mención de la Propuesta de aplicación del Resultado sita en la Memoria de las Cuentas Anuales del ejercicio 2.015 de Placonsa, S.A. es insuficiente y manifiesta una intención de restricción abusiva del Derecho al Dividendo) en el bien entendido de que lo que la parte apelante configura como último motivo de su Impugnación (la infracción de normas y garantías procesales con resultado de indefensión, que se alega a los efectos del artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no es sino un epílogo de los tres primeros motivos del Recurso (que ahora se incardinan en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), reiterando idénticos fundamentos jurídicos y sustantivos que no aportan ninguna novedad en relación con las alegaciones efectuadas en los referidos tres primeros motivos (o tres primeras alegaciones del único motivo del Recurso) razón por la cual ninguna consideración motivadora se efectuará, en la presente Resolución, respecto del expresado motivo.

No obstante y, al efecto de preservar el Principio de Congruencia ( artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) y de Motivación de las Resoluciones Judiciales ( artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120 de la Constitución Española ), abordaremos, asimismo, aquellas pretensiones -aun reiteradas- que se alegan en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación, como serían las tachas sobre la congruencia y motivación de la Sentencia.

Con la sistemática apuntada y, sin ceñirnos, escrupulosamente, al orden de las alegaciones de la Impugnación, de esta manera -decimos- se examinará el Recurso de Apelación interpuesto.

**TERCERO.-** A modo de Preámbulo de las cuestiones debatidas (diríamos, en singular y en rigor, de "la única cuestión debatida") en esta segunda instancia, y atendiendo al método que se sigue en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida, respecto a los Antecedentes necesarios que, a este fin, deben considerarse (por lo demás, no discutidos) podemos señalar que los demandantes son socios privilegiados (sin derecho



a voto) de PLACONSA, SA, siendo titular la entidad G.P Promoción del Suelo, S.L. (que ha sustituido en el Juicio a D. Pedro ) de 12 acciones sin voto (serie B) y D<sup>a</sup>. Paloma de una acción sin voto, de la misma clase, representando estas acciones el 27,66% del capital social. En Junta General de PLACONSA, SA de fecha 29/6/16 se adoptaron, entre otros, el siguiente acuerdo: 2º. "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio social 2015". Este acuerdo es el único que ha sido declarado nulo por la Sentencia recurrida. Los actores consideran que los acuerdos adoptados son nulos por haberse aprobado con abuso de poder y en detrimento de los derechos de los accionistas sin voto. En cuanto a la Sentencia dictada por este Tribunal 9/2.003, de 21 de Enero, dictada en el Rollo de Apelación 5/2.003 , dimanante de los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 275/2.002 ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de los de Plasencia, en la Sentencia, hoy recurrida, se indicó, entre otros particulares, lo siguiente: " Sentencia de 21/1/03 AP Cáceres: Revoca la sentencia anterior, entendiendo lo siguiente:

Los Estatutos modificados se ajustan a los principios reguladores de la retribución de los administradores, no infringiendo ninguna norma. Tampoco existiría abuso de derecho comparando la situación anterior de la sociedad, pues: (i) Los consejeros pasan a ser retribuidos tras la modificación de los Estatutos, pero ya con anterioridad el Sr. Paloma , cuando ostentó los cargos de director gerente y consejero, era retribuido por su función (ii) La retribución fijada no es desproporcionada, al ser inferior a la de los directores de departamento atendida la facturación anual de la sociedad y atendido que sólo se hace efectiva tras dotar reservas y el dividendo propio de las acciones sin voto.

Si en el futuro se produjera la situación ("sospecha") descrita en la sentencia revocada, habría que ejercitar en tal momento las acciones oportunas". Podemos ya adelantar que esta Sentencia carece de relevancia a los efectos, tanto de la decisión que se ha adoptado en la Sentencia recurrida, como de los razonamientos jurídicos que expone este Tribunal en la presente Resolución.

En cuanto al Acuerdo número 2º de la Junta General, entienden los actores que este acuerdo resulta abusivo, toda vez que los administradores reciben una desproporcionada suma como retribución. En este sentido, el acuerdo adoptado implica que el reparto de dividendo a los accionistas sin voto ascienda al 5%, calculado sobre el nominal de la acción, cuando la sociedad dispone de reservas por unos 23 millones de euros (incluyendo una reserva voluntaria no prevista en Estatutos). Los actores consideran que existe una notable desproporción entre lo cobrado por los administradores como retribución y lo repartido como dividendos. Consideran los actores que la base de cálculo del dividendo acordado repartir (a calcular como porcentaje sobre el nominal de las acciones), es abusivo, pues ni el art. 99 TRLSC ni los Estatutos obligan a interpretar los Estatutos de este modo, proponiendo en su lugar que la base de cálculo sean los beneficios de la sociedad. Explican, en este sentido, que la redacción del 33 de los Estatutos contempla, por un lado, que los consejeros percibirán un 10% de los beneficios líquidos, y seguidamente que a los accionistas se les reconocerá un dividendo del 4%, sin precisarse si este último porcentaje se aplica sobre beneficios o sobre el nominal de las acciones seguidamente, razonan que si en la misma norma estatutaria se está contemplando paralelamente la retribución variable y el dividendo, el porcentaje que a cada uno de estos conceptos se reconoce debe ser homogéneo, de tal forma que si la retribución variable expresamente se dice que es un porcentaje sobre los beneficios, los dividendos también habrían de ser un porcentaje sobre dichos beneficios. Estas consideraciones de la parte actora han sido desestimadas en la Sentencia recurrida.

El condicionante de la declaración de nulidad del Acuerdo 2º, conforme a los razonamientos jurídicos de la Sentencia recurrida, radica en la "justificación económica de la dotación de reserva voluntaria". Aun cuando pueda resultar repetitivo, la justificación de la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida es la siguiente: " (...) las CC. AA. de 2015 que resultaron aprobadas, tenemos los siguientes datos de interés:

- La sociedad dispone de un Patrimonio Neto de 24.138.223,91 euros (superior al de 2014, que era de 18.648.071,62 euros).
- El resultado del ejercicio 2015 es de 5.524.555,29 euros (en 2014 fue de 2.301.578,65 euros).
- Del resultado anterior (5.524.555,29 euros), se destina a reserva voluntaria 5.272.810,72 euros (a reserva de capitalización 226.717,57 euros a dividendos ordinarios 20.339 euros y a dividendos de las acciones sin voto 4.688 euros).

La única justificación que en la Memoria de las CC. AA. se contiene respecto de tan notable reserva voluntaria es que la distribución del resultado se realiza "con el fin de fortalecer la situación financiera de la Compañía y seguir con la política de autofinanciación y reinversión en la empresa de los recursos generados".

Sobre la base de estos datos y, como seguidamente se razonará, el acuerdo de aplicación de resultado, particularmente en cuanto supone destinar a reserva voluntaria el 95% del resultado del ejercicio 2015 sin más



justificación que la vaga e imprecisa de fortalecer la sociedad, resulta abusivo, por las dos razones siguientes:

### 3.3.1. Ingresos excepcionales en el resultado del ejercicio 2015

La demandada, apoyándose en las CC. AA. de 2015 y en lo razonado por el perito Sr. Ceferino, a quien propuso, viene a explicar que el resultado de 2015 no procede únicamente del desarrollo de la actividad empresarial propia de PLACONSA, sino que fundamentalmente resulta de ciertos ingresos excepcionales (extraordinarios, en la denominación anterior del PGC) durante el ejercicio. Esta procedencia de ciertos ingresos es la que, entiende la demandada, justificaría que la práctica totalidad del resultado del ejercicio se destine a reserva voluntaria.

En concreto, el resultado de explotación antes de impuestos fue de 7.508.567,57€ (5.524.555,29€ después de impuestos), integrándose en aquella suma las dos siguientes cantidades:

- 3.761.393,82€ como "Exceso de Provisiones". Atendido el Informe del perito propuesto por la demandada, Sr. Ceferino (pág. 9 del Informe), esta suma proviene de aplicar al resultado de 2015 unas provisiones que la sociedad tenía comprometidas y que finalmente no ha sido necesario aplicar al fin previsto.

Ciertamente nos encontramos aquí con un ingreso excepcional, pero no puede afirmarse, sin más, que la excepcionalidad del ingreso justifique el destino a reservas de la práctica totalidad del resultado. La provisión en cuestión fue realizada por la sociedad en 2007 ante una eventual y futura responsabilidad civil que pudiera derivar para la sociedad como consecuencia de un proceso penal (asunto Tecprogesa pág. 16 del doc. n.º 6 de la demanda). Desaparecido el riesgo en 2015, la provisión se activa y pasa a computar como ingreso excepcional, aumentando el resultado del ejercicio. Ciertamente no es una cantidad fruto de la promoción inmobiliaria o la ejecución de obras en 2015, pero no es menos cierto que será fruto de la explotación de la empresa hasta 2007, ejercicio en que se dotó la provisión, y si en 2007 la dotación impidió que esta suma aumentara el resultado, nada impide que lo aumente en 2015 (como así ocurre contablemente) con todo lo que ello comporta, es decir, tener a todos los efectos como producido un resultado de explotación de 7.508.567,57€ (antes de impuestos) de los que 3.761.393,82€ proceden de este ingreso que no por ser excepcional, deja de ser fruto del desarrollo de la actividad (aunque provenga del desarrollo de la actividad hasta 2007).

- 6.053.373,04€ como "Otros Resultado". Atendido el mismo Informe pericial antes citado, dentro de dicha suma, 3.238.156,04€ procederían de la contabilización de intereses a percibir (en diez años) como consecuencia de dos procesos expropiatorios.

Nuevamente nos encontramos ante un ingreso excepcional. Ahora bien, aunque ciertamente es excepcional, no puede afirmarse sin más que la expropiación de determinado suelo resulte extraña a una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria. A falta de mayor explicación por parte de la demandada, cabe suponer que si el suelo no se hubiera expropiado, se habría destinado a la promoción o se habría transmitido a tercero, que no es muy distinto a que se haya expropiado a cambio de un justiprecio que ha de suponerse equivalente y ajustado al valor del suelo.

El hecho de que aún no se hayan comenzado a percibir los intereses del justiprecio en 2015 no excusa que haya de considerarse como resultado positivo del ejercicio, pues así se contabilizó por la propia sociedad.

Así pues, sin desconocer que una parte del resultado del ejercicio de 2015 proviene de ingresos excepcionales, lo cierto es que contablemente son ingresos que se integran en el resultado del ejercicio, y que aunque no provengan directamente de la promoción o construcción en 2015, tampoco resultan ajenos al desarrollo del objeto social de una empresa como PLACONSA, sin que la excepcionalidad de estos ingresos pueda justificar que la práctica totalidad del resultado se destine a reserva voluntaria.

