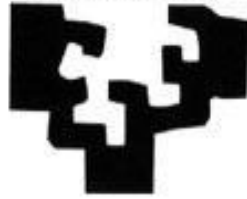


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REPARTO ENCUBIERTO DE BENEFICIOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Trabajo de Fin de Grado

Curso 2017/2018

Trabajo Realizado por:

Makyeyev, Denys

Dirigido por la Profesora:

Dra. Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa

Tabla de contenido

Introducción	2
I. El concepto de Dividendo	3
II. Dividendos Encubiertos.....	7
1. Distintos medios de enriquecimiento encubierto.	7
2. Métodos de enriquecimiento encubierto perjudicial para la sociedad.....	8
III. Dimensión Fiscal.....	10
1. Sociedades Anónimas	13
a. Antiguas técnicas de reparto encubierto.....	15
2. Sociedades Limitadas.....	17
IV. Dimensión Mercantil.....	21
V. Remedios Jurídicos.....	30
1. Vía Civil:.....	30
a. Abuso de derecho y reparto de dividendos.....	30
b. Abuso de facultades de los Administradores de las Sociedades.	32
c. Conclusiones provisionales	35
2. Ámbito Penal.....	35
Conclusiones	38
Bibliografía.	41
JURISPRUDENCIA.....	42
NORMATIVA:.....	42
NACIONAL:	42
LEGISLACION DEROGADA:.....	43
OTROS DOCUMENTOS:	43

Introducción

Antes de entrar en la profundización del tema de este Trabajo de Fin de Grado, me gustaría destacar que el objeto de su estudio es un terreno opaco de nuestro Ordenamiento Jurídico. Para una profundización en el mismo hay que tratar distintas ramas de Derecho para darle una imagen, más o menos, ajustada a la realidad.

Como el propio título del trabajo indica, el tema de esta investigación es el *“Reparto encubierto de beneficios en las Sociedades de Capital”*, es decir, el fenómeno por el cual personas vinculadas, con mayor o menor intensidad, a una sociedad mercantil se valen de métodos no previstos por nuestro Ordenamiento Jurídico para realizar un reparto de los beneficios que genera dicha sociedad.

Es tan complicado realizar una definición exacta, pues el fenómeno adquiere tantas facetas y abarca tantos ámbitos jurídicos, que una definición exacta puede resultar incluso simplista. Lo importante es dar con las claves para su determinación. Para lo cual es esencial detenerse en su motivación. Es decir, como ya se ha manifestado más arriba *“para realizar un reparto de beneficios que genera dicha sociedad”* se refiere a la principal finalidad de un reparto oculto, que evidentemente es que no haya un reparto *“expuesto”*, o a lo máximo, que haya un reparto simbólico a efectos del estricto cumplimiento de la Ley. Dicho reparto en el fondo ocultaría siempre un propósito de fraude, sea fiscal o societario. Con la expresión *“métodos no previstos por nuestro Ordenamiento Jurídico”* precisamente venimos a enfatizar que se trata de métodos que refuerzan la idea de actuación fraudulenta y que, por la variedad de formas que adquieren, son innumerables y completamente distintos entre ellos.

Al tratarse de un tema complejo y del que la doctrina proviene sobre todo de Alemania, la información disponible es ciertamente limitada, y por ello, hemos procedido a realizar un examen de supuestos reales, algunos de ellos planteados sólo de forma teórica y otros basados en jurisprudencia. Para dotar de aun mayor practicidad al trabajo, se ha procedido a consultar a profesionales del ámbito jurídico y empresarial, para encuadrar de forma más realista la problemática que representan los Dividendos Encubiertos en las sociedades de capital.

I. El concepto de Dividendo

La finalidad principal de las sociedades de capital es enriquecer (patrimonialmente) a los socios mediante el ejercicio de una actividad mercantil. Y la técnica jurídica empleada para revertir dichos beneficios en los socios es la figura jurídica denominada “*dividendo*”, que se traduce en el derecho a participar en las ganancias.

Comenzando por la norma que informa en esencia al Derecho Mercantil, el Código Civil, el derecho a participar en las ganancias se configura como un derecho esencial del socio; en concreto, según el artículo 1.691 del Código Civil¹: “*Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas*”².

A su vez, como notas distintivas del dividendo podemos señalar que, en primer lugar, el mismo consiste en una entrada monetaria del socio en el patrimonio societario, lo que constituye la expresión económica del derecho al dividendo, que a su vez es la concreción del derecho a la participación en los beneficios societarios.

A pesar de su naturaleza monetaria, no se excluye la existencia de dividendos en especie. Aunque se presume un pago en dinero, no se trata de un crédito estructuralmente ni estrictamente dinerario, se configura por la voluntad de los contratantes, esto es, los socios.

El pacto de los socios no alcanza a una cantidad determinada, sino que alcanza exclusivamente el método de reparto de un presunto beneficio. Sobre ello habla el artículo 1258 del Código Civil cuando recoge que los socios conforman una sociedad con la finalidad de cumplir exclusivamente un contrato, sino que se atienen a las consecuencias que deriven de ello, esto es, el reparto de beneficios³.

De modo que los socios pueden acordar unánimemente o incluir una cláusula estatutaria por mayoría en la cual se prevea la posibilidad de que la Junta acuerde que el pago de los dividendos se haga en forma distinta a dinero.⁴ No obstante, su existencia es

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. B.O.E. Núm., 206, 25 de julio de 1889.

² VEGA VEGA, J., “La Sociedad Anónima: Teoría y Práxis”. Editorial Tecnos, Madrid. 1997. págs. 100-101.

³ Artículo 1258 del Código Civil: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

⁴ IRIBARREN, M, “Los dividendos electivos o scrip dividends”. *Revista de Derecho Mercantil*, nº 284. 2012. págs. 141 y ss.

menos común que en el resto de rendimientos de capital mobiliario, en especial de los que proceden de la “cesión a terceros de capitales propios”⁵.

Siguiendo nuestro recorrido y abarcando al fin la normativa mercantil, propia de la materia, este derecho a la participación en beneficios se reconoce en el artículo 93 a) de la Ley de Sociedades de Capital⁶. Pero para que el beneficio de la sociedad pase a los patrimonios de sus socios es necesario seguir una serie de reglas impuestas por esta misma ley.

Lo primero es que tiene que haber un cierre del ejercicio contable positivo, esto es, con beneficios, por mandato del artículo 273.2 LSC, aunque implícitamente no lo indique así y se trate de una deducción extraíble de su mandato. Ello se debe principalmente al hecho de que el patrimonio de la sociedad responde en primer lugar de las deudas sociales contraídas y de la totalidad de su pasivo contable. Si no hay existencia de un beneficio o unas reservas repartibles, con el reparto se estaría generando un perjuicio del patrimonio social, del cual tienen que disponer para hacer frente a su pasivo.

Los administradores tienen que convocar una Junta General donde habrá una Propuesta de Distribución, en la cual se determina el momento y la forma del desembolso de los beneficios (Artículo 272 LSC). En dicha propuesta puede haber dos tipos de distribución.

El primer tipo de propuesta trata sobre la Dotación a Reservas de la Sociedad, la cual consiste en derivar los beneficios a la propia sociedad, con el objeto de compensar anteriores descapitalizaciones producidas por pérdidas y resultados negativos de años anteriores, acumular recursos para fines futuros, u otros. Es decir, aquí el capital se destina a numerosos tipos de Reservas, que pueden ser legales, estatutarias, voluntarias y/o indisponibles.

El concepto económico de las reservas se puede interpretar como aquellos valores patrimoniales obtenidos por la sociedad que no se han repartido a los socios, sino que,

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de diciembre de 1999. Nº de recurso 2298/1995, ponente ALFONSO GOTA LOSADA. Fundamento Jurídico Segundo y ss. En concreto trataba el caso de “entrega de regalos a inversores por entidad financiera” y entendía aplicable el régimen del IRPF de rendimientos del capital mobiliario.

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. B.O.E. Núm., 161, de 3 de julio de 2010.

se han acumulado en el patrimonio, reservándose para formar un fondo de previsión futuro adscrito a fines que pueden y suelen ser muy diversos. Estos son fondos que tienen obligación de figurar en el balance social⁷. Así en el artículo 273.3 de LSC se impide la distribución de dividendos en tanto no estén cubiertas las reservas mínimas legales.

En cuanto a distintos tipos de reservas se pueden resumir, muy brevemente, en:

1) Las reservas legales comunes, estas están establecidas en la legislación para consolidar la situación económica de toda la sociedad de capital. La exigencia legal es que antes del reparto se tiene que destinar una cifra igual al 10% del beneficio anual a la reserva legal, hasta que alcance al menos el 20% del capital social, esto se prevé en el artículo 274 de la LSC;

2) Las reservas legales especiales, cuando están establecidas por disposiciones legales especiales, fuera de la LSC, en función de la actividad desarrollada por la sociedad;

3) Las reservas estatutarias, cuando deben formarse y constar en el balance debido a los estatutos sociales, previsto por el artículo 273.2 de la LSC;

4) Las reservas de libre disposición. Estas reservas tienen que ser aprobadas por la Junta General, que además podrá disponer de dichas reservas cuando considere conveniente (inversiones, ampliaciones de capital, etc.), siempre que prevé los cauces legales del artículo 273.2 de la LSC;

5) Las reservas tacitas u ocultas. Estas son reservas procedentes de plusvalías, infravaloración del activo o sobrevaloración del pasivo y que hacen el honor a su nombre y no se reflejan en la contabilidad societaria.⁸ Las reservas ocultas, sobre todo las primeras, merecen ser estudiadas detenidamente, ya que pueden ser utilizadas como vehículo para el reparto encubierto de dividendos, pero en mi opinión hay razones justificadas para su utilización en tanto no impliquen un perjuicio para los socios o accionistas, ni tampoco para terceros.

⁷ GARCIA-MORENO GONZALO, J., *El Aumento de Capital con cargo a Reservas en Sociedades Anónimas*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 187-189.

⁸ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 22ªed., Tecnos, Madrid, 2015, págs. 393-394.

