

Revista del Foro Canario



IMPRESA PÉREZ GALDÓS, S.L.U.
Profesor Lozano, 25 · El Sebadal
35008 Las Palmas de Gran Canaria
Islas Canarias · España
I.S.S.N.: 0211-0903
Depósito Legal: G.C. 258 · 1980

**“DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS
DERIVADOS DEL IMPAGO DEL DIVIDENDO
ACORDADO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN”**

Primer Premio del Vigésimo Primer Certamen del Premio de
Estudios Jurídicos “Foro Canario” 2005-2006,
del Ilustre Colegio Abogados de Las Palmas.

Don Nicolás Díaz de Lezcano Sevillano

Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
y Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Facultad de Ciencias Jurídicas,
perteneciendo al Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas

y

Don Jorge López Curbelo

Licenciado en Derecho

DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL IMPAGO DEL DIVIDENDO ACORDADO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS.
- III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA DEL DIVIDENDO ACORDADO.
- IV. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS:
 - REPARACION DEL DAÑO:
 - A. Introducción.
 - B. Examen del artículo 1.108 CC: insuficiencia del precepto en el ámbito mercantil.
 - 1. *Planteamiento.*
 - 2. *Criterios jurisprudenciales.*
 - 3. *Carácter y alcance restrictivo del artículo 1.108 CC.*
 - C. Supuestos legales de superación del límite del artículo 1.108 CC.
- V. PROPUESTA PARA UNA ADECUADA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR IMPAGO DE DIVIDENDOS ACORDADOS.
- VI. CONCLUSIÓN FINAL.
 - BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de todo socio a poder participar en las ganancias de la sociedad debe considerarse como uno de los derechos materiales más importantes inherente a la condición de accionista¹. El artículo 48 LSA al enumerar el conjunto de derechos que comporta toda acción otorga primacía al derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. Lógicamente, el reconocimiento de este derecho implica una mera expectativa a obtener la cuota-parte correspondiente una vez producidas las ganancias y acordado su reparto. De este modo, hay que distinguir entre el mero derecho a participar en las ganancias, que es un derecho corporativo, inconcreto y abstracto, sin contenido económico determinado y el derecho al dividendo en sentido estricto como auténtico derecho de crédito que atribuye al socio la participación en los beneficios cuyo reparto se haya acordado por la junta general² y que encuentra su causa última en el negocio jurídico fundacional³. En suma, es la junta la sede adecuada para la adopción del acuerdo de distribución de dividendos, de suerte que, una vez acordado, vincula al órgano de administración.

Las sociedades de capital, como tales personas jurídicas, deben tener una organización interna propia que viene establecida por normas legales imperativas e inderogables. La Ley determina los órganos que conforman la organización

de la sociedad, su ámbito competencial, así principios básicos de su funcionamiento. Por imperativo legal, toda sociedad anónima debe tener dos órganos: la junta general de accionistas y el órgano de administración. El primero de ellos es el órgano deliberante que reúne a los socios y que expresa mediante acuerdos la voluntad social. Nuestra LSA concibe a la junta como el órgano soberano por antonomasia de acuerdo con el artículo 93.1 LSA⁴. A este órgano se encomiendan, por su carácter soberano, los asuntos de mayor relevancia para la vida de la sociedad. Es cuestión pacífica en la doctrina convenir que la junta es la reunión de accionistas, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre asuntos sociales propios de su competencia. De esta definición se derivan una serie de características ínsitas en su propio concepto. Así, se trata primordialmente de una reunión de socios; por lo que la doctrina ha aceptado que la noción de junta requiere, como *conditio sine qua non*, la presencia de una pluralidad de sujetos, ya sean personas físicas o jurídicas. Lo que implica que, en rigor, no puede hablarse de junta sin la concurrencia de al menos dos miembros. Ahora bien, no debe desconocerse el hecho singular derivado de la conformación legal de las sociedades unipersonales en las que, como es lógico, no se da la presencia de varios accionistas a los efectos de constituir la junta, por lo que sus competencias, ante tal supuesto, corresponden al socio único, a *fortiori*⁵. Además, incluso en

1. Vid. GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, Madrid, 1953, p. 401; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas según la Ley de 17 de julio de 1951*, Valladolid, 1952, p. 200, quien califica el derecho al dividendo como el más importante de los derechos patrimoniales, y MASSAGUER, "Beneficio, reservas y dividendos en la sociedad anónima", *Noticias de la Unión Europea*, nº 152, sept., 1997, p. 49.

2. En tal sentido, pueden verse, entre otros, GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas* ..., cit., pp. 200 y ss.; ILLESCAS, *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, Sevilla, 1973, p. 100; *Ídem*, "El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte", *Derecho de los Negocios*, 1992 (21), pp. 30 y 31; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2003, p. 270. Sobre esta materia, la SAP de León 6-6-2004, JUR 2004\11320 puntualiza que excepto en los supuestos en que se haya consignado expresamente en los estatutos sociales, no se ha recogido en nuestra LSA la figura del derecho absoluto al dividendo, o dicho en otros términos, el derecho del socio a que de los beneficios se detraiga en todo caso un porcentaje para ser distribuido periódicamente como dividendo entre los socios. Es la junta general quien goza de plena libertad para resolver sobre la aplicación del resultado, pudiendo acordar o distribuir beneficios, a los socios, así como fijar su cuantía, respetando los límites generales y estatutarios (art. 93, 95, 212, 213 LSA) de acuerdo con su función de censura de la gestión social.

3. Así, GARCÍA-CRUCES, *Los dividendos a cuenta*, Madrid, 1991, p. 34 y MASSAGUER, "Beneficio...", cit., p. 49.

4. Vid. por todos, FERRI, *Le Società*, Turin, 1985, pp. 546; ss.; URÍA, MÉNENDEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho mercantil*, I, cit., pp. 867 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Madrid, 2004, pp. 351 y 352; VICENT CHULLA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2004, p. 357; IGLESIAS PRADA y GARCÍA DE ENTERRÍA, "Los órganos sociales de las sociedades anónimas y limitada", *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. Menéndez, Madrid, 2005, p. 360 y LÓPEZ CURBELO, "Algunas consideraciones en torno al art. 116 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989", *Actualidad Civil*, 1992, p. 319.