### 3.3.2. Falta de justificación concreta de la reserva voluntaria

Como antes se indicó, la única justificación que en la Memoria de las CC. AA. se contiene respecto de la notable reserva voluntaria (en torno al 95% del resultado del ejercicio) es que la distribución del resultado se realiza "con el fin de fortalecer la situación financiera de la Compañía y seguir con la política de autofinanciación y reinversión en la empresa de los recursos generados" (pág. 11 del doc. n.º 6 de la demanda).

Como puede comprobarse, a pesar de que se destina a reserva voluntaria 5.272.810,72 euros de los 5.524.555,29 euros que son el resultado del ejercicio, ello se hace sin más justificación, explicación ni detalle que el de fortalecer la sociedad. Tan importante reserva voluntaria viene, pues, desprovista de algún plan de negocio concreto (del que ninguna noticia se da en la Memoria, como tampoco en este proceso) o de alguna necesidad específica de la sociedad (necesidad de alguna inversión concreta, planificación de algún negocio en particular, etc.).

La prueba practicada tampoco arrojó más luz sobre el particular. Preguntado el Director de Administración de PLACONSA, Sr. Laureano, sobre la actividad actual y futura de la sociedad, explicó que en 2015 tenía previstas dos promociones inmobiliarias, una en Cáceres y otra en Plasencia la primera se había acometido y la segunda



aún no. Preciso también que en ambos casos el suelo era propio de PLACONSA, y la promoción se financiaría con créditos bancarios en determinado porcentaje. Dicho de otro modo, que en 2015 la sociedad no tenía otras necesidades financieras inmediatas que la de ejecutar una promoción cuyo suelo no tenía que adquirir (ya era suyo) y para cuyo desarrollo contaría principalmente con financiación bancaria, por lo que no se entiende -desde luego no se ha justificado suficientemente- qué sentido tiene atesorar tan importante reserva voluntaria.

El Informe pericial aportado por la demandada, elaborado por el perito Sr. Ceferino, tampoco es más concreto en este sentido. Dicho Informe igualmente contiene referencias genéricas sobre este particular, mencionando que la actual situación de solvencia patrimonial es necesaria para mantener la clasificación y licitar obra pública es una garantía para proveedores y entidades financieras con las reservas actuales puede hacer frente a incidencias que pudieran surgir, y poco más. Todo ello es cierto, obviamente, pero sigue faltando una explicación precisa, concreta y justificada de por qué dichos objetivos se consiguen destinando a reserva voluntaria 5.272.810,72 euros de los 5.524.555,29 euros obtenidos y no destinando otra suma inferior o, para ser más precisos -y para esto es para lo que hubiera tenido sentido un informe de economista-, cuál debería ser la cifra precisa y concreta que permitiría mantener el ratio de solvencia adecuado sin destinar prácticamente la totalidad del resultado a reserva, y ello atendiendo a los concretos negocios que la sociedad planea, a los concretos riesgos a los que tuviera que hacer frente en el próximo ejercicio, a las concretas exigencias de la Administración para licitar o de las entidades financieras para financiar o de los proveedores para suministrar materiales, etc., explicaciones que en ningún momento se ofrecen ni por la demandada ni por el perito por ella propuesto y es que, si se admitiera sin más, o sólo con las genéricas y poco precisas razones de la demandada y del perito por ella propuesto, que el reparto es el adecuado, ninguna sociedad repartiría dividendos, pues es evidente que cuanto más suma se destine a reserva voluntaria, mayor será la solvencia y el fortalecimiento patrimonial y financiero de la sociedad, pero eso llevaría a desconocer por completo el derecho de los socios y el sentido último del contrato de sociedad (obtención de un lucro por parte de quienes participan con su capital en la sociedad).

No existe, pues, ninguna justificación para destinar en torno al 95% del resultado a reserva voluntaria, acrecentado a la legal, ni la sociedad -ni el perito por ella propuesto- han conseguido explicar la concreta justificación económica de tal decisión. Ante tal ausencia de justificación, no puede verse otro motivo en la aplicación de prácticamente todo el resultado a reserva voluntaria que el de restringir al máximo la suma repartible como dividendo, representando esta conducta un abuso de derecho en los términos de los antes transcritos arts. 204.1 TRLSC y 7 CC, así como lo razonado por la STS 26 mayo 2005 [RJ 2005/5761]: "Los socios (...) tienen el derecho a los dividendos según su participación en el capital social, salvo disposición contraria de Estatutos (...) Privar 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".

Pues bien, hemos considerado procedente reproducir "ad litterem" parte del Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida por cuanto que responde a una exégesis hermenéutica correcta que no puede sino ratificar este Tribunal para avalarlo considerando, básicamente, la Doctrina Jurisprudencial que contempla supuestos que son del todo extrapolables al que, ahora, se somete a nuestra consideración. Y no es admisible -a este fin- que se alegue que la Jurisprudencia en la que se sostiene la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida es anterior a la establecida con arreglo a la vigente Ley de Sociedades de Capital, no solo porque la Sociedad Anónima es una sociedad de capital, sino también y sobre todo porque esa Doctrina Jurisprudencial sigue siendo aplicable después de la entrada en vigor de dicha disposición normativa y -más aun- ha incorporado -la Ley de Sociedades de Capital- determinadas prescripciones que derivan, precisamente, de la Doctrina del Tribunal Supremo, acuñada con la legislación anterior entonces vigente (Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Finalmente y, para concluir esta reflexión preliminar, debe indicarse que el juicio de inferencia que alcanza el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida es, sin duda, racionalmente lógico y, por consiguiente, admisible ( artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -presunción judicial-). En este sentido, de un resultado del ejercicio del año 2015 de 5.524.555,29 euros se ha acordado destinar a reservas voluntarias 5.272.810,72 euros (es decir y, aproximadamente, un 95% del resultado). La parte demandante (socios minoritarios) fijan su postura en destinar a reservas voluntarias 4.690.136,64 euros (es decir, el 84,90% del resultado -beneficios puros-) o, lo que es lo mismo, la diferencia de posicionamientos entre socios mayoritarios y minoritarios estriba en 834.418,65 euros, sobre un resultado del ejercicio de 5.524.555,29 euros respecto de una sociedad de capital con un Patrimonio Neto de 24.138.223,91 euros. Resulta patente -a nuestro juicio- que una diferencia tan exigua no justifica la finalidad aludida por los socios mayoritarios de destinar a reservas voluntarias tan elevada cantidad, y sobre todo, en momento alguno se ha alegado (ni menos aun probado) que esa finalidad que justifica tan elevado atesoramiento se hubiera visto frustrada si se hubiera destinado a reservas voluntarias el 85% del Resultado, en lugar del 95% luego la abusividad del acuerdo -a nuestro juicio- no abriga la más mínima duda.



**CUARTO.-** Como infracción procesal, la parte demandada apelante, en los motivos primero y segundo del Escrito de Interposición del Recurso de Apelación, incide sobre la motivación de la Sentencia recurrida (insuficiente o errónea) y, en el primero, además, sobre la incongruencia de la expresada Resolución. Se alega, en definitiva, la falta de congruencia y de motivación de la Sentencia recurrida es decir, la infracción de normas o garantías procesales con fundamento en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 216 y 218 del mismo Texto Legal, con vulneración de las normas reguladoras de la Sentencia, por haber visto vulnerado su derecho a obtener una Resolución razonada y fundada en Derecho.

En relación con la Incongruencia de la Sentencia, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 213/2.000, de 18 de Septiembre, establece que, como recuerda la Sentencia 136/1.998, de 29 de Junio (Fundamento Jurídico Segundo), desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1.982, de 5 de Mayo, se ha declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el Fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, sólo adquiere relevancia constitucional por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal ( Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1.999, de 22 de Febrero -Fundamento Jurídico Octavo -, 215/1.999, de 29 de Noviembre -Fundamento Jurídico Tercero - y 118/2.000, de 5 de Mayo -Fundamento Jurídico Segundo-). Ahora bien, para que la incongruencia tenga relevancia constitucional de cara a entender lesionado el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es indispensable que el desajuste entre lo resuelto por el Organo Judicial y lo planteado en la Demanda o en el Recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, y, por ello, la incongruencia requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido ( Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1.999 -Fundamento Jurídico Tercero- y las allí citadas). Así pues, el juicio sobre la congruencia de la Resolución Judicial presupone la confrontación entre su Parte Dispositiva y el objeto del Proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y "petitum"). En cuanto a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las Resoluciones Judiciales puedan modificar la "causa petendi", alterando de oficio los motivos del Recurso formulado, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el Organo Judicial sitúa el "thema decidendi". Además de distinguir nuestra Jurisprudencia entre la llamada Incongruencia Omisiva o "ex silentio", que se producirá cuando el Organo Judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada Incongruencia "extra petitum", que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, también singulariza la llamada Incongruencia por error, que es aquélla en la que se dan al unísono las dos anteriores clases de Incongruencia ( Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1.987, de 5 de Marzo -Fundamentos Jurídicos Cuarto, Quinto y Sexto-, 369/1.993, de 13 de Diciembre -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/1.997, de 3 de Junio -Fundamento Jurídico Tercero -, 136/1.998, de 4 de Julio -Fundamento Jurídico Segundo -, 96/1.999, de 31 de Mayo -Fundamento Jurídico Quinto -, 113/1.999, de 14 de Junio -Fundamento Jurídico Segundo -, y 124/2.000, de 16 de Mayo -Fundamento Jurídico Cuarto-), tratándose de supuestos en los que, por el error de cualquier género sufrido por el Organo Judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la Demanda o sobre el motivo del Recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta.

Definidos, por tanto, los tres tipos de Incongruencia en los términos acabados de exponer (Incongruencia omisiva, "extra petitum" y por error), no cabe duda de que -a juicio de este Tribunal- el Fallo de la Sentencia apelada no incurre en este vicio en la vertiente invocada por la parte demandada apelante en el primer motivo del Recurso de Apelación, por cuanto que la Resolución recurrida no se ha apartado ni un ápice de los términos en los que ha quedado concretada la controversia litigiosa, ni tampoco de las cuestiones que han sido oportunamente deducidas por las partes en este Proceso, ni ha dejado de resolver ninguna de las pretensiones alegadas por las partes en sus correspondientes Escritos Expositivos, ni, finalmente, existe ningún tipo de contradicción en la Fundamentación Jurídica de la Sentencia. Con absoluta brevedad (ante la claridad de la cuestión ahora debatida), conviene significar, de manera categórica, que la causa que determina la declaración de nulidad del Acuerdo Impugnado (2º de los adoptados en la Junta General de la Sociedad celebrada el día 29 de Junio de 2.016) descansa en la ausencia de justificación económica de la cuantía del Resultado del ejercicio del año 2.015 destinada a Reservas Voluntarias. De este modo, no adquiere relevancia material el hecho de que se cuestione (o que, incluso, llegue a manifestarse en la propia Sentencia) si esa falta de justificación es inexistente, o si existe, pero con la condición de "genérica, vaga o imprecisa" - términos que pueden justificar, asimismo, su inexistencia- es decir, no son expresiones contradictorias, ni tachan de incongruente la fundamentación jurídica de la Sentencia. La expresión "fortalecer la situación financiera de la



Compañía y seguir con la política de autofinanciación y reinversión en la empresa de los recursos generados", puede responder, simplemente, a una fórmula de "estilo financiero" si no se acompaña de una justificación que descienda a lo concreto es decir, a la explicación conforme a la cual, en términos financiero-societarios se exigiría una dotación a reservas voluntarias del 95% del Resultado y esa justificación falta. Es irrelevante, pues (y ello no hace que la Sentencia incurra en el vicio de incongruencia), que, con tal planteamiento, pueda sostenerse, tanto la existencia de una justificación genérica (insuficiente), como la inexistencia de esa misma justificación.