El segundo tipo de propuesta trata sobre el Reparto de dividendos entre los socios. Este es el tipo que nos interesa, aunque sin olvidarnos del primero ya que también tiene matices interesantes como las denominadas “reservas ocultas”.

Esta propuesta, una vez cubiertas las reservas del primer tipo, las estatutarias y las legales, se realizará una distribución de beneficios en proporción a su participación en el capital social, esto es, en función de la aportación realizada por cada socio y salvo que estatutariamente se haya previsto un método de reparto que difiera del anterior.

En cuanto a qué debemos entender por concepto de “*dividendos*”, consideramos muy ilustrativa la definición que al respecto se contiene en el artículo 10 del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, entre España y Estados Unidos de 22 de febrero de 1990, en su apartado 3, conforme al cual “*el término "dividendos" ... significa los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal de los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que los distribuye. El término "dividendos" incluye también los rendimientos de otras operaciones, incluso las de crédito, que atribuyan el derecho a participación en los beneficios en la medida en que se consideren como tales por la legislación del Estado contratante del que procedan los rendimientos*”⁹.

En cuanto a nuestros tribunales, han manifestado este fenómeno de la siguiente manera: “*El derecho al dividendo es, pues, un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la Junta General.*”¹⁰

Únicamente cumpliendo el procedimiento expuesto puede haber un dividendo lícito, y que el título según cual se hace este incremento patrimonial del socio sea el de dividendo.

⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990. B.O.E. de 22 de diciembre de 1990.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 10 de octubre de 1996. Nº de recurso 3395/1992. Ponente EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES

II. Dividendos Encubiertos

En lo relativo a la determinación del fenómeno jurídico de las distribuciones encubiertas o reparto encubierto de los beneficios en las sociedades de capital habría que destacar varias definiciones.

Una de las primeras es una definición que encontramos es dictada por los tribunales *“Conforme a ello, el propio tenor de las normas referidas permiten considerar, tal y como se expresa en los Informes emitidos por la Inspección que las distribuciones de beneficios comprenden, junto con las acordadas corporativamente, aquellas otras que indirectamente o bajo distinta apariencia representen asimismo transferencias de beneficios que no se hubieran obtenido de no tener el preceptor la condición de accionista de la entidad pagadora”*¹¹. Esto es que la doctrina ha detectado: que este enriquecimiento, adopte la forma que adopte, sigue un patrón definible y reconocible, pudiendo englobar todos estos actos bajo la denominación de dividendos encubiertos, lo que a su vez se resume a cualquier enriquecimiento patrimonial, directo o indirecto, percibido por el socio que no revista la forma de dividendo y que, al mismo tiempo, no responda a otra causa que a su mera condición de socio de la mercantil.

1. Distintos medios de enriquecimiento encubierto.

Realizando un meticuloso estudio de la doctrina, todas las vías de enriquecimiento encubierto se pueden agrupar en dos grandes bloques: mediante atribuciones societarias o mediante atribuciones contractuales¹².

Las atribuciones societarias son actos donde no existe ninguna contraprestación por parte del socio, sino que participa simplemente por ostentar el puesto del socio. Mientras que las atribuciones contractuales consisten en un enriquecimiento del patrimonio del socio en virtud de un contrato. Este es uno de los lugares opacos donde se esconden muchas de las formas de ocultar los dividendos. Por ejemplo, la forma más típica de hacerlo es simular un contrato donde haya una prestación de servicios ficticia o sobrevalorada económicamente, a cambio de una contraprestación dineraria.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2004. Nº de recurso 307/2002, ponente MARIA DE LA ESPERANZA CÓRDOBA CASTROVERDE. Fundamento Jurídico Quinto.

¹² VÉLAZ NEGUERUELA, J., ‘‘El resultado en las sociedades de capital’’, Barcelona, 2002, págs. 296-297.

Por ello, una vez explicado de que operaciones consiste cada uno de los bloques, no es difícil distinguir diferentes consecuencias jurídicas para cada bloque.

Las que consisten en las atribuciones societarias, serán aplicaciones de beneficios y se tendrán que someterse a las mismas normas que el reparto de dividendos, mientras que las atribuciones contractuales consisten en ventajas atípicas, que a su vez colisionan con el desarrollo adecuado de las competencias de los administradores, dado que al margen supuestos de sobrevaloración los perjudicados suelen ser el resto de socios.

2. Métodos de enriquecimiento encubierto perjudicial para la sociedad.

Los dividendos encubiertos son atribuciones de valor que consisten en que la sociedad reconoce a favor del socio, o de una persona relacionada al mismo, ventajas económicas de diversa índole, sin que este socio se comprometa a hacer ni a dar nada a cambio de forma inmediata, esto es, que esta ventaja se le atribuye únicamente por su condición de socio.

Existe una alteración de la proporción relativa entre los patrimonios implicados y se favorece el patrimonio del socio en perjuicio del societario. En este caso habría que destacar que dicho perjuicio siempre tiene que poder evaluarse económicamente, aunque el mismo puede estar no contabilizado o como se expresan los empresarios “*maquillado contablemente*”.

El ejemplo más típico es el de la compra de una casa con el patrimonio de la sociedad a nombre de la sociedad y su uso gratuito por uno de los socios. En un principio la casa no sufre una pérdida de valor, si bien las edificaciones son objeto de amortización contable, y en ese uso gratuito sí, por cuanto que la sociedad deja de cobrar una renta por ello, suponiendo ello un perjuicio para el patrimonio de la sociedad.

En este ejemplo, si no existen otros socios perjudicados, no se produce un perjuicio directo al patrimonio societario o a las personas directamente relacionadas con ella, sino que no se realiza su potencial de crecimiento. Es decir que se frustra la

finalidad legislativa que justifica su constitución. El activo social no pierde valor y por ello se puede decir que no hay un perjuicio notorio para el patrimonio de la sociedad.

De otro lado tenemos las acciones que consisten en perjuicios directos y notables al patrimonio social. Éstas son en las cuales la ventaja del socio consiste en un deterioro del patrimonio societario. Son operaciones poco elaboradas porque algunas son verdaderas obras maestras de la “*ingeniería jurídica*”, que, debido al criterio de prudencia contable, la sociedad debería de reflejarlo en su pasivo.

Hay que destacar que no es obligatorio que se incremente el patrimonio del mismo socio, sino que puede ser el patrimonio de alguna de las personas vinculadas al mismo, como pueden ser su cónyuge o personas con análoga relación de afectividad, así como los ascendientes, descendientes y colaterales, u otras personas con las que tenga una relación de afinidad, parentesco o, incluso, amistad.

También existe una especial vinculación con las sociedades en las que el mismo por sí o por persona interpuesta, se encuentren en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 42.1 del Código de Comercio¹³. Aquí se puede hablar de un contrato por una prestación ficticia, también pudiendo englobarse un gasto que debería de pagarse con el patrimonio del socio, pero esa deuda es asumida por la sociedad. Por ejemplo, las continuadas revisiones y reparaciones del vehículo propiedad del socio. Que en la contabilidad se reflejara como un simple gasto.

Además, existen otras operaciones que entran en este último apartado, que causan un perjuicio directo al patrimonio social. Estas operaciones son adornadas contablemente, por lo tanto, no aparece como una pérdida, pero causa un serio perjuicio al patrimonio real de la sociedad. Un ejemplo de estas operaciones es la venta de un activo de la sociedad, por un precio menor al de mercado. Con ello se causa un perjuicio al patrimonio societario que no es reflejado en su contabilidad.

¹³ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. B.O.E. Núm., 289, de 16 de octubre de 1885.

III. Dimensión Fiscal

Como ocurre con casi todos los fenómenos jurídicos, sus consecuencias se extienden a más ramas del Derecho de las que se contemplan en un inicio, atendiendo a su naturaleza jurídica, lo que nos lleva inexorablemente a hablar de la dimensión fiscal de la cuestión que nos ocupa, si bien con menor extensión de la que nos gustaría para no dejar de lado las cuestiones más relevantes, como es su dimensión y alcance mercantil.

Entrando en la cuestión planteada, la finalidad de estas operaciones en su dimensión fiscal no es otra que la elusión de impuestos, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito mercantil, donde los defraudados son otros socios u otros terceros.

En consecuencia, estas atribuciones patrimoniales son el lado opuesto del reparto de dividendos regulares porque son las más afines jurídicamente a las entregas originadas en un acuerdo de la Junta, pero sin la participación de la misma como un órgano oficial. De hecho, la única diferencia entre ambas modalidades, desde un punto de vista formal, es el enriquecimiento del patrimonio particular del socio; es que dicho enriquecimiento no emana de la figura de los dividendos, sino que se sirve con distintas formas jurídicas que su tributación consiste de una menor cantidad o están exentas de la misma.

Esto se entiende más fácil con un ejemplo:

Imaginemos que existe una sociedad que tiene 3 socios fundadores que tienen una participación idéntica. Es una Sociedad Limitada y ha obtenido 10.000€ de beneficios anuales. Los socios son A, persona física, B y C son personas jurídicas.

-Sociedad Fraudulenta S.L.

Base imponible 10.000€

Tipo de gravamen (artículo 29 de la Ley de Impuesto de Sociedades¹⁴) 25%
2.500€

Beneficio bruto a repartir 7.500€

Cantidad a ingresar a cada socio 2.500€

¹⁴ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. B.O.E. Núm., 288, de 28 de noviembre de 2014.

-Socio A

Base imponible 2.500€

Tipo de gravamen Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas (ya que es <6.000€) 19% 475€

Dividendo neto percibido (2.500-475) 2.025€

-Socio B

Base imponible 2.500€

Tipo de gravamen (artículo 29 de la Ley de Impuesto de Sociedades) 25% 625€

Exención sobre dividendos (artículo 21 de la Ley de Impuesto de Sociedades) 625€

Dividendo neto percibido 2.500€

-Socio C

Base imponible 2.500€

Tipo de gravamen (artículo 29 de la Ley de Impuesto de Sociedades) 25% 625€

Exención sobre dividendos (artículo 21 de la Ley de Impuesto de Sociedades) 625€

Dividendo neto percibido 2.500€

Con ello obtenemos una carga fiscal de $2.500+475= 2.975€$, lo que consiste en un 29,75% del beneficio.