5. Respecto de la inscripción registral de acuerdos tomados en una junta general integrada por un sólo accionista, como consecuencia del fenómeno de la unipersonalidad sobrevenida, cfr. a resolución de la DGRN de 21-6-1990, que justifica la unipersonalidad al amparo de los siguientes argumentos: por un lado, se encuentran las exigencias del propio funcionamiento del sistema económico. Desde esta perspectiva, la sociedad unipersonal permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que ello resulte perjudicial -o, por lo menos, especialmente perjudicial en relación a las sociedades anónimas pluripersonales- para terceros. Por otra parte, la sociedad unipersonal subviene a importantes necesidades organizativas de la empresa. Abre la posibilidad del organicismos de terceros (artículo 71 II LSA); facilita la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y simplifica el proceso hereditario; permite autonomizar jurídicamente unidades empresariales, facilitando así su

sociedades con una pluralidad de socios podría un único accionista constituirse en junta y adoptar acuerdos si su participación accionarial le permitiera cumplir los correspondientes requisitos de quorum y de mayorías. Por un lado, estamos ante un órgano colegiado que precisa para poder actuar de manera válida que sean debidamente convocados todos sus miembros, lo que excluye las reuniones espontáneas⁶. De otro, la finalidad de este órgano es la adopción de acuerdos previa la necesaria deliberación o debate como medio indispensable para contrastar las distintas posiciones de sus miembros y alcanzar así, por confluencia, la voluntad de la sociedad a través del acuerdo logrado. Además, el principio básico de la mayoría impone que las decisiones de la junta se ajusten a esta premisa, para que se puedan adoptar válidamente los acuerdos relativos a los asuntos que figuren en el orden del día. Por ende, el ámbito de actuación de este órgano debe circunscribirse a los asuntos propios de la sociedad y cuya competencia le corresponda legalmente⁷.

En sentido jurídico estricto, cuando la junta general de la sociedad adopta el acuerdo de distribución de dividendos es el momento en que

nace a favor del accionista el derecho al dividendo acordado, que tiene la naturaleza de un verdadero derecho de crédito contra la sociedad, tratándose de un crédito de carácter pecuniario⁸. Tal es así que, una vez adoptado el acuerdo, éste tiene vida jurídica propia e independiente, de suerte que la sociedad no puede volver nuevamente sobre su propio acuerdo de distribución de beneficios, a fin de evitar el reparto posterior o para que se distribuyan sólo en parte⁹. La importante consecuencia que se deriva de todo ello es que la propia sociedad se convierte en deudora del dividendo frente al accionista desde el día en que la junta general acordó el reparto. Por ello, al ser aprobada la distribución del dividendo, el derecho del accionista a exigirlo queda sustraído al poder soberano de la junta, e indudablemente al del órgano de administración, dado que, insistimos, se trata de un derecho de crédito, cuyo titular exclusivo es el accionista¹⁰. En suma, debe reiterarse que la aprobación del acuerdo en junta hace surgir a favor del accionista un derecho de naturaleza crediticia frente a la sociedad para la percepción íntegra del dividendo acordado, como reiteradamente se ha reconocido por la jurisprudencia¹¹.

... transmisión; ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos de sociedades; etc. Y hay, en fin, exigencias del propio tráfico jurídico que reclaman el reconocimiento de la figura. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la prohibición de la sociedad unipersonal generaría una gran incertidumbre en el tráfico, puesto que el carácter unipersonal de la sociedad carece de publicidad y los terceros podrían verse en dificultades para saber a quien exigir el cumplimiento o la satisfacción de sus derechos. La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa. Dado que la Ley no efectúa un pronunciamiento expreso de inadmisibilidad y que no se advierte la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital, estas razones adquieren un peso decisivo en la construcción y desarrollo del derecho *praeter legem*.

6. Este carácter tiene su excepción en los casos de junta universal, según previene el art. 99 LSA. Sobre esta materia puede verse la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 27-10-1964 que consideró que la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta, de donde, a sensu contrario, claramente se infiere que si tales dos conjuntas circunstancias no se cumplen, no se entenderá convocada la Junta ni válidamente constituida, y, por ende, carecen también de validez los acuerdos que en ella se adopten. En el mismo sentido, la resolución de la DGRN del 30-4-1987 recalcó que estas notas "... son circunstancias imperativamente concurrentes".

7. Concepto y características de la junta general unánimemente admitidos por nuestra doctrina mercantilista, vid. URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, pp. 309 y 310.

8. Así, LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. I, Barcelona, 1950, p. 602; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas ...*, cit., p. 203; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, p. 241, insisten en la naturaleza crediticia de este derecho.

9. Sólo excepcionalmente cabría admitir una modificación ulterior del acuerdo de distribución de beneficios en sentido restrictivo si se verifica en el plazo que medie entre la fecha de la adopción del acuerdo y la fecha del reparto que la junta acordó repartir beneficios con base en un balance erróneo, como se admite en GARRIGUES y URÍA, *Comentarios...*, cit., p. 403.

10. Cfr. LANGLE, *Manual...* T. I, cit., p. 602; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas ...*, cit., pp. 202 y 203; SÁNCHEZ ANDRÉS, "Las acciones", *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, IV, dir. por Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1994, p. 128; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, I, p. 336; y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho...*, cit., p. 270.

11. Sin ánimo de exhaustividad, puede citarse la STS de 10-10-1996, (LSA 1951) que, respecto de la cuestión que se trata manifestó que el derecho abstracto al dividendo (art. 39 LSA) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta; los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad a reparto de dividendos...ha de adoptarse de forma explícita por el órgano democrático y soberano de la sociedad, cual es la Junta General, reunida con la observancia de las forma-

Según lo señalado, la deuda de la sociedad frente al socio es de naturaleza pecuniaria¹², pues así se desprende del propio art. 216 LSA al regular las cantidades a cuenta de dividendos. Se trata, en rigor, de una deuda de cantidad como se reitera en el art. 217 LSA al imponer la devolución con intereses de los dividendos incorrectamente pagados, lo cual es consustancial a toda obligación dineraria¹³.