**QUINTO.-** Y, sobre la ausencia de una Motivación suficiente de la Sentencia, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 13 de Febrero de 2.006 , ha declarado que es doctrina reiterada de ese Tribunal que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el artículo 120.3 de la Constitución Española , es una exigencia derivada del artículo 24.1 de la Constitución Española que permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos. De este modo, puede mantenerse que la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho. Dicho en otros términos, el deber de motivación implica que las resoluciones judiciales han de venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, cuál ha sido su ratio decidendi. No obstante la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito.

En la Sentencia de fecha 20 de Diciembre de 2.005, el Tribunal Constitucional ha significado que es reiterada doctrina de ese Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses. El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, deber que no queda cumplido con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería en todo caso una mera apariencia, lesionando, por ello, el derecho a la tutela judicial.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 29 de Marzo de 2.005 , ha establecido que la motivación de las Sentencias, como señala la del Tribunal Constitucional 213/2.003, de 1 de Diciembre , al interpretar las normas de la Constitución Española sobre la misma, constituye además de un deber constitucional de los Jueces, un derecho de quienes intervienen en el proceso, protegido por la Constitución Española. Al primer aspecto se refiere la Sentencia del mismo Tribunal 35/2.002, de 11 de Febrero , tras la 24/1.990, de 15 de Febrero , para poner de manifiesto que la exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho ( artículo 1.1 de la Constitución Española ) y con el carácter vinculante que, para Jueces y Magistrados, tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional ( artículo 117.1.3 de la Constitución Española ), ya que hay que dar razón del derecho judicialmente interpretado y aplicado, con lo que se cumple tanto la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de derecho, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución por medio del sistema de recursos previsto en el Ordenamiento. El segundo aspecto es tratado en la Sentencia 196/2.003, de 27 de Octubre , según la que el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Sin embargo, como destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1.999, de 27 de Septiembre , el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide. La Sentencia 100/1.987, de 9 de Julio , puso de relieve que el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, ya que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la





motivación ha de lograrse, y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente. La Sentencia 56/1.987, de 5 de Junio, reitera, en fin, que lo determinante es que el interesado conozca las razones decisivas, el fundamento de las resoluciones que le afectan, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación o para saber en general qué remedios procesales puede utilizar, exigiendo su información.

Pues bien, en función, tanto de la Doctrina del Tribunal Constitucional, como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que han quedado puestas de manifiesto en los párrafos anteriores, ha de reconocerse que la Sentencia impugnada llena de forma notablemente suficiente la exigencia de motivación que exigen los artículos 120.3 de la Constitución Española y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto que el Juzgado de instancia, en los Fundamentos de Derecho de la expresada Resolución ha exteriorizado, de forma amplia, completa y exhaustiva las razones que justifican la decisión adoptada en la misma, y que no han impedido la articulación del Recurso de Apelación con todas las garantías. No se aprecia, ni una motivación errónea de la Sentencia, ni error patente en la decisión adoptada en la expresada Resolución, la cual resuelve, de manera satisfactoria la controversia litigiosa suscitada en este Juicio debiendo destacarse, además que, ante una Fundamentación Jurídica completa, la parte apelante podrá convenir o disentir con los razonamientos que justifiquen la decisión, o con la necesidad, o no, de emplear otro tipo de razonamientos jurídicos (más o menos extensos) en función de la causa que determina la resolución mas tales cuestiones no afectan a la motivación de la Resolución Judicial, sino a la valoración del elenco probatorio en el que descansa el sentido de la decisión que, finalmente, se hubiera adoptado.

**SEXTO.-** Con carácter general y en una panorámica global del Recurso de Apelación, la Impugnación deducida acusa -como ya se adelantó- error en la valoración de la prueba, en relación con la infracción de determinados preceptos de la Ley de Sociedades de Capital -y del Código Civil- a los que, después, se hará singular referencia. Respecto del indicado motivo, este Tribunal viene estableciendo, de forma constante y en términos generales, que la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el Órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del Órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos.

En realidad y, con el máximo rigor, la controversia litigiosa sustantiva a la que se contrae, en todas sus vertientes, el indicado motivo del Recurso constituye una problemática que afecta única y exclusivamente a la valoración de la prueba y a la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, extremo este último donde -con carácter general- opera el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvenición, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniente o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 7 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

A la luz de las consideraciones preliminares que se acaban de indicar, este Tribunal comparte la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida por cuanto que descansa en una



valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el Procedimiento, de modo que la mera remisión a los razonamientos jurídicos expuestos en la indicada Resolución sería suficiente para desestimar, en todas sus vertientes, el motivo del Recurso que se examina. El Juzgado a quo, en efecto, ha analizado la prueba practicada en el Procedimiento de forma conjunta, en una exégesis apreciativa razonada y razonable, llegando a una decisión absolutamente correcta que objetivamente se corresponde con los resultados de las pruebas practicadas y con las reglas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, insistir en el análisis de dichas pruebas no supondría más que redundar innecesariamente sobre las mismas cuestiones para llegar indefectiblemente a conclusiones idénticas a aquellas que recoge la Sentencia recurrida.

**SEPTIMO.-** Así pues y, atendiendo -insistimos- a las referidas consideraciones preliminares, cabría reiterar que la hermenéutica valorativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta correcta y en absoluto ha quedado desvirtuada por las alegaciones -abiertamente subjetivas y de defensa de su tesis- en las que se sustenta el planteamiento global del Recurso. Efectivamente, después del análisis aséptico de las pruebas practicadas en el Procedimiento, este Tribunal no puede sino convenir necesariamente con los razonamientos expuestos por el Juzgado a quo en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida, donde, con el suficiente rigor, se han examinado todas las pretensiones ahora discutidas, sin que incluso -por las propias razones jurídicas explicitadas en aquella Resolución- fuera necesario añadir otras consideraciones adicionales o complementarias.

Difícilmente puede resultar atendible el criterio que defiende la parte demandada apelante en este motivo del Recurso ante los acertados razonamientos jurídicos puestos de manifiesto por el Juzgado de instancia en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida que no sólo no se han visto desvirtuados ni un ápice por las alegaciones en las que se sustentan todas las vertientes del indicado motivo, sino que incluso llegan a agotar cualquier otra consideración jurídica que pudiera efectuarse sobre los extremos en los que descansa el referido motivo de la Impugnación. En este sentido, puede ya adelantarse que -ante la carencia de solidez sustantiva en su postulado- las objeciones que la parte apelante opone respecto de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida no gozan -según el criterio de este Tribunal- de la habilidad material necesaria para modificar la decisión -correcta, insistimos- que, sobre los extremos discutidos, ha sido adoptada en la Resolución recurrida.

Y es que, por más que la parte demandada apelante pretenda hacer ver lo contrario en las alegaciones que comprende la Impugnación, lo cierto y real es que la apreciación probatoria desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta racionalmente acertada y, en consecuencia, no admite tacha de tipo alguno, como, de la misma manera, puede afirmarse que se han aplicado de forma correcta, tanto las normas generales sobre la carga de la prueba que contempla el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital -y del Código Civil- que la parte apelante reputa infringidos.

**OCTAVO.-** En este sentido, no desconoce este Tribunal el esfuerzo desplegado por la parte demandada apelante en las alegaciones que conforman todas las vertientes del Recurso de Apelación interpuesto no obstante lo cual la problemática litigiosa que sea plantea en esta segunda instancia no ofrece ninguna dificultad material por cuanto que se ciñe, con exclusividad, a una cuestión de mera valoración de la prueba. La parte apelante se limita a analizar los medios de prueba que se han practicado en este Juicio desde su propia perspectiva subjetiva, diametralmente distinta a la del Juzgado de instancia, quien ha apreciado el elenco acreditativo practicado en este Juicio, no sólo de manera conjunta, sino también en términos estrictamente objetivos, apreciación que autoriza a reconocer la absoluta validez de su convicción, en la medida en que la exégesis desarrollada no se ha revelado ilógica, absurda, arbitraria ni irracional, por lo que, siendo -como es- admisible no resulta susceptible de modificación.

En función del contenido intrínseco de las posiciones sustantivas que, en este Proceso, han mantenido, respectivamente y en ambas instancias, las partes actora y demandada y, una vez analizado el sentido y el alcance de las concretas alegaciones que conforman el Recurso de Apelación, no cabe duda de que la cuestión controvertida se concreta -prácticamente con exclusividad (como se acaba de indicar)- en la valoración de la prueba, en la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba y, finalmente, en la infracción de los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital -y del Código Civil- que, ahora, se indicarán y de la Jurisprudencia que los interpreta.

De este modo, se esgrime, en primer término, la infracción del apartado 1 del artículo 204 Real Decreto Legislativo 1/2.010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital precepto que es del siguiente tenor literal: "1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.



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"

Es, en rigor, sobre este precepto, sobre el que pivota el contenido -prácticamente íntegro- de la Impugnación. La decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida descansa en este precepto y en un acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría de corte abusivo. No se trata de cuestionar la voluntad de la Junta General, sino de valorar si el acuerdo, aun no causando perjuicio al patrimonio social, implica un daño a la minoría social sin motivo razonable. Habrá de convenirse en que el designio de una sociedad de capital es la obtención de un beneficio repartible, y que ese reparto redunde en el haber patrimonial de todos los socios, sin desatender, lógicamente, el interés social de ahí que, para reputar nulo el acuerdo por imposición abusiva de la mayoría, el acuerdo se aparte de una "necesidad razonable de la sociedad", de tal modo que, para que no sea así, esa "necesidad" tiene que acreditarse de manera cumplida por la mayoría social, No basta una mera declaración de principio en la Memoria ( artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital ) o en el Plan General de Contabilidad, sino que tiene que concretarse en hechos explícitos y tangibles que revelen -por lo que ahora interesa- que el beneficio de la sociedad exige que la práctica totalidad del Resultado (el 95% aproximadamente en el supuesto que examinamos) haya de destinarse necesariamente a la dotación de reservas voluntarias, lo que, en el supuesto que examinamos, no se ha verificado.