Ahora imaginémonos que la Sociedad Fraudulenta S.L. declara que no hay lugar de reparto de dividendos. Sin embargo, va a permitir que el socio A, con el que viene concluyendo pequeños contratos temporales de trabajo (siempre integrados en su

Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas), utilice los servicios de guardería que la Sociedad Fraudulenta S.L. la que contrata ad hoc y cuyo valor anual es de 2.500€. De esta forma el socio A deja de asistir a la guardería a la que acudía anteriormente.

Del mismo modo, la sociedad acuerda contractualmente con el socio B la utilización de una nave de su patrimonio para una exposición que B planeaba realizar, por un precio de 1.000€ (Fraudulenta S.L. venía habitualmente ingresando 3.500€ por el arriendo de esa nave).

Y por lo último concierta con su socio C, una contribución de 2.500€, para su departamento de investigación y desarrollo (que curiosamente no funciona de manera permanente, aunque si tiene prevista una dotación presupuestaria). Por lo tanto, nos encontramos ante una imagen similar a esto:

-Sociedad Fraudulenta S.L.

Ingresos 5.000€ (se restan 2.500€ que percibía por la nave (3.500-1.000) y junto a ello se le resta 2.500€ del contrato con la guardería).

Gastos fiscalmente deducibles del socio C 2.500€

Base Imponible del Impuesto de Sociedades 2.500€

Tipo de gravamen (artículo 29 de la Ley de Impuesto de Sociedades) 25% 625€

Beneficio, después de Impuestos, destinado íntegramente a reservas 1.875€

-Socio A: Los ingresos procedentes del trabajo personal no se modifican. Por su parte, el socio se acoge al 42.3 d) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas¹⁵, por el cual *“estarán exentos los siguientes rendimientos del trabajo en especie: d) la prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal del mercado”* y consecuentemente, no declara la guardería como retribución en especie. En este caso no paga nada a la Hacienda Pública por sus 2.500€.

¹⁵ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. B.O.E. Núm., 285, de 29 de noviembre de 2006.

-Socio B: Declara los 1.000€ pagados a la sociedad como gastos, por lo que su declaración específica del Impuesto de Sociedades, se verá presuntamente disminuida.

-Socio C: la cantidad percibida se neutraliza

Está claro que la carga fiscal conjunta es inferior en el segundo ejemplo. La cantidad ingresada a la Hacienda Pública suma 625€, lo que supone un 21% de la cantidad ingresada del ejemplo anterior (2.975€). Es verdad que este ejemplo es muy simple y que podría cuestionarse con las normas fiscales relativas a las operaciones vinculadas. No obstante esto nos permite ilustrar, de forma simple, la razón por la cual las sociedades cerradas pueden tener incentivos a la hora de entregar el beneficio a los socios de diversas formas, con independencia de que esta elección constituya una infracción de la normativa vigente.¹⁶

1. Sociedades Anónimas

Empezando por las sociedades más complejas, habría que destacar que los dividendos constituyen la forma ortodoxa de las retribuciones que perciben los accionistas. A efectos fiscales el artículo 25.1 a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas califica como rendimientos de capital mobiliario *“los dividendos, prima de asistencia a Juntas y participación de beneficios de cualquier entidad.”*

Como expresa la Ley de Sociedades Anónimas¹⁷, en su artículo 215, *“El dividendo es la parte de ganancia de cada acción en un ejercicio social determinado”*. Aunque esto ya ha sido explicado en el apartado I, nos reiteramos en la idea de que el derecho a participación en las ganancias es un derecho esencial de, en este caso, el accionista. Y para ello se requiere una entrada monetaria del accionista y esto se plasma en el artículo 275.2 de la Ley de Sociedades de Capital *“En la sociedad anónima la distribución de dividendos a las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado.”*

¹⁶ BAGO ORIA, B., *Dividendos encubiertos. El reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*. Civitas, Pamplona, 2010, págs. 161-165. La idea de este ejemplo está cogida del manual, pero debido a la falta de su actualización, se ha procedido a su actualización y modificación según la legislación vigente.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Ley de Sociedades Anónimas*. B.O.E. Núm., 310, de 27 de diciembre de 1989. Ley derogada.

Un concepto adecuado de “*dividendo*”, sin contar con las definiciones del apartado I, puede ser: “*una parte ortodoxamente satisfecha en dinero, del beneficio neto obtenido por una sociedad, en este primer caso, anónima, que se atribuye al socio en proporción a su participación social, como consecuencia de su desembolso inicial.*”¹⁸ Tal y como se ha expuesto anteriormente, el objeto del dividendo podría ser también la parte proporcional, a las acciones obtenidas por el socio, de las reservas estatutarias destinadas a este fin o de reservas de libre disposición que la Junta General acuerde repartir¹⁹.

El derecho al reparto, como ya se ha expuesto, solo nace con la adopción del acuerdo de reparto por la Junta General. Cuando, al contrario, la Junta General decide que no haya reparto en forma de dividendo, sino que se incorpore a reservas, este derecho subsiste y se proyecta sobre esos beneficios inmovilizados. Por tanto, la participación en beneficios, en las sociedades, no es otra cosa que la generación de liquidez en persona de socio a costa de los beneficios sociales.

Debido a ello los distintos mecanismos jurídicos a través de los que estos beneficios se reparten son distintas formas de “participación en beneficios”. Es más, el derecho del accionista a participar en el patrimonio resultante de la liquidación es complementario del derecho a participar en beneficios y deberían tener, por imperativo de las exigencias de neutralidad, un tratamiento contable y fiscal similar.²⁰

Tal y como deseaba una de las mayores autoridades del derecho mercantil don Rodrigo Uría, contando con los cambios del 1 de enero de 2015 donde se elimina la exención de los primeros 1.500€ cobrados en concepto de dividendo, la Ley 26/2014 de 27 de noviembre²¹ introduce el cambio, que surte efectos desde el 1 de enero de 2017, la agencia tributaria le da un tratamiento fiscal similar a todas las formas de participación en beneficios, pero de eso trataremos más adelante.

¹⁸ MASSAGUER FUENTES, J., Voz “Dividendo a cuenta”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pag 2548.

¹⁹ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 22ªed., Tecnos, Madrid, 2015, pags 416-417.

²⁰ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 22ªed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 262.

²¹ Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. B.O.E. Núm., 288, de 28 de noviembre de 2014

a. Antiguas técnicas de reparto encubierto.

Antes de las reformas citadas más arriba, existían diversas alternativas por medio de las cuales las sociedades mercantiles podía hacer partícipe de sus beneficios al inversor directo o accionista. Realmente existen hoy en día, pero ya no son interesantes desde una perspectiva tributaria, ya que tributan como si se tratase de auténticos (que lo son) dividendos. Existen diversas vías en las que se puede generar liquidez en el patrimonio del socio interesado. Así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, expresando que el reparto de beneficios puede producirse de modo disímil al dividendo, por ejemplo bonos de disfrute o descuentos por compras, partes de fundador, participaciones en beneficio no capitalistas, primas de asistencia a Juntas, reparto de acciones liberadas con cargo a reservas especiales, acciones recibidas en procesos de absorción de empresas, rescate y amortización de acciones, distribución de las reservas de regularizaciones o en la disolución, etc...²²

Estas vías de retribución de los socios se denominan *scrip dividend* o retribución flexible, en este caso al accionista puede optar por una de las muchas opciones alternativas, como por ejemplo cobrar el dividendo, suscribir acciones, o incluso obtener derechos de suscripción preferente, que luego podrá vender en el mercado o a la misma sociedad. Entre estos casos podríamos destacar los siguientes:

- Entrega de acciones total o parcialmente liberadas. Es habitual la entrega gratuita de acciones en forma de retribución, lo que supone restituir reservas de libre disposición. Esto solía usarse para la retribución flexible, atribuyendo la posibilidad de cobrar el dividendo en efectivo con cargo a reservas voluntarias o recibir acciones propias con cargo a reservas por prima de emisión. Esto anteriormente no producía ningún rendimiento gravable. El gravamen se difería en el momento en el que tales acciones se transmitían a terceros. En ese momento se produce una ganancia o una pérdida patrimonial, cual se calcula atendiendo al artículo 37 de la Ley 35/2006 de IRPF.
- Condonación de dividendos pasivos con cargo a reservas. Lo relativo al dividendo pasivo se trata de la parte del nominal de una acción que no ha sido desembolsada por el accionista, y que constituye un crédito de la

²² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 1998. Nº de recurso 472/1993, ponente ALFONSO GOTA LOSADA. Fundamento Jurídico Tercero y ss.

sociedad contra el mismo.²³ Como cualquier crédito es posible que sea objeto de condonación, está previsto por los artículos 1.187 del Código Civil y siguientes. Es decir que la sociedad acreedora tiene el poder de manifestar su voluntad de que quede extinguida la obligación y ello consiste en la liberación del deudor, sin ningún tipo de contraprestación para el primero, pero claro está que la sociedad tiene que poner el dinero de su bolsillo.

Si dicha condonación se produce con cargo a reservas, no podemos entender que, en puridad, se produzca tal condonación, puesto que no estaríamos ante un negocio jurídico gratuito. Se trataría de un supuesto equiparable al dividendo.

- Primas de asistencia a juntas. Este mecanismo consiste en la entrega de una remuneración o compensación, abonada por la sociedad, a aquellos accionistas que asistan a la Junta General o participen en ella por otras vías, como la delegación de voto o el voto a distancia o electrónico. Es por tanto una utilidad derivada de la condición de socio y que se debe de gravarse como tal. Lo peculiar de este mecanismo es que no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Y realmente plantean duda de si son retribuciones para el socio, ya que son unas cantidades simbólicas. Por ejemplo la doctrina del Supremo ha defendido que la asistencia a las Juntas es un derecho del accionista y no una obligación, por lo tanto estas primas de asistencia compensan en todo o en parte los gastos en los que puede incurrir el accionista, por ello para la sociedad sería un gasto deducible, al no tener la condición de distribución de beneficios²⁴.