Una vez expuesta la importancia del derecho del accionista sobre el dividendo acordado es indispensable precisar la compleja cuestión de la naturaleza jurídica de la adopción del acuerdo de distribución de dividendos.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

Como es sabido, el concepto y la naturaleza de los acuerdos sociales son cuestiones con un

origen ajeno al derecho mercantil¹⁴. La propia doctrina mercantilista suele ubicar el estudio de este punto en relación con los hechos, actos y negocios jurídicos¹⁵. En términos generales, el acuerdo social supone una declaración de voluntad formada por los votos de la mayoría o, en algún caso, de la totalidad de los miembros de la junta¹⁶. Pero, ello no conlleva identidad entre voto y acuerdo: el acuerdo precisa, por regla general, una pluralidad de votos y una vez emitidos el acuerdo adquiere entidad propia¹⁷. Aunque, también, puede indicarse otra diferencia entre acuerdo y voto, el voto supone una declaración de voluntad de *primer grado*, y el acuerdo es una declaración de voluntad de *segundo grado* que requiere la necesidad de expresar la declaración individual en el voto, de donde surge el acuerdo por la transformación de las declaraciones de *primer grado* en una declaración de la colectividad¹⁸. Esa alteración se produce por el

... lidades que marca la propia Ley; la norma de naturaleza fiscal no puede sustituir la sustantiva de superior jerarquía; la sentencia de esta Sala de 30 noviembre 1971 (RJ 1971\5019) ya decía que el art. 107 LSA «no concede al accionista derecho a reclamar directamente aquellos dividendos que no han sido acordados por la Junta General, sino sólo los acordados por la misma. En parecidos términos se pronuncian las SSTs de 19-4-1997, 30-1-2000, y 30-1-2002. Dentro de los pronunciamientos dictados por las Audiencias Provinciales puede destacarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23-7-2001. JUR 2001\310136, en donde se advierte que: "el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales -art. 48.2.a del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737); RCL 1990, 206- y, por consiguiente, al percibo de los dividendos cuyo reparto se haya acordado, es uno de los más importantes que corresponden al socio como titular legítimo de la acción".

12. Vid. GARRIGUES, «El dinero como objeto de la actividad bancaria», en *RDM*, 1958, pp. 7 y ss. Desde una perspectiva más general, la doctrina tradicionalmente ha considerado que la deuda pecuniaria no se dirige a la prestación de determinadas monedas ni siquiera a la prestación de una cantidad de determinadas especies monetarias, sino que el objeto de la deuda pecuniaria es más bien el valor de la cantidad debida: las deudas pecuniarias son deudas de valor. En tal sentido, vid. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Vol. I, Barcelona, 1933, p. 36. Un punto de partida básico en la materia puede verse en SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, pp. 403 ss.

13. La naturaleza dineraria que conlleva la restitución del dividendo indebido se destaca en SÁNCHEZ ANDRÉS, "Las acciones",..., cit., p. 125.

14. La teoría del acuerdo fue elaborada por los canonistas medievales, vid. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, p. 71 y ss.; GALGANO, *El Negocio Jurídico*, trad. por Blasco y Prats, Valencia, 1992, p. 239; y MOTTA MONREAL, "Los acuerdos sociales en las Sociedades de Responsabilidad Limitada", *AAMN*, XXI, 1978, pp. 55 y 56.

15. Vid., por todos FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, "voz: Acuerdo Social", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p. 224.

16. En el mismo sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1985, p. 253; y WINNEFELD, "Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluss, ihre Rechtsnatur und Behandlung", *Der Betrieb*, nº 22, 1972, p. 1056. En cambio, el acto, como tal, supone una mera manifestación de voluntad, cfr. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, París, 1990, p. 396. Vid., igualmente sobre este punto el completo estudio de DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, *Los acuerdos del consejo de administración*, Barcelona, 1999, pp. 90 y ss.

17. No se puede hablar de acuerdo cuando hay una sola voluntad, como en el caso del accionista único, aunque éste ceda parte de sus acciones a los testaferros; así, GARRIGUES, "Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas", *RDM*, 1946 p. 419. A este respecto, el art. 127 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, utiliza el término "decisiones", en referencia a los actos del socio único. En igual sentido, ARANGUREN URRIZA, "Sociedad unipersonal de Responsabilidad Limitada", *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, II, dir. Garrido de Palma, Madrid, 1996, p. 1.442 y ss., especialmente 1.444; BOQUERA MATARREDONA, *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, p. 124 y ss.; CALAVIA MOLINERO y CABANAS TREJO; *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Comentarios de urgencia a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1995, p. 755; ESTURILLO, *Estudio de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, p. 657; JIMENEZ SÁNCHEZ y DIAZ MORENO, "La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada", *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, XIV, vol. 5º, dir. Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1998, p. 151 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ, "La Sociedad de capital unipersonal", *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, II, coor. por Rodríguez Artigas, García Villaverde, Fernández de la Gándara, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Madrid, 1996, p. 1154 y ss.

juego del principio mayoritario que permite, en la adopción de la voluntad colectiva, relegar las posturas minoritarias en favor de las mayoritarias, ya que se parte de la premisa según la cual la postura mayoritaria es la más adecuada para la sociedad¹⁹. El acuerdo, en cuanto tiene su origen en la declaración de voluntad de los miembros de la junta, presupone la existencia de un elemento corporal que, como cualidad propia e inseparable de la persona física, no puede reconocerse a la persona jurídica²⁰. El atribuir a las personas jurídicas voluntad propia no es más que una metáfora que surge del hecho cierto de que en el acuerdo se pueden distinguir diferentes aspectos: la imputación jurídica, la imputación psicológica y la legitimación subjetiva²¹. Una vez adoptado el acuerdo, con las mayorías necesarias y conforme al procedimiento previsto, es imputable psicológicamente a los miembros del órgano, pero la imputación jurídica y la legitimación subjetiva corresponden a la sociedad, en consecuencia, a todos los miembros asistentes, cualquiera que hubiese sido el sentido de su

voto, e incluso a los ausentes²².