Ya hemos indicado que esa justificación es insuficiente (abiertamente insuficiente), e insuficiente es para mermar -o disminuir de manera harto acusada- el Derecho del socio al Dividendo, tan importante en una sociedad de capital, como la voluntad irrazonada de la Junta General de acordar una dotación a reservas voluntarias desmesurada e injustificada atendiendo a la cuantía del resultado y al propio patrimonio social (como ya se apuntó con anterioridad). No existe motivo para limitar el derecho al dividendo, ni se justifica, cuando, además, estamos ante una sociedad no sólo saneada, sino solvente en términos patrimoniales y en una situación económica actual (también en el año 2.016), donde la crisis inmobiliaria no presentaba ya los condicionantes que determinaron que, en ejercicio anteriores, hiciera disminuir la actividad de la sociedad, o que exigiera la dotación de reservas extraordinarias de igual modo que tampoco se ha demostrado que el no destinar el 95% del resultado a reservas voluntaria comprometiera las licitaciones públicas de la propia sociedad. Esa necesidad razonable de la sociedad no se puso de manifiesto en el Escrito de Contestación a la Demanda, no se advierte del contenido de la Memoria, ni del Plan General de Contabilidad, ni se ha probado en este Juicio, ni ha resultado avalado por el Informe Pericial emitido a instancia de la parte demandada, por lo que no existe causa que justificara la decisión adoptada por la Junta General (en el acuerdo número 2 impugnado, adoptado el día 29 de Junio de 2.016) para que la cantidad destinada a reservas voluntarias se estableciera en la cuantía pretendida por la mayoría, en perjuicio de los socios minoritarios..

Atendiendo a estas consideraciones, puede ya adelantarse, que el Recurso de Apelación interpuesto se encuentra abocado a su desestimación.

**NOVENO.-** A partir de los razonamientos jurídicos expuestos en los Fundamentos de Derecho precedentes, conviene indicar que la Sentencia de este Tribunal 9/2.003, de 21 de Enero , carece de toda relevancia en relación con el supuesto de hecho que es objeto de enjuiciamiento en el presente Proceso. Por lo demás, sí entendemos aplicable la Doctrina Jurisprudencial que dimana de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de Mayo de 2.005 , cuando establece: "Con apoyo en haberse aplicado indebidamente el artículo 85 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad LimitadaLegislación citadaLSRL de 23 de Marzo de 1.995 e inaplicación de los artículos 175Legislación citadaLSA y 178Legislación citadaLSA y 213 de la Ley de Sociedades AnónimasLegislación citadaLSA, combate el motivo el fallo dictado por el Tribunal de Apelación de la procedencia de la demanda planteada por don Alfonso , en cuanto declaró la nulidad del acuerdo tercero de la Junta General de la sociedad recurrente, celebrada el 4 de marzo de 1.996, ordenando que los beneficios del ejercicio de 1.994 se repartiesen entre los socios en proporción a sus participaciones.

En el desarrollo del motivo se argumenta que corresponde a la Junta General decidir por mayoría sobre la aplicación del resultado y puede acordar la constitución de reservas voluntarias que actúan como fondo de provisión, pues los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos.

El motivo no prospera. Los socios, conforme al artículo 85 invocado en el recurso, en relación al 215 de la Ley de Sociedades AnónimasLegislación citadaLSA, tienen derecho a los dividendos según su participación en el capital social, salvo disposición contraria de los Estatutos. La autorización estatutaria de poder dedicar la totalidad de los beneficios a constituir reservas libres para nada quedó acreditada. En la Ley de 17 de julio de 1.953 se establecía esta regla general en su artículo 29 y resultaba imperativa, pues era nulo todo pacto en contrario, lo que se acomoda al artículo 1691 del Código CivilLegislación citadaCC art. 1691 si se equipara a pacto el acuerdo social y 48-2 a) de la Ley de Sociedades Anónimas .



En la nueva Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada no está presente dicha imperatividad, ya que se deja abierta la disposición estatutaria en contra. El derecho a participar en las ganancias se configura como un derecho mínimo y si bien el derecho a los dividendos, que se presenta como tránsito de derecho abstracto social a un derecho de crédito a favor del socio cuando se aprueba el reparto en Junta ( Sentencia de 10-10-1996 ), no es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues, aparte de las reservas legales, se pueden constituir otras de carácter voluntario. En el caso presente resulta que estas carecieron de toda justificación, debidamente probada, ni tampoco se acreditó situación alguna de iliquidez de la sociedad.

Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que MARKESTIL, S.L. nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impositiva 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, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)".

Abrazamos, asimismo, el criterio que, a título de ejemplo, establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) número 258/2,007, de 27 Abril, cuando señala: "En contestación al primero de los motivos de impugnación de la sentencia dictada en primera instancia, procede traer a colación que ciertamente existen dos clases de nulidades respecto de los acuerdos tomados en la Junta General de la sociedad anónima, la nulidad radical, que surge cuando se trata de acuerdos contrarios a la ley, y la relativa o anulabilidad referida a los que se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, situación ésta que puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho - T.S. 1ª S. de 10 de febrero de 1992 -, y así, efectuada esta matización inicial, procede partirse para resolver la contienda judicial suscitada de la premisa básica de que en la configuración legal del tipo social de la sociedad anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran - artículos 1665 del Código Civil , 116 del Código de Comercio y 48 y 213 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -, siendo por ello difícilmente entendible la constitución de sociedad mercantil que no tienda a practicar reparto de dividendos entre sus socios accionistas y pase a convertir en sus ejercicios económicos la totalidad de sus ganancias en reservas voluntarias, siendo esto lo que, en definitiva, y sin justificación alguna, sucedió en el caso analizado en la anualidad dos mil cuatro en la que existiendo beneficios por cuantía de ciento treinta y nueve mil sesenta y seis euros con sesenta céntimos (139.066,60 €), se destina íntegramente dicha cantidad a constituir reserva voluntaria, cuando en las anualidades anteriores, como máximo, se destinó a tal fin solamente un 20%, salvedad del año mil novecientos noventa y nueve que lo fue en un 100%, al parecer, por motivos fiscales derivados de la adquisición hereditaria de determinados bienes por los hermanos integrantes de la sociedad "Cruzado Informática", situación la originada que si bien permitida por la ley, en el caso que nos ocupa pasa por ser considerada como forzada y abusiva, no ya solamente por el hecho de que, como se dijo por el juzgador de primer grado, no exista reflejo alguno de su justificación ni en acta de la Junta General, ni en la Memoria de Cuentas presentada, sino porque, además, con la constitución de esa reserva voluntaria prácticamente se duplicaban las reservas del año anterior y se cuatriplicaba el capital social, sin que existiera previsión de inversión o gasto extraordinario, no ajustándose la aseveración vertida en el acto del juicio por el administrador don Fermín a la realidad cuando afirmara que la motivación de la reserva obedeciera "a no encontrarse la tesorería en el mejor momento", máxime cuando admitiera que la reserva constituida no llegó a destinarse a ningún fin concreto, pues el pago de las retribuciones a los administradores e indemnización por despido a la que fuera administradora y gestora del ente societario fueron partidas económicas contempladas dentro de la contabilidad en pérdidas y ganancias, respondiendo más bien el acuerdo adoptado por unanimidad de los socios asistentes a la Junta General a asfixiar económicamente a la administradora despedida sin que pudiera obtener cantidad alguna derivada del reparto de beneficios, de ahí que sin poner en duda que, como nos recuerda la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias de 10 de octubre de 1996 y 30 de enero de 2002 que el derecho abstracto al dividendo se concreta con el acuerdo de la Junta General, y el derecho de crédito del accionista contra la sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta, sin que los beneficios hayan de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos, dicha premisa deba de responder a una interpretación y lectura acorde de la actuación societaria en interés de la sociedad, y no en la forma en que se pretende realizar por la demandada inmotivadamente, de manera que no debe olvidarse como respecto de algunos derechos el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas toma en consideración el capital desembolsado como parámetro de proporcionalidad, y así acontece en relación con la distribución de dividendos (artículo 215.1 ), presupuesto que fue incumplido, sin justificación alguna, por los tres hermanos asistentes a la Junta General impugnada adoptando un acuerdo contrario a requisito consustancial de las sociedades mercantiles, cual es el ánimo de lucro, y, además, lesivo a los intereses de socio minoritario



con marcada infracción de la normativa legal especial y de la genérica contenida en el artículo 7.1 y 2 del Código Civil, lo que debe traducirse, necesaria e irremisiblemente, en el dictado de un pronunciamiento judicial corroborador de la resolución dictada por el juzgador de primera instancia, decayendo los motivos que se defendieran en su contra por la demandada recurrente".

**DECIMO.-** Debemos significar, igualmente, que las Sentencias del Tribunal Supremo que cita la parte apelante en esta sede recursiva no enervan -ni dejan sin efecto- el criterio que el mismo Alto Tribunal estableció en la Sentencia -antes citada y reproducida- de fecha 26 de Mayo de 2.005. Pero es que, además, si esas Resoluciones se examinan en todo su contenido intrínseco (no en pasajes o párrafos aislados), puede comprobarse que la decisión que confirma este Tribunal en la presente Resolución, no confronta en absoluto con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De este modo, de la Sentencia del Tribunal Supremo, Civil, Sección 1, de fecha 29 de Marzo de 2.007, interesa destacar los siguientes extremos: "SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se denuncia, por el cauce del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción, por inaplicación, del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Alega la parte recurrente, como fundamento de la denuncia casacional, que, frente a los argumentos de la sentencia recurrida, se impone el hecho de que el impugnante, Octavio, fue el Presidente del Consejo de Administración que obtuvo los notables resultados económicos de la sociedad, y que a través del acuerdo impugnado se sustraen de ésta, en beneficio de un accionista, una parte muy sustancial de los resultados obtenidos con la gestión de aquél, en perjuicio no sólo de la sociedad, sino también de él mismo. Incide asimismo en el hecho, que reputa acreditado, de que la mercantil no repartió dividendos desde su constitución, incorporando los beneficios a reservas voluntarias. Concluye, por último, que, siendo el interés social la suma de los intereses particulares de los socios conforme a la teoría contractualista que se consagra en la legislación societaria, cualquier daño producido en el reparto de beneficios o cualquier otra ventaja comunitaria, como ha sucedido -en su tesis- en el caso de autos, supone una lesión al interés social que justifica el éxito de la pretensión impugnatoria ejercitada, siendo plenamente trasladable al supuesto contemplado el criterio mantenido en la Sentencia de esta sala de fecha 1 de julio de 1963, en donde se consideró lesionado el interés social por un acuerdo que, entre otros extremos, elevaba la retribución del administrador de la sociedad un 33%, porcentaje muy próximo al 27% de los beneficios del ejercicio en que se cifra el aumento de la retribución en este caso.

El motivo debe ser desestimado.