Estos son algunos de los mecanismos que se usaban para una retribución flexible. Al tener la condición de ganancias y pérdidas patrimoniales, y no de rendimientos de capital mobiliario, han tenido mucho uso. Hasta que salió la regulación que suprimía la exención de los primeros 1.500€ percibidos en concepto de dividendo, y la regulación posterior de la Ley 26/2014 de 27 de noviembre cual introduce el cambio en que la agencia tributaria le da un tratamiento fiscal similar a todas las formas de participación en beneficios. Un ejemplo claro es que a partir de 1 de enero de 2017 la transmisión de los derechos de suscripción preferente se califica como ganancia

²³ BELTRAN SANCHEZ, E., ‘Los dividendos pasivos’, Editorial Civitas, Madrid. 1998. pag 32.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de mayo de 1989. Ponente JOSÉ LUIS MARTÍN HERRERO. Fundamento Jurídico Cuarto.

patrimonial sometida a retención. Por lo tanto, deja de tener validez la norma anterior que permitía minorar el coste de adquisición de dichas acciones con la venta de derechos de suscripción al mercado secundario. Al igual que los derechos de suscripción no están exentos en ningún caso.

En el caso de que se hayan vendido a la empresa, siendo este es el único supuesto en que se consideran dividendos, si se podían acoger al artículo 7 de la Ley 35/2006 de IRPF. Y por lo que se ha dicho antes, un importe inferior a 1.500€ estaba exento en la declaración de la renta. Pero desde el ejercicio 2015 se ha modificado dicho artículo y se ha retirado la exención de estos importes. Estos son mecanismos de las Sociedades Anónimas que me gustaría destacar.

2 Sociedades Limitadas.

El apartado sobre las Sociedades Limitadas me gustaría empezar con la referencia a la Hacienda Pública como uno de los terceros que más perjuicio sufre por atribuciones patrimoniales encubiertas, ya que la sociedad reduce la base imponible del Impuesto de Sociedades al entregar recursos económicos a sus socios. Este tipo de distribución encubierta, vista en las sociedades cerradas desde un punto de vista fiscal, es imposible sin un acuerdo alcanzado entre todos los socios.

El supuesto de esta categoría es que todos los socios se benefician y ninguno de ellos sale perjudicado. Este acuerdo común es una premisa ineludible para una distribución encubierta con la finalidad de un ahorro de gastos tributarios. Caso contrario, estaríamos en presencia de otro tipo de supuesto.

Es más, con el ejemplo expuesto anteriormente se ve que se forman unas formulas estratégicas para alcanzar una reducción de estos gastos tributarios, que solo sería posible en una sociedad cerrada. Ya que es fundamental la existencia de ciertos vínculos personales de confianza, que suelen aparecer entre los miembros de las sociedades más cerradas.

Con estos vínculos se hace deseable y posible reducir la presión fiscal de la sociedad, fruto de un trabajo común, y maximizar la riqueza conjunta. *“La conclusión*

es que en aquellas sociedades donde todos los socios puedan influir realmente en la elección sobre la forma de retribuir las participaciones, cualquier decisión sobre la distribución del beneficio de la sociedad tendrá en cuenta las atribuciones patrimoniales encubiertas. Estas son tanto una opción realista como una alternativa racional a la declaración de dividendos porque permiten maximizar la utilidad privada combinando ambas vías en función de las circunstancias concretas. Es más, en este contexto societario la ausencia reiterada de un reparto formal de dividendos puede ser una señal de que los socios están consiguiendo ventajas económicas de forma encubierta”²⁵.

Para la explicación de cómo es posible repartir dividendos encubiertos en las Sociedades Limitadas habría que exponer un ejemplo. Este es un caso real, denominado como “El caso de *La Bahía del Paraíso S.L.*”, que extraemos de la Sentencia de 14 de mayo de 2014²⁶.

La entidad de Bahía del Paraíso S.L. tenía por actividad la promoción inmobiliaria de edificaciones, habiendo realizado dos únicas promociones, según se deduce de su contabilidad. Una vez vendida la segunda, procedió al reparto de los beneficios obtenidos por aquella actividad entre sus tres socios, en proporción exacta a su participación en el capital por un total de 1.260.000€. Esto es: 630.000€ al socio A (persona física, con 50% del capital social), 315.000€ al socio B (persona física, con 25% del capital social) y 315.000€ al socio C (persona jurídica, con 25% del capital social).

La sociedad contabilizó en tres cuentas esa entrega de 1.260.000€, en la cuenta 553 “*Cuenta corriente con Socios y Administradores*”. Según se desprendía de su contabilidad esta cantidad tiene su origen en: a) unas reservas que al fin del año alcanzaban la cifra de 871.574,26€ y que recogían los beneficios declarados por su actividad; b) la existencia de otra cuenta de provisiones por importe de 298.546,81€ en concepto de provisión para riesgos y gastos que carecían de justificación y c) lo restante en cantidad de 89.878,93€ tenía su origen en otras cuentas de provisiones o con origen en las propias cuentas de capital, cuya relación con los beneficios de la mercantil no es

²⁵ BAGO ORIA, B., *Dividendos encubiertos. El reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*. Civitas, Pamplona, 2010 Pg 174.

²⁶ Este caso está explicado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Nº de recurso 78/2013, ponente ANA ISABEL MARTÍN VALERO.

tan directa, por lo que la parte de reparto que tiene su origen en estas cuentas no se consideraba como dividendo.

En consecuencia, la cifra de 1.170.121,07€, que surge de la suma de los apartados anteriores menos el apartado c), que supone el 92.8667% de la cantidad total repartida de 1.260.000,00€. Se consideraba como distribución de dividendos, pues su naturaleza no podría ser otra al tratarse de beneficios obtenidos por la mercantil y repartidos a sus socios o partícipes en proporción exacta a su participación en el capital. A esto hay que añadirle que el socio C es una entidad jurídica, cual se encuentra exenta del impuesto al ser persona jurídica. Por lo tanto, si restamos su participación (el 25%) estamos ante una cifra de 877.590,80€. Esta es la cantidad que tiene que estar sujeta a retención legal del 15%, de lo que resulta una cantidad a exigir a la mercantil en concepto de retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (rendimientos del capital mobiliario) de 131.638,62€.

La entidad alegó ante la Inspección que esas cantidades se entregaron a los tres socios en concepto de préstamo, y aportó tres contratos donde constan las anteriores cantidades y que el capital y la totalidad de los intereses devengados se devolverán en el plazo de 5 años a contar desde la fecha de entrega del capital, sin perjuicio de ser prorrogado dicho plazo de común acuerdo por ambas partes.

La Inspección consideró que estos préstamos pactados presentan características especiales tales como que el concedido al socio A lo firma el socio B en nombre y representación de la mercantil; el concedido al socio B lo firma el socio A en nombre y representación de la mercantil; y el concedido al socio C aparece firmado por el socio A. Y a fecha de inicio del procedimiento inspector no consta la devolución de cantidad alguna, ni tampoco el pago efectivo de intereses, ni la práctica de retención algún sobre ellos.

Destaca el contenido de la estipulación 3ª que aparte de establecer que ni capital ni intereses habrá de devolverse ni pagarse hasta el final del 5º año, a ello se le tiene que añadir que se puede prorrogar el plazo. Condiciones todas ellas que no incorporan ningún contrato similar en condiciones de mercado.

Este es un ejemplo claro de la teoría explicada anteriormente. Se percibe la existencia de: a) una sociedad cerrada con un vínculo especialmente íntimo entre los

integrantes de la misma; b) consiste un conocimiento de las acciones de cada uno de los participantes, ya que se percibe la existencia de un acuerdo entre todos los socios, de lo contrario sería imposible; c) hay una estrategia de ahorro fiscal, donde todos y cada uno *“interpreta su papel”*.

IV. Dimensión Mercantil

En este bloque habría que distinguir la visión mercantil de la visión fiscal, sobre los beneficios encubiertos. De antemano, hay que destacar que, desde un punto de vista mercantil, sobre el reparto encubierto de beneficios no se requiere una distinción entre las Sociedades Anónimas y las Sociedades Limitadas, ya que obran los mismos órganos y el dilema mercantil está en el funcionamiento común de ambos.

La calificación tributaria de un reparto encubierto de beneficios sigue un esquema coherente con la aplicación de presunciones tributarias y tiene el objetivo de maximizar el ingreso fiscal; pero normalmente elude pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia jurídica del negocio, desde una perspectiva mercantil, pues se limita a aplicar ajustes liquidatarios en función de criterios fiscales que no tienen, en realidad, que comprobarse.²⁷ Pero su única finalidad es el ajuste de las liquidaciones impositivas que no desarrolla nada para el Derecho Privado, desde un punto de vista jurídico.

Aquí la visión se hace desde un ángulo distinto al de bloque anterior. En un principio el acuerdo de un reparto de dividendos se produce por vía de los “*pactos reservados*”, que a su vez consisten en un complemento a los Estatutos sociales. Pueden estar firmados por todos los socios o parte de ellos y tienen la fuerza entre las partes firmantes, su peculiaridad consiste en que no pueden oponerse frente a terceros extraños al pacto ya que sus efectos se limitan al orden interno, tal y como explica el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital. Los socios prestan su aceptación contractualmente a través de pactos reservados, unánimes, ocultos y parciales²⁸.

Tales pactos no tienen una amplia regulación legislativa y su naturaleza legislativa emana del artículo 1255 del Código Civil “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni el orden público*” a este artículo se le tiene que añadir el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital “*En la escritura y en los Estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*”. Su validez depende

²⁷ ESTÉVEZ PARDO, M., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 87 y ss.

²⁸ RODRIGUEZ MARTINEZ, J., *Presupuestos y efectos de la inscripción y la publicación. Los pactos reservados*, en *derecho de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 381-412.

en todo caso de su licitud, como también deben cumplir las reglas generales de obligaciones, consentimiento, objeto, causa y no ser contrarios a la Ley, moral y orden público.

Como se ha expuesto antes, los “*pactos parasociales*” solo afectan a quienes los firman y en ningún momento a todos los socios de la sociedad por simple hecho de ser socio. Por ello si la Junta adopta un acuerdo contrario a algún pacto reservado, ese acuerdo es plenamente válido y eficaz sin perjuicio de poder reclamar, por vía de responsabilidad contractual, a los socios que no han seguido el pacto.