Por las razones expuestas, el acuerdo de distribución de dividendos, debidamente adoptado, pasa a ser vinculante para la junta y para la sociedad a la que ésta pertenece. Sin embargo, hablar de acuerdo de la sociedad no es más que un tópico, una simplificación excesiva del lenguaje que identifica el acuerdo con el órgano social al que pertenecen las personas físicas que lo adoptaron²³.

El acuerdo tiene su origen en una declaración de voluntad y dará lugar a un negocio jurídico, si esa declaración de voluntad tiene por objeto producir efectos jurídicos y autorregularlos²⁴. Pero, en ningún caso, el acuerdo social puede ser considerado contrato, toda vez que, en aquél, no hay partes contratantes, sino personas concurrentes a su formación. La decisión de la mayoría se impondrá a la minoría ausente o disidente sin su consentimiento, mientras que los contratos sólo extienden sus efectos a las personas que hayan prestado su consentimiento, es decir requieren

18. Esto no plantea dudas en los supuestos de voto a favor, en contra, en blanco o abstención, pues en todos ellos hay una manifestación de voluntad, aunque sea tácita como en la abstención, en cambio, en caso de ausencia, el acuerdo se forma por el juego del principio mayoritario y con arreglo al cual se hace obligatorio, incluso para el ausente, cfr. GALGANO, *El Negocio...*, cit., p. 239.

19. Cfr. CABRAS, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle Società di capitali*. Turín, 1995, p. 239; COLUSSI y ZATTI, *Diritto Commerciale*, Pádua, 1990, p. 145; MEJÍAS GONZÁLEZ, "La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas", *RGD*, 1952, p. 74. Pero, lo que no se puede es desconocer las posturas minoritarias, de forma que sólo participen en la adopción del acuerdo los miembros que constituyan la orientación mayoritaria, ya que el acuerdo social no equivale directamente a la declaración mayoritaria, los minoritarios han de ser oídos en la formación del acuerdo, así. DONATI, *L'invalidità della deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, Milán, 1937, p. 47.

20. Cfr. TRIMARCHI, *Invalitità delle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, Milán, 1958, p. 19.

21. En este sentido, GALGANO, *El Negocio...*, y loc. cit.; MINERVINI, "Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, pp. 943 y 944.

22. Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, "Impugnación de los acuerdos de la Junta General", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, II, coor. Ignacio Arroyo y José Miguel Embid, Madrid, 1997, p. 607; DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, p. 71; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1971, p. 109; PALA LAGUNA, E. y PALA LAGUNA R, "Impugnabilidad del acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, de formulación de las cuentas sociales", *RdS*, nº 9, 1998, pp. 299 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, "Administradores" en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV, Madrid, 1994, p. 426.

La nota típica y característica del acuerdo social es su sujeción a un procedimiento predefinido, así lo han destacado: CHIAPPETTA, "La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi", *Giur. Comm.*, 1990, -I, p. 270; FARENKA, "La deliberazione di società como atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza", en *Riv. dir. comm.*, 1978-I, p. 192; ESTEBAN VELASCO, "Configuración estatutaria del órgano de administración", *Derecho de la Sociedad Anónima-I*, Coor. Alonso Ureba, Duque Domínguez, Esteban Velasco, García Villaverde y Sánchez Calero, Madrid, 1991, p. 366; FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge et all'atto costitutivo*, Milán, 1993, p. 47; VICENTE Y GELLA, *Curso de derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1960, p. 194.

23. No es una cuestión de voluntad propia, se trata de una cuestión de eficacia legal de la voluntad de individuos dentro de un grupo, así HERNÁNDEZ MARTÍ, "Órganos de la sociedad Anónima", *RGD*, 1991, p. 2951. En caso de no adoptarse debidamente, no podemos hablar más que de una pluralidad de declaraciones individuales.

24. Vid. GALGANO, *El Negocio...*, cit., p. 239; GARRIGUES, "Nulidad e impugnabilidad...", cit., p. 419; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, cit., p. 279; HERNÁNDEZ MARTÍ, "Órganos...", cit., loc.; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1974, p. 240; VICENT CHULIÁ, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Vol. 1º, Barcelona, 1991, p. 510. Se tratará de un negocio jurídico normalmente y en algún supuesto de un acto jurídico, cfr. BALTZER, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Colonia, Berlin, 1965, p. 177; RENKL, *Der Gesellschafterbeschluss*, Stuttgart, Berlin, Colonia, Mainz, 1982, p. 76; SCHILLING, *Das Vollmachtstimmercht der Aktiengesellschaft in der eigenen Hauptversammlung*, Munich, 1975, p. 263; WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1980, p. 179.

unanimidad. En cambio, el acuerdo social se adopta por votación, sin que se produzcan intercambios de voluntades como sucede en el contrato²⁵. Además, con las debidas cautelas y respetando los derechos adquiridos, el acuerdo podría ser revocado²⁶. Es un negocio jurídico: *unilateral*, en cuanto que no es necesaria la concurrencia de partes contrapuestas, y *plurisubjetivo* o *colectivo*, dado que necesita una pluralidad de las declaraciones de voluntad que se disponen paralelamente, sin combinarse entre sí, aunque no *plurilateral* en el sentido de requerir partes contrapuestas, toda vez que la distinción entre negocios unilaterales y plurilaterales radica, no en la existencia de intereses paralelos o contrapuestos, sino en la posición jurídica que ocupan las partes²⁷. Es por ello por lo que en las sociedades unipersonales se habla de decisiones y no de acuerdos. En el acuerdo social, éstas tienen la misma posición, mientras que en los negocios bilaterales o plurilaterales ocupan posiciones jurídicas diversas²⁸. El acuerdo de distribución implica, además, un negocio jurídico unitario, pues, aunque surge de una pluralidad de declaraciones individuales, como son los votos de los miembros de la junta, da lugar a una sola voluntad²⁹. También, presen-

ta la nota de ser no recepticio, ya que no va dirigido a los otros partícipes del acto, y la de su carácter heterogéneo, pues las declaraciones de voluntad que concurren a su formación no tienen por qué ser necesariamente iguales y coincidentes, toda vez que los accionistas concurren con criterios diferentes, cuya función no es otra que adoptar decisiones comunes en asuntos de interés colectivo.