Y así es, ya que se debe partir, por un lado, de que, como señala la sentencia recurrida, la retribución del administrador único de la sociedad -que sustituyó al Consejo de Administración que anteriormente regía la entidad-, fue fijada en una cifra que, siendo sin duda muy elevada, era inferior a la retribución que en conjunto percibían los miembros del Consejo de Administración, entre los cuales se hallaba el demandante Octavio y, por otro lado, de que en el acuerdo impugnado se estipuló una retribución fija, no una participación en los beneficios de la sociedad.

A partir de tales hechos básicos, el examen de la denuncia casacional pasa por recordar que, como ha declarado reiterada jurisprudencia, 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. Como indica la sentencia de 20 de febrero de 2003, con cita de otras anteriores, para que prospere la acción por lesión a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o más accionistas, ha de resultar de la prueba la existencia de dicha lesión, que ha de afectar a la sociedad misma, no bastando su mera alegación. La constatada existencia de la lesión al interés social es, por lo tanto, presupuesto necesario para que proceda declarar la nulidad del acuerdo impugnado, interés éste que es trascendente al particular de los socios, aun cuando se entienda conformado por la suma de los intereses individuales de los accionistas.

La presencia de la lesión se ha de apreciar, en consecuencia, de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales sin perjuicio, claro está, de la facultad de los tribunales de controlar y corregir la extralimitación de la actuación de éstos que lesiona los intereses de la sociedad. En esa labor esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social - Sentencia de 5 de marzo de 2004, cuyos fundamentos recoge, a su vez, la de 12 de enero de 2007.

La proyección de estos criterios al caso examinado conduce a negar la presencia de la lesión del interés social que se alega como base de la pretensión impugnatoria. Los hechos son reveladores de que no se ha



producido perjuicio alguno para la sociedad por el contrario, la fijación de la retribución del administrador único ha representado, pese a su indiscutible importancia, un menor gasto por este concepto, y, consecuentemente, un mayor beneficio para la mercantil respecto del alcanzado en ejercicios anteriores, siendo, por lo demás, de elevada cuantía, pues supera con creces la cifra de setecientos treinta y dos millones de pesetas anuales, después de impuestos, como indica la sentencia recurrida. Resultan significativas, además, las también elevadas retribuciones que percibían los integrantes del anterior Consejo de Administración -cuatro, siete y dieciséis millones de pesetas netos al mes, respectivamente-, cuyos cometidos asumió el administrador único desde su designación, que vio por ello incrementada su retribución mensual en unos dos millones de pesetas netos. Si aquellas retribuciones, también muy elevadas, y superiores en su conjunto a las fijadas en el acuerdo impugnado, eran lícitas, difícilmente puede negarse la misma licitud a la que, siendo inferior a la suma de aquéllas, y resultando proporcionada -dentro de la dimensión económica de las cantidades reservadas por la sociedad a las retribuciones de los integrantes de su órgano de administración- a la mayor exigencia de responsabilidad y trabajo que representaba para el administrador único ejercer las funciones y encargarse de la gestión desempeñada hasta su nombramiento por los miembros del órgano colegiado, supuso, aun dentro de su elevado importe, un beneficio económico para la entidad. Estas circunstancias diferencian el supuesto contemplado de los examinados por esta Sala en otros casos anteriores, como en la Sentencia de 1 de julio de 1963, que cita la resolución recurrida y la propia parte recurrente, en donde la ilicitud de la retribución vino determinada por su desproporción respecto de la anteriormente vigente y respecto de la función desempeñada, o la de fecha 5 de marzo de 2004, en la que, además de esa desproporción, no quedó acreditada la existencia de beneficio alguno para la sociedad, habiéndose probado allí, además, el propósito de desviar los beneficios sociales en favor de un grupo de accionistas, lo que, vistas las circunstancias del presente caso, en donde se da un mayor beneficio económico que queda incorporado a las reservas de la sociedad, no puede aquí sostenerse de forma indubitada, pese al constatado enfrentamiento entre los socios.

No hay, pues, lesión alguna de los intereses de la sociedad, aun considerados éstos desde una perspectiva contractualista como la suma de los intereses de los socios, pues éstos se mantienen incólumes y se han visto, incluso, favorecidos por el beneficio económico experimentado por la sociedad, que se traduce en un mayor valor patrimonial de sus respectivas participaciones en la entidad, al aumentar el valor patrimonial de ésta. La eventual lesión del interés particular del accionista que, desplazado del órgano de administración de la sociedad -y, por tanto, sabedor desde ese momento de que iba a dejar de percibir la retribución que hasta entonces disfrutaba-, no logra obtener un inmediato rendimiento de la sociedad, al haberse aplicado los beneficios sociales a reservas voluntarias, sin reparto de dividendos, no justifica la pretensión impugnatoria del acuerdo de que se trata, pues no es dable identificar ese interés particular, susceptible de tutela a través de otros medios impugnatorios -y con distinto objeto- diferentes del aquí empleado, con el interés social, que, según se ha dicho, es trascendente al interés individual de los accionistas".

Y, en segundo lugar, no basta la cita exclusiva del párrafo 58 de la Sentencia del Tribunal Supremo 991/2.012, de 17 de Enero, sino que debe integrarse con los párrafos 51 a 61, sobre todo si se tiene en cuenta que el precepto que aplica no coincide con el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital. El Tribunal Supremo se pronuncia en los siguientes términos: "51. El primer motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción de la jurisprudencia relativa a la anulación de acuerdos de los órganos de sociedades anónimas por lesionar el interés social ( artículo 115.1 LSA Legislación citada que se aplica Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. art. 115.1 por remisión de lo dispuesto en el artículo 143 LSA Legislación citada LSA)

52. En su desarrollo la recurrente afirma que la sentencia recurrida no se funda en un daño real, sino en meras hipótesis de daño futuro para el caso de que ACCIONA, S.A. prohíba a TRANSMEDITERRÁNEA el uso de su imagen y mientras tanto la propia de TRANSMEDITERRÁNEA se haya debilitado por el uso conjunto con la ajena.

53. El segundo motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Infracción del artículo 115.1 LSA Legislación citada LSA (en relación con el artículo 143 LSA Legislación citada LSA) Y de la jurisprudencia que establece que la lesión debe sufrirla la propia sociedad y no accionistas concretos.

54. En su desarrollo la recurrente afirma el Tribunal de apelación confunde el interés de la sociedad con el de los minoritarios, y por ello, razona que el cambio de imagen "justifica la protesta de los socios minoritarios de TRANSMEDITERRÁNEA, que no se resignan a ver como la socia mayoritaria es la única que saca rendimiento de tal comportamiento".

2. Valoración de la Sala



## 2.1. Requisitos de los acuerdos para ser lesivos.

55. El artículo 115.1 del texto refundido de 1989 -aplicable al caso por razones temporales-, en términos similares a los del artículo 204.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, 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". Dicha impugnabilidad, bien que con ciertos límites, la extiende a los acuerdos adoptados por los órganos colegiados de administración, al disponer en el 143 que "[l]os administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (...) Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen un 5 % del capital social...".

56. En la sentencia de 19 febrero de 1991, reiterada en la 825/1998 Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 18/09/1998 (rec. 1417/1994) Para la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de, los siguientes requisitos: 1.º Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2.º Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios. de 18 de septiembre, declaramos que "para la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de, los siguientes requisitos: 1.º Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, y 2.º Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios" y en la 193/2000 de 4 de marzo, reiterada en la 1131/2002, de 29 de noviembre, que es preciso que el acuerdo sea lesivo "para el interés social (...) la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero y un nexo causal entre la lesión y el beneficio"

## 2.2. El interés social vs. interés de la minoría.

57. 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-, en nuestro sistema los intereses tenidos en cuenta de forma expresa por la norma, como uno de los límites al poder de decisión de la mayoría, son exclusivamente los de la sociedad

58. Por ello la sentencia 172/2003, de 20 de febrero Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 20/02/2003 (rec. 2136/1997) En el artículo 115 LSA 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 el mismo los intereses generales de la sociedad y no los intereses particulares contrarios a la misma. , afirma que "[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 Legislación citada LSA, 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 el 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 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 29-03-2007 (rec. 2364/2000) , que "la acción impugnatoria prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas Legislación citada LSA exige la lesión de los intereses de la sociedad, y no los del accionista en particular".

59. Como hemos declarado en la sentencia 873/2011, de 10 de noviembre, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre los defensores de las teorías institucionalista y contractualista -a las que cabe añadir otras: monistas, dualistas pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.- y así, mientras el artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas Legislación citada LSA, 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 -"[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..."-, 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, de innegable valor doctrinal, 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" porque responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

60. La jurisprudencia de esta Sala 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" la 825/1998 de 18 de septiembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18-09-1998 (rec. 1417/1994) , reproduciendo la de 19 febrero 1991, lo hace a que, lo hace a que "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" la 193/2000, de 4 de



marzo, a que "para que un acuerdo sea impugnabile es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios) la 1086/2002, de 18 de noviembre, a que "ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios" la 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" y la 400/2007, de 12 de abril, a que "[e]l interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados ( sentencias de 29 de noviembre de 2002 Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil , Sección 1ª, 29-11-2002 (rec. 1195/1997 ) y 20 de febrero de 2003 Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil , Sección 1ª, 20-02-2003 (rec. 2136/1997 ) ), sino el común a todos ellos ( sentencias de 11 de noviembre de 1983 , 19 de febrero de 1991 , 30 de enero de 2001 y 29 de noviembre de 2002 Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil , Sección 1ª, 29-11-2002 (rec. 1195/1997 ) ), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto" , dando a entender que, dentro del respeto a la sociedad institución, se permite la heterointegración del pacto societario, de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código CivilLegislación citadaCC , que veta comportamientos contrarios a la buena fe.

61. Por ello, la sentencia 1086/2002, de 18 de noviembreJurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18-11-2002 (rec. 1119/1997 ) , se refiere a la "proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios" y, la referida sentencia 873/2011, de 7 de diciembreJurisprudencia citada a favorSTS , Sala de lo Civil , Sección: 1ª, 07/12/2011 (rec. 1857/2008)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 deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría. , a que " 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 AnónimasLegislación citadaLSA, 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 CivilLegislación citadaCC, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil , Sección 1ª, 10-12-2008 ( rec. 2117/2003 ) , y 770/2011Jurisprudencia citadaSTS, Sala de lo Civil , Sección 1ª, 10-11-2011 ( rec. 1128/2008 ) , de 10 de noviembre-".