Se pueden clasificar en diversas categorías: a) pactos de relación: regulan las relaciones directas de los socios; b) pactos de atribución: se le ceden ventajas a la Sociedad; c) pactos de organización: regulan la organización y el funcionamiento societario.

Una vez explicados los tipos de los “*pactos reservados*”, habría que destacar la existencia de distintas posturas doctrinales sobre la posibilidad de oponer los pactos a la sociedad. La postura doctrinal mayoritaria, para obligar al cumplimiento del acuerdo, las partes pueden aplicar el derecho general de obligaciones. Por otro lado, la doctrina destaca que no serán oponibles, aplicando rigurosamente el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital, a excepción que la misma sociedad forma parte del dicho acuerdo.

La finalidad de los pactos parasociales no es otra que la de agilizar el funcionamiento de la sociedad a través de los acuerdos directos entre los socios, lo que posibilita la participación en la vida social de los socios minoritarios. En este sentido, *“la evolución doctrinal y jurisprudencial, aunque contradictoria, avanza hacia la unión de los ámbitos societario y contractual en el contexto de los pactos parasociales, consecuente con las demandas actuales de las sociedades, otorgando mayor eficacia y oponibilidad a los mismos”*²⁹.

Esta breve explicación de un fenómeno jurídico tan complejo como los “*pactos parasociales*” o “*pactos reservados*”, es una introducción para la explicación del siguiente ejemplo. Puede darse la posibilidad de que un socio, independientemente de si

²⁹ Publicado 11 de mayo de 2015. <http://www.staff-legal.com/pactos-parasociales/>, Última visita el 18 de junio de 2018.

forma parte o no del pacto parasocial, decide impugnar alguna de las operaciones de distribución encubierta alegando que constituyen un fraude de Ley porque desconoce el procedimiento del reparto de dividendos. Puede ser el ejemplo de un socio enfadado, que decide destapar la existencia de unos dividendos encubiertos o por el mismo enfado un antiguo administrador quiere vengarse de su despido e intenta perjudicar a los socios.

Si hablásemos de fundamentación de una demanda en este sentido, es decir, sacarle el defecto formal a este tipo de dividendos, en primer lugar, habría que mostrar la similitud entre estas atribuciones y el reparto habitual de dividendos. Y posteriormente, la ilícita actitud de los administradores. En el segundo caso el defecto recaería en la separación de competencias entre los dos órganos societarios (la Administración y la Junta). Como se ha explicado anteriormente, la competencia del reparto de dividendos recae en la Junta, pero este tipo de contratos los celebra la Administración sin que lo respalde acuerdo alguno de la Junta.

Es difícil que esta demanda prospere por dos razones. Primera es que estas atribuciones patrimoniales encubiertas, no son dividendos de iure, por lo tanto, al no considerarse como tales los procedimientos procesales de dividendos no se aplican a la distribución encubierta, ya que no son dividendos. La segunda es que la de consideración del contexto societario. Esta razón se mantiene porque las sociedades cerradas permiten que sus reglas de funcionamiento se asemejen a las de las sociedades personalistas.³⁰

Esto quiere decir que en la mayoría de las Sociedades Limitadas uno de los socios a su vez es el administrador. Aquí los socios suelen participar en la gestión de la sociedad, mientras que la misma Administración discute las decisiones que va a tomar. Entre los socios y los administradores de estas sociedades cerradas se produce una interacción fluida e informal, además es muy común y se ve con normalidad. Por lo tanto la distribución de competencias entre la Junta y la Administración se hace más opaca y no es tan fácil diferenciar cuando uno actúa como socio y cuando como administrador.³¹

³⁰ BAGO ORIA, B., *Dividendos encubiertos. El reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*. Civitas, Pamplona, 2010, págs. 223-226.

³¹ OTXOA-ERRARTE, R., “*La participación en la gestión de los socios de la SRL*”, *Revista de derecho de sociedades*, nº2, págs. 101-102.

Existe otro supuesto peculiar que se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de noviembre de 2016, que abarca temas interesantes desde un punto de vista de derecho de sociedades y recoge figuras jurídicas como son los pactos parasociales, los dividendos encubiertos y la transmisión de participaciones. El supuesto abarca el caso de una sociedad limitada cuyos dos socios al cincuenta por ciento, doña Dulce y don Jorge, acordaron repartirse los dividendos de forma encubierta.

Hasta ahora no había ningún problema. Pero, cuando don Jorge decide pasarle su parte de la empresa a su hijo, empieza el conflicto que deriva en este litigio. Cuando el hijo de don Jorge, que es socio y administrador, intenta celebrar un contrato de prestación de servicios entre él y la sociedad, en las mismas condiciones que tenía su padre, con el único propósito de distribución encubierta de beneficios, doña Dulce se opone a ello. Mientras tanto, doña Dulce sigue disfrutando de las ventajas de su propio contrato de servicios, firmado anteriormente, que servía para el mismo fin.

A pesar de la oposición de la socia, el hijo (nuevo socio), con la ayuda de su padre que seguía siendo apoderado de la sociedad, consigue celebrar un contrato de servicio en las formas que él deseaba. Debido a la oposición de doña Dulce, dicho contrato no ha sido sometido a Junta, por lo tanto, se celebró sin su autorización, según el 220 de la Ley de Sociedades de Capital se exige que *“En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general.”*

Una vez que doña Dulce se entera de la existencia del susodicho contrato, lo impugna ante los tribunales, que finalmente declararon la nulidad del nuevo contrato de prestación de servicios a causa del defecto que prevé el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sentencia de apelación a su vez niega la existencia de la infracción del pacto parasocial. Se puede apreciar en su fundamento jurídico tercero la existencia de discrepancia de la Audiencia con la sentencia de Primera Instancia: *“la legitimación activa de doña Dulce y de don Desiderio por la oponibilidad a los mismos de un pacto parasocial verbal en virtud del cual los socios originales de la sociedad, doña Dulce y don Jorge, habían acordado repartirse al 50% el trabajo en la sociedad, cobrando*

idéntico sueldo por el que se distribuían los beneficios de la sociedad, añadiendo, respecto del administrador mancomunado demandante, que tampoco puede pedir la nulidad del contrato al actuar individualmente”.

Mientras que la Audiencia, corrigió al Juzgado expresando lo siguiente: *“Tampoco puede reprocharse a doña Dulce que actúe en contra del pacto de socios en su día alcanzado verbalmente con don Jorge, en virtud del cual se repartieron las tareas sociales y percibían determinada retribución como trabajadores de la sociedad (...) El pacto parasocial vincula a los socios que lo suscribieron, sin que pueda hacerlo valer don Fermín, ajeno al mismo y adquirente de las acciones de su padre, en quien pueden no concurrir las cualidades que en su día llevaron a la otra socia a suscribirlo”.*

Estos pactos reservados tienen la misma regulación que los contratos, por lo tanto se rigen por el Código Civil y también están sometidos al artículo 1257 del susodicho código *“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan...”*³²

Este caso había sido estudiado por MIGUEL IRIBARREN, profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Oviedo. En este estudio hace cuestiones como *“¿tenía razón en el fondo la socia reticente, que le negaba al nuevo socio la suscripción de un contrato con la sociedad equivalente al que ella disfrutaba? ¿De verdad no disponía ese socio de ninguna baza para lograr un resultado más favorable?”*.³³

El profesor desarrolla las respuestas de la siguiente manera. Primero estudia la posibilidad de que el hijo se uniera al pacto reservado. Esto se podría conseguir con una reclamación de la celebración de un contrato de prestación de servicios, y con esto mostrar su voluntad de adherirse al pacto o suceder a su padre en el pacto. Si la socia hubiese accedido, entonces el pacto parasocial tendría efecto ya entre ellos.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de noviembre de 2016. (Sección 28ª) Nº de recurso 406/2016, ponente ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ.

³³ IRIBARREN, M., *“Pactos parasociales, dividendos encubiertos y transmisión de participantes”*, Almacén de derecho, publicado 1 de noviembre de 2017, visto 18 de junio de 2018. <http://almacenederecho.org/pactos-parasociales-dividendos-encubiertos-transmision-participaciones/>

La equivocación del socio, en este supuesto, era imponerle a la socia esta opción. Es razonable pensar que el hijo tenía derecho a participar en las ganancias. Pero no de forma encubierta, sino en un reparto ordinario. Una vez que conste la oposición de la socia a aceptar su adhesión al pacto, es cuando podría impugnar el contrato de la misma, con ello demostrado que la causa del mismo no era en realidad la prestación de servicios a la sociedad, sino el reparto encubierto de los dividendos.

Con la entrada de un nuevo personaje al escenario societario se convierte en un reparto discriminatorio hacia el mismo. Entonces el contrato existente entre la sociedad y la socia se convierte en ilícito, pero no es una ilicitud originaria, sino una ilicitud sobrevenida.

Se convierte en una relación ilícita ya que no todos los socios participan en las mismas condiciones en el reparto de los beneficios. Para ello, el heredero estaba obligado a acreditar que, en realidad, los contratos de servicios originarios no comportaban la necesidad de desarrollar ningún trabajo por cuenta, o en beneficio, de la sociedad, de forma que el Tribunal pudiese concluir que los susodichos contratos no constituían más que un vehículo para el reparto encubierto de dividendos, en perjuicio sobrevenido del sucesor, que de este modo se veía privado de su derecho natural al dividendo.

Con estos dos ejemplos se obtiene una visión más clara del paisaje mercantil de los dividendos encubiertos. Es decir, sin perjuicio por cómo se pueden declarar desde un punto de vista financiero, los pactos parasociales que tratan la distribución encubierta de beneficios no son ilícitos *per se*. Son lícitos y se usan en la vida cotidiana de muchas empresas. Pero sí que tienen mucha facilidad para ser objeto de una ilicitud sobrevenida. Ya que únicamente son lícitos si todos los socios están de acuerdo, activamente o pasivamente, con este tipo de reparto. Dicho conocimiento de los socios puede manifestarse en la firma de un pacto parasocial o en obtención de algún tipo de beneficio superior al merecido, en su condición de socio.