En conclusión, podemos afirmar que los acuerdos sociales, en general y, en concreto, el de distribución de dividendos, son predominantemente negocios jurídicos, alguna vez acto, unilaterales, colectivos y no recepticios³⁰.

La adopción por la junta del acuerdo de distribución de dividendos, no constituye una excepción a lo señalado, pues requiere el cumplimiento del procedimiento establecido al efecto³¹. Procedimiento que con arreglo al principio colegial resulta casi inalterable como cauce adecuado para proteger los intereses en concurso, con la excepción del caso de la sociedad unipersonal.

25. Así, la actuación por mayoría se opone a los principios del derecho privado contractual ya que nadie puede disponer de la autonomía ajena sin tener su representación, vid. MOTTA MONREAL, "Los acuerdos sociales...", *cit.*, p. 57. En el mismo sentido, en relación con la impugnación de los acuerdos de la junta, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre de 1975 negó la vía especial de impugnación para solicitar la ineficacia de un contrato celebrado en nombre de la Sociedad, por ser el acuerdo y el contrato dos figuras con naturaleza jurídica distinta.

La doctrina italiana defiende la separación entre acuerdo y contrato, vid. por todos BRUNETTI, *Trattato del Diritto delle Società. Società per azioni*, II, Milán, 1948, pp. 324 y ss.; CHIAPPETTA, "La partecipazione...", *cit.*, p. 270; CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milán, 1975, p. 103; FERRO-LUZZI, *La conformità...*, *cit.*, p. 47; GALGANO, "L'atto giuridico come categoria ordinante del diritto privato." *Rivista Contratto e Impresa*, 1990, p. 1005. Pero es quizás la doctrina alemana la que con mayor rotundidad niega a los acuerdos el carácter de contratos, vid. por todos, SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Colonia, Berlin, Bonn, Munich, 1991, p. 325; STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1975; 2194 y ss; y WINNEFELD, "Stimmrecht...", *cit.*, p. 1056.

26. Los acuerdos sociales son siempre revocables, mientras que los contratos raramente pueden dejarse sin efecto por la voluntad de una sola de las partes, a excepción del desistimiento unilateral reconocido en diversos contratos como el de agencia, obra entre otros cfr. CHIOMENTI, *La revoca...*, *cit.*, p. 212 y ss.; COTTINO, *Diritto Commerciale*, vol. I, Pádua, 1976, p. 486; FERRI, *Le Società*, *cit.*, p. 660; MARULLI, "Assemblea", *Le Società per azioni*, II, vol. 1º, *Gli organi il controllo giudiziario*, dir. por Cavalli, Marulli y Silveti, Turín, 1996, pp. 263 y 264.

27. Cfr. GARRIGUES y URÍA, *Comentario...*, *cit.*, II p. 152; URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, "La Junta General de accionistas", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1992, p. 50; PÉREZ OCAÑA, "La acción e nulidad de los acuerdos sociales en la ley de Sociedades Anónimas y los criterios de armonización del derecho comunitario", AC, nº 25, junio 1992, p. 367. En sentido opuesto, VICENTE y GELLA, *Las resoluciones de la Asamblea General de una Sociedad Anónima*, Zaragoza, 1932, pp. 24 y 35.

28. Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I: Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid, 1992, p. 74. En el derecho comparado podemos destacar a DONATI, *L'invalidità...*, *cit.*, p. 35; SCHILLING, *Das Vollmachtstimmrecht...*, *cit.*, p. 263; SCHMIDT, *GrossKommentar Aktiengesetz*, T. I, Berlin, 1961, p. 325; WINNEFELD, "Stimmrecht, Stimmabgabe...", *cit.*, p. 1056.

29. Cfr. GARRIGUES, "Nulidad e impugnabilidad...", *loc. ult. cit.*; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, *cit.*, p. 278.

30. Así, MERCADAL y JANIN, *Memento Lefebvre. Societes commerciales*, Paris, 1990, nº 3736, consideran los acuerdos sociales como *toda decisión de voluntad emanada de una sociedad comercial destinada a producir efectos de derecho* (cursiva nuestra). En sentido similar, vid. sent. de la Corte de Casación italiana de 17 de noviembre de 1994 recogida por CABRAS, *La forma d'impresa...*, *cit.*, p. 248.

31. Vid. CABRAS, *La forma d'impresa...*, *cit.*, p. 207; CHIAPPETTA, "La partecipazione...", *cit.*, p. 270; FARENGA, "La deliberazione...", *cit.*, p. 192; FERRO-LUZZI, *La conformità...*, *cit.*, p. 47; SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, *cit.*, p. 639; TROMBETTA, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, Rimini, 1965, p. 190.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA DEL DIVIDENDO ACORDADO

Es indiscutible que cuando los administradores vulneren los derechos que corresponden a los accionistas deben responder frente a ellos de los daños que directamente les irroguen. Este principio general tiene mayor razón de ser cuando lo que se infringe es el abono al accionista de su derecho al dividendo que previamente había sido aprobado por la junta general de la sociedad, dada la trascendencia que para el mismo tiene este derecho, como se ha expuesto anteriormente. En efecto, si en toda sociedad de carácter mercantil goza el socio de un genérico derecho a participar en los beneficios sociales, la naturaleza capitalista de la sociedad anónima implica que el derecho al dividendo aprobado se intensifica en mayor grado, si cabe, pues el mismo se halla en directa correspondencia con el fin lucrativo y el *intuitu pecuniae* insitos en todo accionista. Ha de insistirse en que este derecho lo ejerce el accionista frente a la sociedad, no como socio, sino como si se tratara de un tercero.