**DECIMO PRIMERO.-** La parte demandada apelante alega, en segundo lugar, la infracción del artículo 7 del Código Civil , al amparo de la manifestación comprensiva de que el Acuerdo 2º, adoptado por la Junta General de Placonsa, S.A., de 29 de Junio de 2.016, no había sido abusivo ya que se adoptó dentro de los límites normales de la competencia de toda Junta para decidir sobre la aplicación del Resultado del ejercicio y sin daño para los accionistas demandantes ni para terceros. En el presente caso, el abuso de derecho se anuda al abuso de poder y, en consecuencia, al juicio de inferencia conforme al cual el Juzgado de instancia alcanza la convicción de que el acuerdo es abusivo en perjuicio de los socios minoritarios. En realidad, el motivo se desenvuelve dentro de los mismos ámbitos antes examinados esto es, la falta de una justificación razonable respecto al acuerdo de destinar el 95% del resultado del ejercicio a reservas voluntarias, con incidencia en el derecho al dividendo y tal inferencia -sin género de duda alguno- es, a nuestro juicio, lógica y racional y, en consecuenal, admisible y no susceptible de modificación, porque no es contraria a la prescripción establecida en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contempla las presunciones judiciales.

A este fin, debe enfatizarse en la circunstancia de que, ciertamente, la prueba de presunciones es lícita y se encuentra expresamente contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que se haya llegado a la prueba del hecho a través de un juicio de inferencia racionalmente lógico. Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de Septiembre de 2.002 -que citamos literal- (interpretando los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil , hoy derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, doctrina que, no obstante, es extrapolable a la regulación actual de la prueba de presunciones contemplada en los artículos 385 y 386 de este último Texto Legal), "la presunción es entendida como actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones. La más reciente doctrina ha llegado a afirmar que la presunción es el centro de gravedad de todo el sistema probatorio, y que es imprescindible entre relaciones jurídicas en las que las partes conscientemente falsean las pruebas. Conseguida la convicción judicial resulta indiferente si ésta se ha formado a través de la presunción, de un documento, o de una prueba





testifical. El valor de la Sentencia, una vez firme será idéntico en cada caso. Siempre debe distinguirse entre la presunción- actividad y la presunción-resultado, que constituye la afirmación presumida y que es a la que debería referirse el artículo 1.249 del Código Civil . La distinción es muy clara en el artículo 1.253: "el hecho que se trata de deducir" constituye la afirmación presumida. El enlace entre ambas afirmaciones reviste una excepcional importancia en cuanto es precisamente el que justifica la formación de la presunción. Puede ser impuesto por el legislador, en cuyo caso nos encontramos ante presunciones legales, o bien elegido en cada caso por el juzgador: presunciones judiciales. Pero tanto en uno como en otro caso está formado por máximas de experiencia comunes, a las que el artículo 1.253 del Código Civil designa como reglas del criterio humano. Ambas pertenecen al ámbito probatorio, tendiendo las presunciones legales únicamente a dar un rango normativo a una máxima de experiencia común que incluso en defecto de norma hubiera podido ser establecida por el juzgador. Revelador de la importancia práctica de las presunciones en el juicio de hecho de la Sentencia resulta que mientras la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que las reglas de la sana crítica mediante las que deben valorarse los diversos medios de prueba no tienen acceso a la casación, han admitido en cambio la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas en el artículo 1.253. En este segundo supuesto el recurso de casación sólo puede ser estimado cuando la presunción formada por el Tribunal de instancia se funde en un razonamiento absurdo, ilógico o inverosímil ( Sentencias de 13 de Marzo de 1.958 , 1 de Febrero de 1.961 , 3 de Octubre de 1.979 , 24 de Mayo de 1.980 y 23 de Febrero de 1.987 )".

Es insuficiente -como venimos repitiendo- el razonamiento genérico ofrecido por los administradores de la sociedad (aprobado por los socios mayoritarios) para justificar el destino del 95% del resultado del ejercicio del año 2.015 a reservas voluntarias ("fortalecer la situación financiera de la Compañía y seguir con la política de autofinanciación y reinversión en la empresa de los recursos generados"), y, además de injustificado (tal volumen de reservas voluntarias ni siquiera se justifica por la actividad inmobiliaria de la sociedad prevista para el ejercicio 2.016, que no precisa de provisión alguna), perjudica al derecho al dividendo, que es uno de los valores fundamentales de las sociedades de capital razonamiento que -a nuestro juicio- en absoluto confronta con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es cierto que no se está ante un supuesto de inexistencia de distribución de dividendos, pero tampoco de aplicación mayoritaria del resultado a reservas, cuando se destina a reservas voluntarias nada menos que el 95% del resultado del ejercicio, cuando no existe tal necesidad, ni es razonable, ni se prueba, ni aparece justificada con un mínimo de credibilidad, dada la situación patrimonial de la sociedad y la actividad inmobiliaria prevista para el ejercicio 2.016. Y, de esta manera, el artículo 7.2 del Código Civil dispone que "2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". En este sentido, el Tribunal Supremo, Sección 1, en Sentencia de fecha del 15 de Febrero de 2018 , ha establecido: "1.- Con carácter previo a analizar las razones del recurso, es necesario precisar cuál es la redacción de las normas legales aplicables para resolver el recurso. Se trata, en primer lugar, del art. 204 TRSLC en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre , cuyos dos primeros apartados establecían:

«Artículo 204. Acuerdos impugnables.

»1. Son 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.

»2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables».

En segundo lugar, el art. 205 TRSLC, también en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre , cuyos dos primeros apartados establecían:

«Artículo 205. Caducidad de la acción de impugnación.

»1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

»2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días».

Por tanto, para que el plazo de impugnación del acuerdo social sea el de un año, ha de tratarse de la impugnación de acuerdos nulos, para lo que era necesario que el acuerdo impugnado fuera «contrario a la ley».

2.- Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado recientemente en la sentencia 73/2018, de 14 de febrero . En esta sentencia recordábamos que esta cuestión ha sido ya abordada por este tribunal en sus sentencias 873/2011, de 7 de diciembre , y 991/2011, de 7 de enero de 2012 , en las que declaró 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 [anterior a la reforma de la Ley 31/2014]- 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-».

Asimismo, la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, que cita como antecedentes las sentencias 272/1984, de 2 de mayo, y 171/2006, de 1 de marzo, confirmó la declaración de nulidad, con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del Código Civil, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

3.- Existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del art. 7.2 del Código Civil sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria.

Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que, en el régimen del art. 204 TRLSC anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrieran en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Las sentencias 641/1997, de 10 de julio, y 1136/2008, de 10 de diciembre, con cita de la anterior sentencia de 10 de febrero de 1992, afirmaron que «la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho».

Estos supuestos estaban expresamente tipificados en el art. 204 TRLSC, anterior a la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como acuerdos impugnables (apartado 1) y de carácter anulable (apartado 2), lo que determinaba un régimen específico de caducidad de la acción (art. 205.1 TRLSC) y legitimación (art. 206.2 TRLSC), en el que los terceros ajenos a la sociedad carecían de legitimación, diferente por tanto al de los acuerdos nulos, en los que el plazo de caducidad era mayor y la legitimación más amplia.

De ahí que la sentencia 770/2011, de 10 de noviembre, tras reiterar que la ausencia de expresa referencia al abuso de derecho no es obstáculo para admitir que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho, afirmara que, como consecuencia de lo anterior, «no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas».

4.- El vigente art. 204 TRLSC, resultante de la reforma que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre prevé una modalidad específica de acuerdo impugnante por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente art. 204.1 TRLSC prevé a este respecto:

«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».

Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

5.- Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSC, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social».



Y, en Sentencia de fecha 3 de Abril de 2.014, el Alto Tribunal, Sección 1 , ha declarado: "7. *Jurisprudencia sobre el abuso de derecho* . Tras la reforma del Título preliminar del Código Civil de 1974, en la actualidad, el abuso de derecho está regulado en el art. 7.2 CC : " *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*".

Esta norma tiene un origen jurisprudencial, que arranca de la Sentencia de 14 de febrero de 1944 , y se inspira en lo que desde hacía unos años se había postulado por la doctrina científica: "incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad".

De este modo, como hemos declarado en otras ocasiones, "la doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes, daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)" [ Sentencia 567/2012, de 26 de septiembre , con cita las anteriores sentencias de 1 de febrero de 2006 y 383/2005 , de 18 de mayo].

La formulación de los presupuestos para la apreciación del abuso de derecho, prácticamente no han cambiado desde aquella Sentencia de 14 de febrero de 1944 . Así, recientemente y con cita de otras anteriores, en la Sentencia 690/2012, de 21 de noviembre , recordamos que "para apreciar el abuso del derecho es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con "animus nocendi"), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) [ Sentencias 455/2001, de 16 de mayo , y 722/2010, de 10 de noviembre ], ya que, en otro caso, rige la regla " *qui iure suo utitur neminem laedit* " (quien ejercita su derecho no daña a nadie)".

Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso de derecho puede invocarse más que para instar una indemnización, para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio. Lo cual no deja de ser una manera de, en ese caso, dar cumplimiento a la previsión general del art. 7.2 CC : " *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*" .

Finalmente, el Tribunal Supremo, Civil, Sección 1, en la Sentencia de fecha 10 de Noviembre de 2011 , ha establecido: " 2.1. *El abuso de derecho como causa de nulidad de acuerdos sociales*.

34. El art. 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- al disponer que 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, silencia el "abuso de derecho" previsto en el artículo 7.2 del Código Civil y a cuyo tenor la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

35. La ausencia de expresa referencia al abuso de derecho, sin embargo, no fue obstáculo para que la sentencia 1136/2008, de 10 de diciembre , reiterando la de 10 de febrero de 1.992, que aplicaba el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de junio de 1.951 (precedente del 115 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 ), hubiera admitido que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas "puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho".

36. En consecuencia, no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -de hecho, los acuerdos lesivos a los intereses de la sociedad, frecuentemente comportan un abuso por la mayoría de su derecho a decidir, al hacerlo en contra del interés de la sociedad-.

37. Mayores dificultades se plantean cuando se pretende que el abuso de derecho subjetivo contraría la ley, ya que:

1) El abuso subjetivo no cuestiona la legalidad de la actuación de quien incurre en el.



2) De estimarse la conculcación de la norma, no tendría sentido acudir a la doctrina del abuso del derecho, dado que, como afirma la sentencia 127/2009 de 5 de marzo, *"un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho"*.

38. No acontece lo mismo cuando se trata del ejercicio antisocial del derecho en la medida en la que, por su objeto o por las circunstancias en que se realice la forma en la que el derecho se ha ejercitado, sobrepase objetiva y manifiestamente los límites normales de su ejercicio, ya que rebasar la frontera fijada por la norma supone infringirla, y, en consecuencia, los acuerdos societarios adoptados mediante el ejercicio antisocial de un derecho pueden ser impugnados con base en la infracción de ley superada, hallándose sujeta la acción para impugnarlos al plazo de caducidad fijado a tal efecto en el artículo 116.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital-, bien que, en tales supuestos, no cabe sustentar la "nulidad" de los acuerdos sociales en el "abuso de derecho" sin más, ya que es necesario identificar cual es el derecho ejercitado y precisar porqué es antisocial la concreta forma en la que se ha ejercitado y concretar la norma infringida".