Pero una vez que los efectos de este tipo de pactos trascienden a terceros que no tomaron parte de su conformación, se convierten en pactos ilícitos, en tanto que defraudatorio de los derechos de esos terceros, por lo tanto, todas las acciones derivadas del mismo también resultarían ilícitas.

Este perjuicio puede revestir muchas formas: que la cantidad del reparto sea inferior a la que el socio tiene derecho, que se abuse de los bienes societarios sin que el reciba su merecida contraprestación, etc...

Pueden ser distintas formas, pero tienen una única finalidad, que el perjudicado reciba menos dividendos, beneficios o retornos sociales de los que tiene derecho, y que simultáneamente se produzca un enriquecimiento del patrimonio de sus consocios y/o administradores.

Esta imagen es la que nos aparece en un estudio jurídico teórico, mientras que, desde un punto de vista práctico, existe una cantidad abundante de dificultades sobre este tema. Muchas veces este tipo de acciones se hace en perjuicio de una minoría societaria, cuando en su contra tienen tanto a los socios favorecidos, como a la administración. Y aun cuando es cierto que existen cauces legales para que los socios perjudicados puedan reclamar las pertinentes responsabilidades, tanto de los socios como de los administradores, el control de la gestión por parte de éstos no siempre lo hace posible, ante la ausencia de prueba clara al respecto.

Una cuestión interesante es la relativa al enriquecimiento de un socio que a su vez es el administrador. Es el ejemplo de en una sociedad que se dedica a la comercialización de equipos de música. Esta sociedad está compuesta por él, 2 hijos suyos y un socio que supongamos que es nuestro cliente, llamemos esta sociedad X. Cada uno de los socios tiene un 25% de la sociedad. El socio-administrador es a su vez administrador en otra sociedad, que llamaremos Z.

Para cumplir fielmente las obligaciones expuestas en los artículos 228 y 229 de la LSC, decide usar el mecanismo de la dispensa de las prohibiciones. Tal mecanismo se basa en la autorización para la realización por parte de un administrador, o una persona vinculada, de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio o la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. Estos mecanismos se prevén en los artículos 190 y 230 de la LSC.

La doctrina del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que dicho permiso tiene que ser expreso, por lo que no son válidas las autorizaciones presuntas o tacitas. Por el simple hecho de conocer, pero no consentir, aceptar ni autorizar, no constituye

acto propio que causa estado y que sirve para justificar la conducta competencial del administrador³⁴.

Además, esta autorización tiene que ser diseñada y prevista expresamente para el supuesto concreto, es decir que no es posible una dispensa general, ya sea por vía estatutaria o formulada con carácter anticipado. Así, es vital que esté ligada a unos administradores en concreto para unos actos en concreto.

En cualquier caso, el administrador tiene la obligación de comunicar todas las circunstancias relevantes con respecto a la actividad, objeto de la dispensa y que tal dispensa se justifique en aras del interés social. Normalmente esta dispensa es concedida por un tiempo limitado o para un acto limitado, pero también cabe la posibilidad de que sea revocada.

La competencia de su revocamiento y su autorización reside en la junta (cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al 10% de los activos sociales).

Es más, la prohibición de la competencia con la sociedad solo puede ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el daño que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

Dicho esto, se formula una dispensa de la prohibición de competencia en favor de aquel socio-administrador que sea a su vez socio-administrador de otra sociedad. Claro está que la votación a favor de este acuerdo se hace siguiendo todas las pautas legales previstas para tal caso. Una de las más notorias es el deber de abstención previsto en el artículo 190, relacionándolo con el artículo 230 de la LSC, que únicamente prohíbe votar al socio-administrador afectado, pero no a las personas vinculadas al mismo.

La LSC no regula el conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero sí que hay una relación más estrecha entre tales intereses y los de otro socio que si

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 2 de febrero de 2017. Nº de recurso 1441/2014, ponente PEDRO JOSÉ VELA TORRES. Fundamento Jurídico Segundo y ss.

entran en conflicto abierto con los de la sociedad. Además, el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que actúa como representante del socio y ejercita en concreto el derecho de voto. Esta dispensa saldría por 50% a favor y 25% en contra, pero sale por mayoría, lógicamente ya que 2 de los 3 votantes son hijos del socio afectado.

Y posteriormente se firman ciertos acuerdos entre ambas empresas para que la sociedad le venda la materia prima a la sociedad X, dedicándose ésta última a su comercialización. Es decir que la sociedad Z le vende los equipos de música por 100 a la sociedad X que a su vez los vende e instala por 125. Pero estos equipos necesitan un mantenimiento periódico y este es prestado por la sociedad Z, ya que la sociedad X no tiene este tipo de servicio.

A parte, hay un gran volumen de venta de los equipos de música, por lo tanto, el socio cliente sabe que es poco frecuente que con esas cantidades el precio de compra sea el de mercado y no haya ningún tipo de descuento por volumen de compra. Pero como la empresa Y no muestra sus ingresos y además todo ha sido aprobado según la legislación vigente y siguiendo los mandatos de los estatutos sociales, no existe una vía de demostrar que hay una gran pérdida por parte de la sociedad.

Ya que el socio-administrador compra los equipos de música a la sociedad Y, aplicando todos los descuentos posibles por un precio de 60, los vende a la sociedad X por un precio de 100, pero además le presta el servicio de mantenimiento a la clientela de la sociedad X y esta a su vez no obtiene ningún beneficio por compartir su clientela con la sociedad Y. Por lo tanto, la sociedad X cada mes se endeuda más u obtiene un beneficio muy bajo, mientras que la sociedad Y se enriquece a su costa.

Como vemos se produce un desproporcional enriquecimiento del socio-administrador y de la sociedad Y. Existe todo un abanico de problemas en este caso. ¿Cómo es posible demostrar que la empresa Y se enriquece a costa de la empresa X si la primera no muestra sus ingresos? ¿Qué tipo de acción hay que utilizar en estos casos? Estas son solo algunas de las cuestiones que plantea este ejemplo.

V. Remedios Jurídicos

Para darle un tipo de solución a estos ejemplos citados durante todo el trabajo, nuestro Ordenamiento Jurídico prevé dos clases de remedios:

1. Vía Civil:

a. Abuso de derecho y reparto de dividendos.

Un supuesto muy común en los litigios societarios de las sociedades cerradas es la impugnación de acuerdos del no reparto de dividendos y destinar todas las ganancias a las reservas voluntarias, cuando ello no es necesario ya que, hablando contablemente, la sociedad está dotada de liquidez y perfectamente puede hacer frente a su pasivo con su activo. Estas demandas se fundamentan en que este tipo de acuerdos, tomados normalmente por la mayoría de la sociedad, que a su vez es la que dirige la administración, repercute en el socio minoritario, causándole un perjuicio impidiéndole participar en las ganancias de la sociedad.

Hay que hacer hincapié que en estos litigios el juez no es un órgano fiscalizador, hablando económicamente, el cual decide si es una opción rentable o no. No es un profesional del mercado que puede optar por una salida más favorable, económicamente, para la sociedad. La existencia de la posibilidad de un acuerdo de este tipo es completamente lógica. La condición económica de un ente jurídico es ciertamente impredecible por lo variable que es, por lo que la casuística es muy abundante.

Simplemente con el hecho de que, con la destinación de los beneficios a las reservas, en vez de incrementar los propios patrimonios de los socios, se incrementa el patrimonio social, que podrá conceder mejores garantías económicas a los terceros. Lo que lleva a plantearnos que, si cuestiones de este ámbito tienen que ser dictadas y controladas por un ente ajeno a la sociedad, es difícil hablar de la libertad económica, sin perjuicio de que se produzcan situaciones que abusen del derecho o que causen un perjuicio a un tercero o a uno de los socios.

Pero esto, recordemos, tiene que coexistir con el derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales, recogido en el artículo 93 a) de la LSC. En principio el derecho a la participación en el reparto de las ganancias sociales es el derecho principal del socio, incluso más que un derecho es una finalidad por la cual un socio forma parte de una sociedad mercantil. Claro está que el derecho al dividendo es

un derecho condicionado, primeramente, a la existencia de esas ganancias y el segundo requisito es que exista un acuerdo, meditado y aceptado por la Junta, que decida que se produzca el reparto.

Con la Ley 25/2011, de 1 de agosto³⁵, 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, se introduce una innovación en este ámbito, y se pone de aplicación desde 31 de diciembre de 2016. Se introduce el artículo 348 bis en la LSC, su primer apartado está redactado de la siguiente *“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.”* Realmente es un mecanismo que resulta ser muy útil para resolver conflictos de socios en distinto tipo de sociedades cerradas.

Se puede impugnar los acuerdos sociales cuando *“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”*, así lo pone de manifiesto el artículo 204 de la LSC. Incluso el mismo artículo prevé que *“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.”*

Están legitimados para ello *“cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al*

³⁵ 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. B.O.E. Núm., 184, de 2 de agosto de 2011

menos el uno por ciento del capital”, así lo expresa el artículo 206 de la misma Ley. El procedimiento de impugnación está previsto por el artículo 207 de la LSC.

Hay que destacar que en los casos que el socio minoritario decida impugnar el acuerdo. Es a él a quien le incumbe la obligación de la prueba de que este acuerdo tiene por la finalidad el abuso jurídico de la mayoría y por la consecuencia el impago al socio minoritario de su merecida parte.

Es más, existen casos en la jurisprudencia en los cuales no se repartían dividendos, por un abuso existente que consistía en el hecho de que no había beneficios ya que todas las ganancias estaban absorbidas por retribuciones desproporcionales del órgano de administración de la sociedad³⁶. Pero aquí ya sería más aplicable la tipología de la respuesta de nuestro Ordenamiento jurídico a una distribución encubierta de beneficios, que es la de, puesta en marcha de medios legales para exigir al administrador responsabilidad por las consecuencias dañosas de sus actos.

b. Abuso de facultades de los Administradores de las Sociedades.

Ante todo, habría que destacar la figura del administrador. El órgano administrativo de la sociedad, hablando jerárquicamente, por la importancia de las facultades desarrolladas, se encuentra al lado de la Junta. El legislador desarrolla este órgano en los artículos 209 y siguientes de la LSC.