Si los administradores rechazaren satisfacer al accionista el importe del dividendo cuya entrega ya hubiere sido objeto de acuerdo en junta, es incuestionable que los mismos incurrirían en un acto ilícito, excediéndose notablemente de los límites de sus facultades legales y estatutarias. En tal sentido, parece, *prima facie*, que la acción de indemnización que pudiere plantear el accionista lesionado se encuadra en el ámbito de la acción individual de responsabilidad regulada en el artículo 135 LSA³².

La interpretación del artículo 135 LSA, en cuanto cauce de remisión al derecho reparador

de daños y perjuicios, es concorde con lo que sucede en algunas legislaciones extranjeras de nuestro entorno, así, la exégesis que se ha dado al artículo 2.395 *Codice civile* ("Acción individual del socio y del tercero: Las disposiciones de los artículos precedentes no perjudican el derecho al resarcimiento del daño que corresponda al socio individual o al tercero que hayan sido directamente dañados por actos culposos o dolosos de los administradores") que es un precedente del vigente artículo 135 LSA. De igual manera, aunque no constituya Derecho positivo vigente³³ conviene resaltar por su trascendencia a estos efectos que el artículo 19 de la Propuesta de Quinta Directiva establece que "las disposiciones de los artículos 14 a 18 (que regulan la acción social de responsabilidad) no limitan en absoluto la responsabilidad de los miembros de los órganos sociales respecto a terceras personas, conforme a las disposiciones generales del Derecho civil contempladas en las legislaciones nacionales"³⁴.

En este supuesto, el accionista perjudicado tiene derecho a dirigirse directamente contra todos los administradores para reclamarles la indemnización de los daños que por incumplimiento de la entrega del dividendo ha sufrido. El cauce adecuado lo será a través de una acción individual y personal dirigida a la reparación del daño causado a sus intereses, como una manifestación más del principio general de responsabilidad al que alude el art. 1.902 CC³⁵.

Tradicionalmente, un amplio sector doctrinal ha entendido que la naturaleza de la responsabilidad a que se refiere el art. 135 LSA es extracontractual³⁶. Por su parte, en el Derecho italiano, la doctrina ha destacado que, a diferencia de la responsabilidad del art. 2.392 *Codice civile* donde la naturaleza de la responsabilidad es contractual,

32. Abunda en esta línea argumental nuestra doctrina mayoritaria, con ocasión de los comentarios al artículo 81 del antiguo texto de la LSA: *vid.* por todos GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 203 y ss; GARRIGUES y URÍA, *Comentario...*, II, p. 159 y VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y Concordancias*. Madrid, 1974, p. 391. Más recientemente, puede verse SANCHEZ CALERO, "Administradores...", cit., p. 328.

33. La elaboración de la Directiva sigue el mismo que iter que el Reglamento, de modo que será normalmente el Consejo quien, siguiendo el procedimiento habitual, las dicte a propuesta de la Comisión y después de haber consultado al Parlamento y al Comité Económico y Social. Una vez aprobada la Directiva, al igual que las Recomendaciones, son actos obligatorios sólo en lo tocante a los fines perseguidos, por lo que su incumplimiento permitiría el ejercicio de acciones ante el Tribunal de Justicia en los términos del artículo 169 del T. CEE. Sólo excepcionalmente, una Directiva podría producir derechos individuales en beneficio de los sujetos de derecho de los Estado miembros, bajo unas determinadas condiciones que permitirían su aplicación directa ante las jurisdicciones nacionales, como se expresa en CEREXHE, *Le Droit Européen*, Lovein, 1979, p. 245; y MOLINA DEL POZO *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 2002, p. 521 y ss.

34. Para una visión actualizada en la doctrina sobre la interpretación del art. 135 LSA, *cfr.* ALFARO ÁGUILA-REAL, "La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales", *RdS*, 2002, p. 49.

35. *Vid.* POLO, "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima" en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1992, p. 371 y URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, I, cit., p. 916.

36. *Vid.*, por todos: VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I, 1º, cit., p. 660; ALFARO ÁGUILA-REAL, "La llamada acción...", cit., pp. 74 y 75 y PARRA LUCÁN, "Responsabilidad civil de administradores de sociedades" en *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, 2003, p. 1.403.

la responsabilidad derivada del art. 2.395 Codice civile –homólogo, *mutatis mutandis*, del art. 135 LSA–, es extracontractual³⁷.

En cualquier caso, con independencia de la corriente doctrinal que se siga sobre la naturaleza, contractual o extracontractual, de dicha responsabilidad³⁸, es lo cierto que el artículo 135 LSA, por el carácter de la acción que regula, obliga a que se resarzan los daños y perjuicios que se causen al socio que no ha cobrado el dividendo acordado y, aunque, en principio, es indiferente que tal resarcimiento lo sea por la culpa contractual, a que obliga el artículo 1.101 CC, o por la extracontractual, basada en el artículo 1.902 CC existe alguna cuestión práctica cuyo resultado definitivo sí que depende de la naturaleza que se otorgue a tal clase de responsabilidad. En efecto, en el supuesto particular del impago del dividendo acordado cobra cierta importancia precisar la naturaleza de la responsabilidad de los administradores a los efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción, pues no es equiparable la acción individual del socio que se funda en culpa contractual y la acción individual de un tercero por culpa extracontractual. Si se trata de la conculcación de un derecho individual reconocido en la Ley o en los estatutos, como el impago del dividendo acordado del accionista, los administradores tienen que respetarlo, por lo que en caso contrario la doctrina ha admitido que la responsabilidad tiene base contractual³⁹. El plazo de prescripción de la acción se reconduciría a lo establecido en el artículo 949 C. de Cm., esto es, cuatro años desde que cesaren en el ejercicio de la administración⁴⁰. En cambio, si se trata de una acción individual de un tercero por culpa extracontractual, el plazo aplicable sería el general de un año a contar

desde que el agraviado tuvo conocimiento (artículo 1.902 CC). De todos modos, al margen de esta puntual cuestión relativa a la prescripción, puede afirmarse, en términos generales, que la acción que trae causa del artículo 135 LSA se configura como una acción indemnizatoria personal, mediante la cual el accionista a quien los administradores le han denegado indebidamente el pago del dividendo acordado intenta defenderse a fin de restaurar su patrimonio.