**DECIMO SEGUNDO.**- Finalmente, el tercero de los motivos del Recurso de Apelación denuncia la infracción del artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital, porque la Sentencia recurrida sostiene que la mención de la Propuesta de aplicación del Resultado sita en la Memoria de las Cuentas Anuales del ejercicio 2.015 de Placonsa, S.A. es insuficiente y manifiesta una intención de restricción abusiva del Derecho al Dividendo motivo que vuelve a incidir sobre el mismo planteamiento ya examinado en los Fundamentos de Derecho precedentes. El artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere al "Contenido de la Memoria" y, dada la acusada concreción del precepto, hubiera sido deseable que, en la misma (en la Memoria), se hubiera justificado, de forma explícita, detallada y no de forma genérica o vaga, los motivos por los cuales perjudicaría a la sociedad el que no se destinara a reservas voluntarias el 95% del resultado del ejercicio del año 2.015 atendiendo a la situación económica-financiera de la sociedad, sin afectar al derecho al Dividendo.

La prueba practicada en el Proceso en absoluto revela que el designio de la sociedad fuera una situación abocada al Concurso si no se destinaba a reservas voluntarias la práctica totalidad del resultado del ejercicio. A ello parece obedecer la justificación de: "fortalecer la situación financiera de la Compañía y seguir con la política de autofinanciación y reinversión en la empresa de los recursos generados", e incluso, en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación, se hace referencia a que se trata de un sector como el de la promoción y construcción inmobiliaria en el que, en la última década, había visto deslizarse hacia procedimientos concursales a numerosísimas empresas inmobiliarias no obstante lo cual, precisamente por la solvencia y estructura financiera de Placonsa, S.A., y su situación económica en el año 2.015 no se preveía que tal suerte fuera a correr la sociedad, ni siquiera se atisbaba el más mínimo riesgo de ello, como tampoco que se hubiera visto comprometida ni mermada ni disminuida su actividad y proyectos inmobiliarios por el hecho de que el porcentaje destinado a reservas voluntarias hubiera sido menor en beneficio de un mayor reparto de dividendos en la medida en que la situación de la empresa lo permitía. En suma, la Sentencia recurrida no infringe el artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital al exigirse una mayor concreción en la justificación de la cuantía del resultado destinada a reservas voluntarias, concreción que era necesaria, asimismo, en el Plan General de Contabilidad sobre todo cuando la decisión de La Junta General puede incidir -como de hecho ha incidido- en uno de los principios rectores de este tipo de sociedades es decir, en el derecho al dividendo.

Por otro lado, conviene indicar que el supuesto que este Tribunal examinó en la Sentencia 58/2.017, de 9 de Noviembre, no es extrapolable al que ahora se somete a nuestra consideración, porque el supuesto de hecho es diametralmente distinto, como diferente fue el resultado de la prueba entonces practicada. Y finalmente, el hecho de que el destinar a reserva voluntaria el porcentaje del Resultado del ejercicio que la Junta General considere procedente -y apruebe- constituya una decisión empresarial (que, indudablemente, lo es) no significa que el acuerdo pueda resultar abusivo si confronta con otros derechos (como es el de las minorías) que deben, igualmente, preservarse. En este sentido, convenimos con el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil, Sección 28, cuando, en la Sentencia de fecha 1 de Abril de 2.016, establece: "QUINTO.- El socio tiene derecho a la participación en el reparto de las ganancias sociales ( artículo 93.a del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio, en relación con la previsión del artículo 116 del Código de Comercio ). Ahora bien, es doctrina jurisprudencial que el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias sociales puede determinar la invalidez de un acuerdo de exclusión a un socio de la participación en los beneficios sociales o la ineficacia de una cláusula estatutaria que impidiese el reparto de forma general, capitalizando todos los beneficios, pero no impide que la junta pueda decidir libremente, en relación con un determinado o determinados ejercicios, el reparto de los beneficios obtenidos del modo que estime más conveniente, pudiendo incluso acordar la no distribución del mismo y su aplicación a reservas. Es por ello que no puede hablarse de un derecho del socio "al dividendo", es decir, a que se le entregue su parte alícuota del beneficio obtenido, sino merced al acuerdo de la junta general que decida el reparto del mismo, pues es éste el que hace surgir el correspondiente derecho de crédito contra la sociedad ( sentencias de la



Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1971 y 30 de enero de 2002 ). El derecho al dividendo es, pues, de carácter contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996 ) que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la junta general.

Somos, además, conscientes de que no es lo deseable que se interfiera desde el exterior en la adopción de las particulares decisiones estratégicas del empresario. El juez no es un órgano fiscalizador "del desacierto económico" de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 , 12 de julio de 1983 , 17 de abril de 1997 y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 28 de febrero de 1996 , y sección 28ª, de 14 de febrero , 12 de mayo y 18 de julio de 2008 y 30 de enero y 24 de septiembre de 2009 , entre otras). El acuerdo de la junta de aplicar los beneficios a reservas puede tener una explicación empresarial perfectamente razonable, puesto que supone un aumento de la financiación propia que elimina o reduce la necesidad de acudir a la ajena. Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión en el marco de un ámbito de libertad de la sociedad.

Ahora bien, el planteamiento que hemos expuesto puede ser matizado por la institución del abuso del derecho (pues el artículo 7 del C. CivilLegislación citadaCC art. 7 exige la actuación de buena fe y proscrib el ejercicio abusivo del derecho), como ha hecho por ejemplo la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 . La libertad empresarial de la que hemos hablado tiene como límite las situaciones de ejercicio abusivo de su derecho por parte de los socios representativos de la mayoría del capital social, en cuyo caso los minoritarios tienen derecho a reaccionar contra una imposición por parte de aquélla cuya causa sería ilegal.

Aunque la mayoría es soberana para decidir sobre el reparto de dividendos, no puede dejarse sin tutela judicial a la minoría social cuando ésta se ve obligada a soportar decisiones de aquélla que no puedan responder más que a un simple abuso por su parte. Las situaciones son especialmente delicadas en aquellos casos en los que la mayoría social puede obtener otro tipo de compensaciones a cargo de la entidad (percepción de remuneraciones, negocios con otras entidades a ellos vinculadas, etc) y no ocurre lo mismo con la minoría, que se ve privada de la posibilidad de rentabilizar su inversión si, cuando lo lógico sería acordar el reparto del beneficio obtenido, se acordase retener los dividendos sin causa que pudiese dotar de fundamento comprensible y lícito a la posición mayoritaria. El legislador ha sido consciente de que tales situaciones no son deseables y por ello ha previsto, desde la Ley 25/2011, de 1 de agosto de reforma parcial de la LSC, el **derecho de separación** del socio en determinados supuestos de falta de distribución de dividendos. Lo que ocurre es que por razones temporales no sería tal norma de aplicación al caso, ya que aquí la situación acaeció con anterioridad a su vigencia, y además la misma ha sido suspendida en reiteradas ocasiones (por Ley 1/2012, por R.D. Ley 11/2014, etc), por lo que no ofrecería ninguna solución alternativa para el presente litigio.

La doctrina del abuso del derecho supone, como nos señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de febrero de 2006 , la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta, se estuviese incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. La actuación abusiva al adoptar un acuerdo social implica la posibilidad de impugnarlo por infracción legal ( artículo 204, número 1, de la Ley de Sociedades de Capital , aprobada por RDL 1/2010, de 2 de julio) la ley rechaza el abuso de derecho ( artículo 7 del C CivilLegislación citadaCC art. 7 ) y la incursión en él permite al perjudicado no solo exigir una indemnización sino reclamar del juez que ponga fin al mismo la impugnación del acuerdo social, reclamando que sea declarada su nulidad por infringir la ley, puede ser uno de los modos de reaccionar frente al abuso del derecho que hubiese sido instrumentado mediante la adopción de aquél (entre otras, en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 2 de mayo de 1984 y de 5 de marzo de 2009 , se contienen referencias a acciones de impugnación de acuerdos sociales que han prosperado precisamente por haberse obrado en sede societaria con abuso de derecho).

SEXTO.- Las circunstancias que rodean la decisión de la mayoría social adoptada en el seno de la junta de 27 de junio de 2011 de la sociedad INVERSIONES MARPEL SL, con respecto al destino que debía darse a los beneficios obtenidos al cierre del ejercicio 2010, donde lo acordado fue su aplicación a reservas voluntarias y, por lo tanto, su no reparto, en proporción alguna, a los socios, son, en efecto, como vamos a exponer, sumamente peculiares.

Según las cuentas anuales de la entidad INVERSIONES MARPEL SL, que es una entidad con un capital social de dos millones de euros, la situación de partida al cierre del ejercicio precedente, 2009, era que la misma atesoraba un patrimonio neto de 12.616.170,66 euros, fruto, entre otras razones, de que ya acumulaba entonces una reservas por importe de 9.577.616,74 euros. Ello se debía a que la sociedad había venido cerrando con sustanciosos beneficios en los ejercicios 2009 (1.080.783,55 euros), 2008 (1.143.621,09 euros), 2007 (1.394.274,88 euros) y 2006 (950.436,61 euros) y se habían ido engrosando las reservas voluntarias.



Con esos antecedentes se llega al cierre del ejercicio 2010, donde el resultado vuelve a ser de sustanciosos beneficios (1.033.481,59 euros) y donde el órgano de administración vuelve a proponer, y obtiene para ello el aval de la mayoría social, que no se pague dividendos a los socios y se destinen de nuevo tales ganancias a engrosar las reservas voluntarias de la entidad, que alcanzarían así la cuantía de 10.658.400,29 euros, para acumular un patrimonio neto total por importe de 13.649.652,25 euros. Resulta bastante llamativo que con tal grado de potencia patrimonial de la entidad y varios ejercicios sucesivos de obtención de sustanciosos beneficios se decidiera que ello no se materializara, en alguna medida, en la percepción de un dividendo por parte de los socios. Las cifras son tan significativas que, francamente, resulta bastante verosímil el alegato de la parte demandante de que ha estado padeciendo una situación de sistemática privación de la posibilidad de materializar su participación como socio en el fruto de las ganancias sociales (puesto que ya que en ejercicios precedentes, en situaciones análogas, también se acordó su reparto).

Aunque la recurrente ha tratado de justificar en su escrito de recurso que la dotación de beneficios a reservas voluntarias no debería considerarse de carácter abusivo hemos de decir que sus motivos no resultan en absoluto convincentes para poner en claro la racionalidad de la decisión adoptada por la mayoría social y poder excluir así cualquier otra intencionalidad por parte de la misma. Francamente, no advertimos justificación objetiva suficiente para el empeño de la mayoría social en negarse a la distribución de dividendos derivados del ejercicio 2010, cuando durante todos los precedentes se venían obteniendo beneficios que gozaban de significación, la situación se reitera al finalizar ese año y el estado patrimonial de la sociedad que reflejaban las cuentas era bastante sólido.