En un principio el órgano de administración está sometido a la voluntad y el control de Junta General, esto se expone en los artículos 210, 211 y 236 de la LSC. Pero en realidad, especialmente de las grandes sociedades anónimas, ha consagrado de facto un fortalecimiento del poder personal de los administradores en detrimento del poder y del control de la Junta General³⁷. Pero normalmente en las sociedades de tamaño mediano o pequeño, que es a lo que nos referimos en este apartado, esto no se produce ya que uno de los socios es el mismo administrador.

³⁶ Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 23 de mayo de 2011, Nº de recurso 55/2011, ponente SANTIAGO OLIVER BARCELÓ, Fundamento jurídico 4º.

³⁷ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 22ªed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 492.

Los deberes de los administradores se encuentran en los artículos 225 y siguientes de la LSC. Básicamente se resumen en el deber general de diligencia, la protección de la discrecionalidad empresarial, el deber de lealtad, obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, deber de evitar situaciones de conflicto de intereses. Incumplimiento de alguno de estos deberes conlleva una responsabilidad del administrador.

En particular, la LSC contempla un régimen general de responsabilidad de los administradores por daños, que se encuentra en los artículos 236 y siguientes de la misma ley. Al igual se establece un sistema de responsabilidad por obligaciones sociales como consecuencia del incumplimiento de los deberes específicamente impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución, manifestado por el artículo 367 de LSC, pero que no es el objeto de estudio de este trabajo por la brevedad del mismo.

Lo relativo a la responsabilidad por daños hay que poner de manifiesto la obligación del desempeño del cargo de administrado con la diligencia de un ordenado empresario. También, el citado ya, deber de lealtad que conlleva ciertas prohibiciones que les incapacita para el uso del nombre societario o uso de su condición como administrador para realización de acciones que lucren a su patrimonio personal, en deterioro del de la sociedad. Tiene prohibido realizar inversiones u operaciones ligadas a los bienes de la sociedad de las que haya tenido conocimiento con ocasión de cargo. Y tiene la obligación de comunicar cualquier situación que puede causar un conflicto de intereses con la sociedad.

Incumplimiento de cualquiera de las situaciones expuestas anteriormente, en el ejercicio de su cargo, origina su responsabilidad civil por los daños causados a la sociedad. Un administrador que incumpla tiene que responder frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales, de todo el perjuicio causado a la sociedad. Lo relativo a la responsabilidad de los administradores lo podemos encontrar en los artículos 236-241bis de la LSC. Es importante, ya que responderá de la misma forma el administrador de hecho, el que ejerce realmente las funciones de administrador, aunque no haya sido nombrado formalmente³⁸.

³⁸ ZURITIA VICIOSO, J., “*La responsabilidad de los administradores*”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Vol., 10, de septiembre de 2015. <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015->

Este tipo de responsabilidad por actos lesivos de los administradores se exige, por daños causados a la sociedad, a través de la llamada “*acción social de responsabilidad*”, que se ubica en el artículo 238 de la LSC. Y cuando los actos de los administradores lesionen los intereses de socios o de terceros, se concede a los perjudicados la posibilidad de interponer la “*acción individual de responsabilidad*”, que a su vez se expone en el artículo 241 de la LSC.

Estas acciones, exigen la concurrencia de los requisitos tradicionales de la responsabilidad civil. En primer lugar, que los administradores hayan actuado contra la Ley, los estatutos sociales o que hayan actuado sin la diligencia debida. En este caso el legislador ha decidido facilitar la prueba, ya que según el artículo 236 de la LSC se presume la culpabilidad en una actuación contraria a la Ley o los estatutos, así que la carga de la prueba recae en el administrador.

En segundo lugar, que se produzca una lesión al demandante. Tiene que ser un daño directo a la sociedad, cuando es la denominada acción social de responsabilidad, sin perjuicio de que este daño puede derivarse a los socios o terceros, que en este caso se aplicaría la acción individual. Y, por último, el denominado nexo causal entre el acto realizado por los administradores o la omisión de actuación y el daño existente. Este último apartado es el motivo por el que no se pueden englobar en un listado todos los supuestos de responsabilidad de administradores. Ya que existe una casuística abundante, y cada uno de los casos tiene que ser estudiado en su contexto.

“Probada la concurrencia de estos requisitos, se presume la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano colegiado de administración, de forma que el demandante no debe probar quien ha sido en concreto el administrador que realizó el acto. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo contempla específicamente que la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometido a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador. Hay, por tanto, una presunción de culpa colectiva, que solo puede romperse de dos maneras. La primera

posibilidad de exonerarse de responsabilidad es probar una doble circunstancia: no haber intervenido en la adopción ni en la ejecución del acuerdo y desconocer su existencia o haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño. La segunda consiste en haberse opuesto expresamente a la decisión del órgano. Es, además, una responsabilidad solidaria, en el sentido de que cada uno de los administradores culpables ha de satisfacer el todo”³⁹.

c. Conclusiones provisionales

Una vez explicadas las posibles vías, societarias e individuales, convendría gustaría añadir que siempre es sospechoso la existencia de un vínculo especial entre administradores y solamente una parte de los socios. Es un supuesto que se da en la mayoría de las sociedades, por no decir que en todas. En los supuestos explicados anteriormente, que todos tienen que ver con un reparto encubierto de beneficios, se puede crear una vista errónea, desde una única perspectiva. No se puede ver esta situación únicamente desde el prisma del administrador o de socio.

Hay que verlo desde la perspectiva de los dos. Ya que no puede producirse este tipo de actividades únicamente por los socios o por los administradores. Por ejemplo, existe un socio beneficiario de una distribución encubierta, su responsabilidad no es la única que ha de considerarse. Ya que las atribuciones de este tipo requieren una colaboración pasiva o activa del administrador. El administrador interpreta un papel importante, ya que es el responsable de la ejecución de las operaciones vinculadas, que a su vez permiten encubrir las atribuciones patrimoniales a los socios.

2. Ámbito Penal.

En este apartado convendría exponer las respuestas dadas por el Ordenamiento Jurídico, hacia las actuaciones que son el objeto de estudio de este trabajo, en vía penal.

Se trata de, una serie de tipos delictivos y sanciones específicas que, a modo de ultima ratio, cabe también aplicar para perseguir este tipo de conductas cuando las mismas revisten trascendencia penal.

³⁹ BELÉN CAMPUZANO, A., La acción social en el sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, en EMPARANZA SOBEJANO, A., (dir.) *“Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág., 291.

El Código Penal⁴⁰ español de 1995 destina un capítulo completo a la regulación de los delitos societarios, el capítulo XIII, del título XIII del libro II, artículos 290-297. Hay que destacar que, por los cambios producidos en el Código Penal, se suprimió el delito societario de la administración fraudulenta y se creó un nuevo delito genérico de administración desleal, que se ubica en el artículo 252 de la misma norma.

“En estos tipos delictivos hay que recordar que el criterio aglutinador de la categoría no se vincula al bien jurídico protegido en sentido técnico, sino al dato de que los hechos delictivos se ejecuten en el mero marco de sociedades mercantiles y que sus autores sean sujetos que desempeñan tareas de administración o posean una especial situación de preeminencia en el seno de la sociedad. Ciertamente se ha aludido por parte de un sector doctrinal a un objeto jurídico tutelado común, pero necesariamente ha de tratarse de un bien mediato.

En los delitos socioeconómicos en sentido amplio su bien jurídico inmediatamente tutelado es, en la mayoría de los supuestos, el patrimonio de los sujetos pasivos que en cada caso se enumeran. Ahora bien, ello no resulta aplicable a todos los delitos, puesto que en algún caso podremos afirmar que se ve afectado un bien jurídico diferente e incluso podremos asegurar que existe un delito genuinamente económico con objeto jurídico supraindividual.”⁴¹

Entre los delitos manifestados por los artículos 290, 293 y 294 del Código Penal, la figura que obtiene el sujeto activo en los delitos es el administrador (tanto de hecho como de derecho), mientras en los artículos 291 y 292 de la misma legislación no se incluye esta restricción del círculo de sujetos activos.

En lo relativo a si la figura del administrador es representada por un órgano colegiado, hay que destacar que en la esfera mercantil existe una responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano colegiado de administración, frente a la sociedad, accionistas y los acreedores sociales por el daño causado, salvo ciertos supuestos, como el artículo 237 de la LSC.

Concretamente nos gustaría destacar ciertos artículos:

- a. El artículo 290 del Código Penal que se redacta de la siguiente manera: *“Los administradores, de hecho, o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

⁴⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. Núm., 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *“Derecho Penal Económico y de la Empresa”*. 5ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, págs. 434-435.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.” Este artículo protege el patrimonio social, el patrimonio de los socios y de los terceros, que a su vez los sujetos pasivos, de este tipo delictivo, son los dueños de estos patrimonios. Mientras que el objeto material del delito recae en todos los documentos que reflejan la situación jurídica o económica de la entidad, en tanto en cuanto el legislador no ha efectuado la labor de matizarlos en un listado. Según Carlos Martínez-Buján Pérez *“las cuentas anuales se mencionan ad exemplum”*⁴² En un principio se trataría de los documentos que pueden inducir a una visión errónea de la situación patrimonial de la sociedad.

- b. Y el segundo artículo es el 291 del Código Penal cual se resume en: *“Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.”*

En un principio es un artículo que, según la doctrina penalista, ha proclamado explícitamente la falta de legitimidad de la intervención penal para sancionar conductas que pueden ser ya eficazmente combatidas con los medios disponibles en el Derecho Privado⁴³. Se refiere que únicamente podemos emplear este mecanismo, una vez usados todos los medios posibles del Derecho Privado.

A causa de esa interpretación, se requiere una determinación restrictiva de todos los elementos del tipo delictivo que encontramos en el artículo 291 del Código Penal. Los sujetos coinciden con el artículo 290 del mismo código. El objeto y la acción típica se resumen a la imposición de acuerdos abusivos, en los que no hay otro remedio que haya un enriquecimiento, una obtención de beneficio por parte del sujeto activo en perjuicio del sujeto pasivo.