El carácter resarcitorio de esta acción individual de responsabilidad implica, por ello, que el ejercicio de la misma se subordine a la existencia de un daño directo, que el acto lesivo sea realizado por los administradores en el ejercicio de sus funciones, que se trate de un acto cuya ilicitud derive del incumplimiento de preceptos legales o estatutarios, o de la simple culpa por falta de la diligencia con la que se debe desempeñar el cargo y, por supuesto, que exista relación de causa-efecto entre el acto ilícito de los administradores y el daño sufrido por el accionista perjudicado. Basta, pues, una simple culpa por una conducta, hechos, actos u omisiones, de los administradores alejada del standard de conducta exigible, que es la propia de un ordenado comerciante y representante leal que de lugar a un daño, como impone el artículo 127 LSA⁴¹. El indebido impago al socio del dividendo ya acordado en junta constituye, por la transgresión que implica de la propia LSA y de los estatutos sociales, una grave infracción y, por ende, una conducta muy alejada del mínimo deber de diligencia que la Ley impone a los administradores⁴².

La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de que el accionante perjudicado pruebe la concurrencia del daño y el nexo causal entre la conducta de los administradores y la lesión sufri-

37. Cfr. FERRI, *Le società*, cit., p. 726; BELLEZA y GUBITOZI, *La nuova disciplina del diritto societario*, Piacenza, 2003, p. 170.

38. En esta línea, un significativo sector doctrinal ha abogado por la superación de esta distinción dada su irrelevancia: en tal sentido puede verse GIRÓN TENA, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español", ADC, 1959, p. 446. En GARRIGUES y URÍA, *Comentarios...*, T. II, cit., pp. 124 y 159 se sostiene que la responsabilidad ya no se funda en la calificación de los administradores como mandatarios, ni tiene carácter contractual alguno y que carece de importancia práctica la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores, es decir, si se trata de una responsabilidad por culpa contractual o por culpa extracontractual, por lo que la cuestión carece de importancia práctica. Vid. también, en parecidos términos, QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, Valladolid, 1985, p. 141.

39. Cfr. GARRIGUES y URÍA, *Comentarios...*, T. II, cit., pp. 161 y 162. Más recientemente se ha sostenido la misma postura en POLO, "Los administradores...", cit., pp. 379 y 380.

40. Sin embargo, comoquiera que la producción del daño es presupuesto del ejercicio de la acción, parece acertado entender que el cómputo del plazo de cuatro años debería iniciarse desde el momento en que se produce el daño, tal como se apunta en SUÁREZ LLANOS, "La responsabilidad por deudas de los administradores de una sociedad anónima", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II, Madrid, 1997, pp. 2.481 y ss. Un supuesto concreto de aplicación de la acción contenida en el artículo 949 C. de Cm. puede verse en la STS de 3-2-1962.

41. Téngase en cuenta que la legislación anterior exigía para determinar la responsabilidad del administrador la concurrencia de malicia, abuso de facultades o negligencia grava, vid., art. 79 LSA de 17 de julio de 1951.

42. Así, se advierte en BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas. Las acciones*, T. III, Madrid, 1970, p. 141, que la culpa consiste en el incumplimiento.

da, (SSTS de 21-9-99, 30-1-01 y 30-03-00, que exaltan la naturaleza resarcitoria de la acción entablada). Lo que el perjudicado reclama, pues, es la indemnización individual en virtud del daño causado, del que responderán personal y solidariamente todos los administradores. De este modo, ha de encauzarse el resarcimiento de los daños directos que el perjudicado ha sufrido en su patrimonio como consecuencia del incumplimiento del deber mínimo de diligencia que la Ley impone a los administradores al no haberle satisfecho el dividendo del que era acreedor.

La cuantificación del daño que se ha ocasionado al socio por el impago del dividendo aprobado y sus consecuencias es una cuestión que ha de examinarse a la luz del derecho de daños, debidamente matizada con las pautas jurisprudenciales que en ese campo se han ido fijando⁴³. La jurisprudencia es unánime en la exigencia de daño para que surja la responsabilidad del administrador. Por daño, ha de entenderse una efectiva disminución del patrimonio, cuya valoración tiene que computarse desde el momento en que el dividendo debió haber sido satisfecho con arreglo a lo acordado en la junta correspondiente. La determinación del daño se obtiene por la diferencia entre el valor actual del patrimonio del accionista afectado y el que tendría si se hubiera producido el pago del dividendo acordado en tiempo y forma⁴⁴.

En términos generales, resulta aplicable al ejercicio de la acción individual de responsabili-

dad la teoría general sobre el daño, teniendo en cuenta que el concepto jurídico de daño es totalmente diferente al de débito o deuda, por lo que para determinar el daño emergente producido en este caso ha de acudirse a la doctrina del artículo 1.101 CC, ("quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas") prevista para los supuestos de violación del derecho de crédito, en que, como en la cuestión que se analiza, se modifica la obligación primitiva, transformándola en indemnización de daños y perjuicios.

Expresamente, el artículo 135 LSA se refiere a una indemnización, y, como es sabido, tal concepto abarca tanto a los daños como a los perjuicios ocasionados por la actuación de los administradores en el ejercicio de su cargo. Así lo corrobora el artículo 1.106 CC, cuando señala que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. En suma, ambos conceptos, daño emergente y lucro cesante, son originados por el incumplimiento de los administradores de su función básica de hacer efectivo el pago del dividendo acordado en junta. Tanto uno como otro aspecto del daño sufrido han de integrar el quantum de la indemnización debida al accionista⁴⁵.