Se sostiene por la apelante que ha de tenerse en cuenta que INVERSIONES MARPEL SL realizó durante el año 2010 importantes labores de gestión, administración, contratación y asesoramiento para casi todas sus sociedades participadas y que lo hizo a través de la actividad desplegada por sus administradores D. Gumersindo y D. Norberto, lo que justificaría tanto el tratamiento dispensado a éstos como la postura de los mismos en su condición de socios mayoritarios. Este tribunal nada tiene que criticar a que la entidad desarrolle algún tipo de actividad a través de dichas personas, en tanto que gestores sociales o encargados del desempeño de la función correspondiente, pero no acaba de entender qué influencia debe conferírsele a tal hecho a la hora de enjuiciar sobre la procedencia del reparto de beneficios que es motivo del presente litigio. Precisamente por razón de tal esfuerzo se ha pagado, como consta en la documentación aportada, la retribución que corresponde a favor de aquéllos, como contraprestación a la realización de su labor. Pero eso no es motivo de discusión aquí. Lo que sí resulta relevante, desde otro punto de vista, es que hay personas vinculadas a la entidad que, aunque sea merced al desempeño personal de una tarea en el seno de la sociedad, están pudiendo percibir recursos económicos a cargo de INVERSIONES MARPEL SL y eso puede explicar que su interés en recibir además otros adicionales, vía dividendos, pudiera resultar menos acuciante que para otros socios que también hicieron un esfuerzo inversor en la entidad y que están viendo bloqueada, sin razón objetiva que lo justifique, la posibilidad de disfrutar, de alguna de las maneras posibles, de la rentabilidad social obtenida. No queremos con esto tratar de confundir entre situaciones distintas (la de los socios que tienen cargo de administrador, y cobran, lícitamente, por ello, y la de los que no ostentan cargo alguno), sino que simplemente queremos remarcar que en el enfrentamiento de intereses que puede darse entre mayoría y minoría social puede ocurrir que aquélla afronte los conflictos desde una posición más cómoda que ésta, no sólo merced al dominio político de la entidad, sino también desde el lógico entendimiento de lo que realmente le está significando a cada uno desde el punto de vista económico el desenvolvimiento de la vida de la sociedad.

Por otro lado, la entidad INVERSIONES MARPEL SL alega que ya se ha visto obligada a repartir beneficios de los ejercicios 2007 a 2009 fruto de lo fallado en otro proceso judicial por parte Juzgado de lo Mercantil nº 12, en un pleito promovido, precisamente, por el demandante. A este alegato debemos contestar que el mismo resulta por completo intrascendente para enjuiciar sobre el presente litigio. En primer lugar, porque se trataría de una circunstancia sobrevenida a la adopción del acuerdo y que por lo tanto ninguna influencia tuvo en la causa de su aprobación. Lo relevante es que cuando el mismo fue decidido la situación era la de la sistemática negativa al reparto por parte de la mayoría social, que es lo que puede resultar aquí significativo. En segundo término, porque ello no impediría el tener que juzgar si, per se, la negativa relativa al reparto al cierre del ejercicio 2010 estaba o no, en función de las circunstancias que entonces atravesaba INVERSIONES MARPEL SL, objetivamente justificada. Y, por último, aunque esto tiene mucha menos importancia, porque este tribunal ha revocado la sentencia dictada por Juzgado de lo Mercantil nº 12 (que ordenaba el reparto de un porcentaje de beneficios relativos a los ejercicios 2007, 2008 y 2009), en sede del rollo de apelación nº 26/2013, porque había razones procesales que impedirían respaldar lo fallado en la primera instancia de ese litigio, por lo que no estamos ante un dato que podamos considerar determinante para esclarecer la situación.

Afirma también la recurrente que es importante tener en cuenta que no todos los gastos efectuados por INVERSIONES MARPEL SL en los denominados servicios exteriores redundaron a favor de los socios mayoritarios de la misma que además tienen la condición de administradores. A este respecto sólo tiene



que decir este tribunal que vuelve la recurrente a referirse a un dato de muy escasa trascendencia. Resulta innegable que una parte significativa de tales gastos sí tuvieron como beneficiarios de percepciones, de modo directo o indirecto, a los socios mayoritarios y parece obvio que, en cierto modo, ello supone que los mismos obtienen un rendimiento económico de sus relaciones con la sociedad que otros minoritarios no consiguen. No se trata, sin embargo, de cuestionar aquí la percepción de tales ingresos fruto de la prestación de los servicios correspondientes. Sólo constituye ello un dato de referencia para poder comprender que no todos los socios incrementan su patrimonio personal como fruto de sus relaciones con la entidad y que los que sólo pueden aspirar a conseguirlo a través de la percepción de dividendos sociales pueden experimentar un comprensible grado de frustración en sus expectativas si, de modo sistemático, se cierra esa vía de obtención de lucro. Obviamente, el no pago de dividendos afecta a todos los socios, mayoritarios y minoritarios, pero si los primeros consiguen obtener rendimientos por otra vía, incluso perfectamente lícita (por ejemplo, mediante retribuciones de 150.000 euros anuales), merced a sus relaciones con la entidad, puede decaer su interés en hacer efectivas otras fuentes de recursos para allegar fondos a sus propios patrimonios, tales como el reparto de beneficios, sobre todo si ello iba a ser también disfrutado por otros socios con los que existe un cierto grado de enfrentamiento.

Sostiene también la apelante que debería haberse tenido en cuenta que la entidad INVERSIONES MARPEL SL empleaba sus reservas en la realización de inversiones financieras, en concreto, en la adquisición de participaciones y acciones en sociedades filiales, y que había garantizado mediante pólizas de crédito a dichas entidades. Este tribunal considera que no puede ser esa la razón que justifique que al cierre del ejercicio 2010 volviera de decidirse, una vez más, y ya eran varios los años sucesivos, no repartir dividendo alguno. Es de suponer que la entidad INVERSIONES MARPEL SL efectuará, en el desarrollo de su actividad social, las inversiones que tenga por conveniente. Es más, comprendemos perfectamente, porque no respondería a una racionalidad económica ni empresarial, que en el seno de esa entidad no se iban a tener más de nueve millones y medio de euros, en los que se cifraban las reservas, inmovilizados en la caja de la entidad. Obviamente, la provisión contable de las reservas no resulta incompatible con que la entidad tenga sus activos movilizados en los destinos que considere oportunos. Pero que ello sea así no permite ocultar que al cierre del ejercicio 2010 la entidad lucía unos beneficios superiores al millón de euros y una situación patrimonial sólida e incluso envidiable, por lo que la exclusión del reparto de dividendos entraña, cuando menos, una cierta paradoja que no ha recibido adecuada explicación.

Tampoco el que la entidad INVERSIONES MARPEL SL hubiese podido gastarse, como se afirma por la recurrente, alrededor de un millón de euros en las entidades filiales (a lo que se refirió la declaración testifical en el acto del juicio del asesor fiscal y contable de la empresa Sr. Juan Luis ) podía constituir la razón para vetar el reparto de dividendos. Ello es así porque, como resulta obvio, el resultado final del ejercicio con unos beneficios superiores al millón de euros es fruto, tal como resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias, de restar las primeras a las segundas. Si el resultado final fue de beneficios superiores al millón de euros, ahí ya están embebidos y, por lo tanto, detraídos los costes en los que la sociedad, a buen seguro, también hubiese incurrido durante esa anualidad. Lo relevante no es que experimentase cuantiosos gastos, sino que los ingresos fueron de tal entidad que compensaron éstos y además arrojaron tal excedente que permitieron cerrar con sustanciosos beneficios el ejercicio social, de modo que hacían posible, e incluso razonable, el reparto de algún tipo de dividendo a los socios, que aspiran, con toda lógica, a ir rentabilizando su inversión en una entidad de capital.

Otro tanto hemos de decir respecto a la realización durante 2010 de préstamos para financiar a entidades del grupo. Esto sólo implica el surgimiento de derechos de crédito a favor de INVERSIONES MARPEL SL, que invierte sus recursos como sus gestores estiman más oportuno, pero no obsta a que la cifra de beneficios fuera aquella con la que se cerró contablemente el citado ejercicio social.

En definitiva, no advertimos que existiese justificación objetiva (por ejemplo, por necesidad de acometer en ese preciso momento necesidades de tesorería, por tener proyectos pendientes o inversiones en marcha que exigiesen la realización de una provisión por determinado importe, etc) para explicar la adopción de un acuerdo por el que, para una sociedad de este tipo y en las circunstancias económicas en la que se hallaba, se llevasen a reservas todos los beneficios obtenidos por la entidad en 2010. Ello resulta además revelador de un determinado designio si no se pierde de vista el contexto social de abierto enfrentamiento que existe en el seno de la entidad INVERSIONES MARPEL SL entre la mayoría y la minoría social, resultando patente que un modo de tratar de sancionar a esta última es mediante un bloqueo al reparto, a modo de revancha frente al contrario, lo que resultaría adverso al precepto legal de que en el ejercicio de los derechos debiera obrarse de buena fe y no incurrirse en abuso de derecho ( artículo 7 del C. CivilLegislación citadaCC art. 7 ). Si se detecta, como interpretamos que ha ocurrido en este caso, que el sustrato del acuerdo es un comportamiento de esa índole por parte de la mayoría social, el mismo debe ser declarado nulo por contravención de un imperativo mandato legal.



Coincide, por lo tanto, este tribunal con la apreciación del juez de lo mercantil. No estamos enfrentándonos a un comportamiento normal de libre determinación económica en el seno de una sociedad mercantil con respecto al destino lógico de unos beneficios empresariales, sino a una conducta de mera imposición abusiva por parte de la mayoría que estaba decidiendo el someter a la minoría, una vez más, a verse privada de una razonable participación en lo que estaban siendo la sistemática obtención de beneficios sociales, año tras año, sin que el socio minoritario estuviera obteniendo rendimientos merced a la inversión que realizó en el capital social. No es esa una conducta que la ley ampare y por lo tanto se justifica que este tribunal otorgue ante ella la tutela judicial solicitada por la minoría. Porque las decisiones societarias responden al principio mayoritario y éste ha de ser respetado, pero siempre y cuando se sitúe dentro del cumplimiento de la legalidad. Si lo que ocurre es que se desbordan los límites marcados por ella, debe otorgarse tutela judicial a la minoría que se ha visto avasallada en el disfrute de sus derechos".

Y, por último, el Tribunal Supremo, Civil, Sección 1, en la Sentencia de fecha 7 de Diciembre de 2.011, ha significado lo siguiente: "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 -[l]os 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".

**DECIMO TERCERO.**- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto, y, como consecuencia lógica, la confirmación de la Sentencia que constituye su objeto.

**DECIMO CUARTO.**- Desestimándose el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte apelante las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

## FALLO

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **PLACONSA, S.A.** contra la Sentencia 1/2.018, de ocho de Enero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 337/2.017, del que dimana este Rollo, debemos **CONFIRMAR y CONFIRMAMOS** la indicada Resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

**No** tífíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./