Estos son dos artículos, que en mi opinión serían coherentes con el tema de este trabajo, *“Reparto encubierto de beneficios en las Sociedades de Capital”*, ya que versan sobre las acciones, conductas o mecanismos que se llevan al cabo para conseguir una Finalidad como es el reparto encubierto de beneficios en las sociedades de capital.

⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *“Derecho Penal Económico y de la Empresa”*. 5ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 467.

⁴³ La transparencia y aprobación social son elementos que impiden la actuación del derecho penal en materia de retribuciones de directivos. El derecho penal no puede dar un salto frente a la jurisdicción que debe analizar la existencia de responsabilidad mercantil, cuando el hecho ha sido consentido por la masa social, aprobándolo Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 17 de julio de 2016. Nº de recurso 6/2006, ponente JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN.

Conclusiones

El tema de este trabajo es “*Reparto encubierto de beneficios en las Sociedades de Capital*”, que se ha intentado explicar como un fenómeno jurídico que consiste en un uso de mecanismos legales, para conseguir un fin diferente, del de su objetivo principal, con el propósito de enriquecimiento del patrimonio personal de los socios o de una parte de ellos, en perjuicio de la sociedad y/u otros socios.

Es difícil exponer este fenómeno tan complejo en unos párrafos, además si esta exposición se produce desde una perspectiva de un estudiante con un conocimiento limitado. Por lo tanto, una de las finalidades que se ha intentado lograr en este trabajo era determinar en qué consiste el fenómeno de reparto encubierto. Una vez determinado en que consiste ese tipo de reparto encubierto y cuál es su propósito. He optado por realizar un breve estudio en que difiere un reparto encubierto de un reparto regulado y permitido en la ley.

Como ya se ha expuesto, la principal diferencia entre un reparto encubierto y un reparto ordenado, es la participación de la Junta General en esta actividad. Claro está que hablamos de una participación formal, ya que, como se ha intentado exponer en las sociedades cerradas, sobre todo desde una perspectiva fiscal, esa participación existe, pero no como órgano social Junta General, sino que se toma un acuerdo por todos los socios que no reviste la forma original de un acuerdo de la Junta.

Las conclusiones más destacables son, por tanto, las siguientes:

Primera, que los repartos encubiertos no son ilícitos por sí mismos, de origen, sino que pueden ser objeto de una ilicitud sobrevenida. Se debería de dar por hecho que un mecanismo cual puede servir, y como se ha intentado exponer, para defraudar a uno de los socios, o a un acreedor y/o a Hacienda, no puede ser lícito, de ninguna manera.

Pero como se intenta manifestar con este Trabajo de Fin de Grado, sí que esos pactos parasociales son lícitos, hasta el punto en el que se produzca un cambio de paradigma. Como, por ejemplo, que se produzca un cambio de uno de los socios. La ilicitud sobrevenida de estas actuaciones puede parecer poco razonable, pero se explica su lógica una vez que se estudie desde un punto de vista de la voluntad de las partes. Y actualmente parece que tiene un cierto fundamento jurídico, en el sentido de su licitud originaria.

Se han tratado de exponer a su vez, en el segundo bloque, el apartado mercantil, los dividendos encubiertos desde otra perspectiva. Benefician a ciertos socios con la exclusión de otros y se enfrentan a un claro reproche jurídico, ya que existe una apropiación de beneficios sociales por parte del grupo de control, que es la mayoría societaria, lo cual a su vez viola el interés social, incumpliendo el contrato y conduciéndose deslealmente.

Una segunda conclusión es que la desigualdad del trato que se produce, y que se refleja en que algunos socios obtienen más retribución que otros, solo es un rasgo descriptivo que permite encuadrar cada atribución en uno o en otro grupo pero que, en sí misma, no va a ser definitiva para la calificación. La reacción por parte del Ordenamiento Jurídico contra los dividendos encubiertos no se explica directamente por la discriminación objetiva que afecta a ciertos socios, sino por la deslealtad, tanto del socio favorecido, como del administrador.

No parece, a simple vista, que esta es la finalidad que quería conseguir el legislador, ya que es un supuesto claro en que el socio minoritario cobra menos, no porque tiene menor parte de participaciones, sino por la conducta fraudulenta llevada al cabo por el órgano ejecutivo de la sociedad y por un grupo de socios.

Tercera conclusión, y que habría que destacar sobre todas las ideas manifestadas en el estudio, es que en muchas ocasiones resulta extremadamente difícil para el socio acceder a los medios de prueba necesarios que permitan probar a un socio minoritario la existencia de una retribución encubierta e ilícita de la que no ha formado parte, y cuya existencia tampoco le ha sido comunicada.

Nos encontramos que en la práctica resulta complicado demostrar que esos pactos parasociales padecen de una ilegalidad sobrevenida, ya que actúan en fraude de uno de los socios. Primero, porque es difícil que el socio minoritario sepa con certeza que es engañado. Y segundo, es que incluso si se entera de alguno de los modos “*dudosos*” (rumores o que se lo comenta alguno de los socios sin querer), es muy difícil demostrar la certeza de la posible existencia de estos pactos ocultos y la actuación fraudulenta de sus compañeros. Hablando desde una perspectiva civil.

Esta dificultad, por ejemplo, no parece darse en los casos donde entra la Hacienda Pública, cual tiene sus mecanismos legales propios justo para esa finalidad, el de demostrar que se actúa de una forma fraudulenta.

Nos hemos topado con un límite importante, que ha sido no poder abarcar el ámbito contable de la cuestión. Del mismo modo, no se ha podido abarcar la consideración que tienen estas cuestiones cuando se trata de un reparto de beneficios llevado a cabo a través de personas jurídicas y no físicas. Existen aún supuestos más complejos, como las agrupaciones de empresas, que sobretodo en el ámbito de la construcción, suelen recurrir a este tipo de fórmulas jurídicas.

Con la intención que anunciábamos en la introducción de dotar de practicidad al trabajo se ha intentado acercarme a la problemática de las sociedades desde un punto de vista menos teórico. Esperemos que los ejemplos, aunque simples en apariencia, resulten ilustrativos y logremos extraer del plano teórico una cuestión con tal trascendencia práctica.

Bibliografía.

- BAGO ORIA, B., Dividendos encubiertos. El reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas. Civitas, Pamplona, 2010.
- BELTRAN SANCHEZ, E., ‘Los dividendos pasivos’, Editorial Civitas, Madrid. 1998.
- BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil, 22ªed., Tecnos, Madrid, 2015.
- CAMPUZANO, A., La acción social en el sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, en EMPARANZA SOBEJANO, A., (dir.) ‘Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital’, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ESTÉVEZ PARDO, M., Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GARCIA-MORENO GONZALO, J., El Aumento de Capital con cargo a Reservas en Sociedades Anónimas, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- IRIBARREN, M., ‘Los dividendos electivos o scrip dividends’. Revista de Derecho Mercantil, nº 284. 2012.
- IRIBARREN, M., ‘Pactos parasociales, dividendos encubiertos y transmisión de participantes’, Almacén de derecho, publicado 1 de noviembre de 2017, Última vista el 18 de junio de 2018
<http://almacenederecho.org/pactos-parasociales-dividendos-encubiertos-transmision-participaciones/>
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., ‘Derecho Penal Económico y de la Empresa’. 5ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.
- MASSAGUER FUENTES, J., Voz ‘Dividendo a cuenta’, Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995.
- OTXOA-ERRARTE, R., ‘La participación en la gestión de los socios de la SRL’, Revista de derecho de sociedades, nº2.
- RODRIGUEZ MARTINEZ, J., Presupuestos y efectos de la inscripción y la publicación. Los pactos reservados”, en derecho de sociedades anónimas, Civitas, Madrid, 1991.
- URÍA, R., Derecho Mercantil, 22ªed., Marcial Pons, Madrid, 1995.
- VEGA VEGA, J., ‘La Sociedad Anónima: Teoría y Práxis’. Editorial Tecnos, Madrid. 1997.
- VÉLAZ NEGUERUELA, J., ‘El resultado en las sociedades de capital’, Barcelona, 2002.
- ZURITIA VICIOSO, J., ‘La responsabilidad de los administradores’, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Vol., 10, de septiembre de 2015. Última visita el 18 de junio de 2018.

<https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf>

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 10 de octubre de 1996. Nº de recurso 3395/1992. Ponente EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de mayo de 1989. Ponente JOSÉ LUIS MARTÍN HERRERO.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 1998. Nº de recurso 472/1993, ponente ALFONSO GOTA LOSADA.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de diciembre de 1999. Nº de recurso 2298/1995, ponente ALFONSO GOTA LOSADA.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 17 de julio de 2016. Nº de recurso 6/2006, ponente JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 2 de febrero de 2017. Nº de recurso 1441/2014, ponente PEDRO JOSÉ VELA TORRES.

AUDIENCIA NACIONAL:

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2004. Nº de recurso 307/2002, ponente MARIA DE LA ESPERANZA CÓRDOBA CASTROVERDE. Fundamento Jurídico Quinto.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Nº de recurso 78/2013, ponente ANA ISABEL MARTÍN VALERO.

AUDIENCIA PROVINCIAL:

- Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 23 de mayo de 2011, Nº de recurso 55/2011, ponente SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de noviembre de 2016. (Sección 28ª) Nº de recurso 406/2016, ponente ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ.

NORMATIVA:

NACIONAL:

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. B.O.E. Núm., 289, de 16 de octubre de 1885.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. B.O.E. Núm., 206, 25 de julio de 1889.
- Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión

fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990. B.O.E. de 22 de diciembre de 1990.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. Núm., 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. B.O.E. Núm., 285, de 29 de noviembre de 2006.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. B.O.E. Núm., 161, de 3 de julio de 2010.
- 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. B.O.E. Núm., 184, de 2 de agosto de 2011.
- Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. B.O.E. Núm., 288, de 28 de noviembre de 2014.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. B.O.E. Núm., 288, de 28 de noviembre de 2014.

LEGISLACION DEROGADA:

- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. B.O.E. Núm., 310, de 27 de diciembre de 1989. Ley derogada.

OTROS DOCUMENTOS:

- Publicado 11 de mayo de 2015. <http://www.staff-legal.com/pactos-parasociales/>, Última visita el 18 de junio de 2018.