43. En parecidos términos puede verse SÁNCHEZ CALERO, "Administradores...", *cit.*, p. 246.

44. Al respecto, pueden mencionarse las SSTS de 12-4-1989, 13-2-1990, y 5-3-1992. En esta última se nos refiere un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión tratada, que por su claridad reproducimos literalmente: "Esta Sala de casación ha de abundar en el criterio del Tribunal de apelación en ese sentido, criterio que no es otro que el derivado de reiterada jurisprudencia, cuyos principales puntos pueden considerarse: a) Que no puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados de contrato ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados. b) Esta prueba de los daños incumbe al acreedor reclamante de la indemnización [sentencias, entre otras, de 2-2 y 6-5 de 1960 (RJ 1960\1716), 6-10-1961 (RJ 1961\3592) y 11-3-1967]. c) La determinación de la existencia o de la cuantía de los daños puede quedar excluida del aludido rigor de prueba cuando en contrato previo se haya pactado para el caso de incumplimiento una cantidad alzada que el infractor haya de satisfacer al perjudicado en concepto de indemnización de daños (supuestos de la llamada cláusula penal, arts. 1152 y ss. Código Civil) o cuando de los hechos demostrados se deduzca fatal y necesariamente la existencia de daño, en cuyo caso tampoco se requiere prueba del mismo, como han reconocido, entre otras, las SS. de 2-4-1960 (RJ 1960\1269) y 28-4-1969 (RJ 1969\2234); supuestos que no son contemplados en estas actuaciones. d) La declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de la sentencia, puesto que el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil presupone la necesidad de que las partes prueben en el proceso declarativo y el Juez investigue y estime en la sentencia la existencia de una infracción contractual o de un acto ilícito y la de los daños y perjuicios causados realmente; doctrina aplicable tanto a la culpa contractual como a la extracontractual [SS. 17-2-1951 (RJ 1951\992), 22-5-1984 (RJ 1984\2500) y otras muchas]. Es inadmisibles que al respecto se fijen unas bases, como hizo la sentencia de primera instancia, dirigidas no a cuantificar daños sino a determinar su existencia defiriendo el problema para ejecución de sentencia. e) Por último, interesa para esta litis, donde la Sala «a quo» ha hecho una rotunda declaración de que no consta probada la existencia de los daños, señalar el criterio jurisprudencial, también muy seguido, de que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios lo son de hecho y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador de instancia, a no impugnarse eficazmente en casación por error en la apreciación de la prueba fundado en el núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los requisitos en el mismo precepto exigidos; impugnación que, si bien se ha intentado en este recurso, no ha tenido éxito, según se razona en el anterior fundamento jurídico segundo. Todo lo expuesto corrobora la desestimación de motivo...".

45. En los daños patrimoniales, como se advierte en LARENZ, *Derecho de obligaciones*, V. I. (versión española y notas de Santos Briz), Madrid, 1958, p. 207, no sólo ha de computarse la disminución que sufra el perjudicado en

El planteamiento expuesto en materia de deudas pecuniarias, como es el caso del derecho al dividendo acordado, ha sido resaltado por algún sector de la doctrina mercantilista al destacar, en términos generales, las connotaciones económicas específicas del tráfico mercantil, en las que el mero retraso en el cumplimiento de este tipo de obligaciones produce por sí sólo un enriquecimiento injusto del deudor⁴⁶, con el consiguiente daño para el acreedor⁴⁷. A fin de intentar subsanar tales anomalías, la jurisprudencia ha considerado conveniente ponderar la aplicación de determinadas pautas compensatorias en los supuestos de incumplimiento en el pago de obligaciones mercantiles pecuniarias, independientemente de la consideración de la mora, con objeto de evitar enriquecimientos injustos a favor del deudor y en perjuicio del acreedor, que sería el accionista preterido en la entrega de los dividendos sociales aprobados⁴⁸.

IV. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: REPARACIÓN DEL DAÑO

A. Introducción

Los artículos. 133 y 135 LSA, tal como expusimos más arriba, imponen en caso de responsabilidad de los administradores la obligación de reparar el daño que causen. Corresponde ahora concretar el alcance real de la indemnización exigible a los administradores de la sociedad al

amparo de la acción individual de responsabilidad derivada de los preceptos mencionados.

La doctrina, de manera pacífica, tal como se anticipó más arriba, suele admitir un concepto meramente objetivo del daño, que en un sentido amplio se caracteriza como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su patrimonio, lo que presupone la contravención de una norma jurídica⁴⁹. Igualmente, en el derecho comparado, tanto la doctrina francesa, como la italiana admiten el criterio de que el daño deriva de la efectiva disminución del patrimonio y consiste en la diferencia entre el valor actual de los bienes materiales del acreedor y el valor que tendrían de haberse cumplido la obligación exactamente⁵⁰. Pero, además del daño en sentido estricto, debemos incluir en la obligación de reparación la satisfacción del perjuicio sufrido. Esto es, no la disminución patrimonial derivada de la conducta del agente, sino la ganancia lícita que deja de obtenerse o los deméritos o gastos que se ocasionan por un acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar junto con el daño o detrimento material causado de manera directa. Particularmente interesante resulta la referencia al Derecho alemán en esta materia, dado que el parágrafo 252 BGB regula con precisión la figura del lucro cesante, al exigir que la indemnización incluya también el lucro cesante, entendiéndose como aquél que proba-

... sus bienes patrimoniales existentes, sino también cuando no tenga lugar el aumento patrimonial que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la responsabilidad.

46. Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho...*, cit., p. 219.

47. En el área del *common law*, ha de señalarse que el Derecho inglés reparador de daños no está codificado, sino que, como es sabido, se basa en el precedente judicial (*judge-made*). Sólo a partir de 1991, el Derecho inglés reconoció la figura del enriquecimiento injusto con ocasión del caso *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, en que se aplicó el principio general del *reversing unjust enrichments*. Por su parte, el Derecho de los Estados Unidos ha adoptado el mismo principio a raíz del acogimiento de la *Restatement of the Law of Restitution* en 1937. También, el Derecho canadiense, desde 1954; así como, el Derecho australiano, a partir de 1986, se atienen a similar criterio. Para una exposición más detallada de la cuestión, vid. BEATSON y SCHRAGE, *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Oxford, Portland, Oregon, 2003, pp. 31 y ss.

48. Un ejemplo particularizado de esta problemática se analiza (con ocasión de la responsabilidad impuesta a quien era administrador único de la entidad mercantil, al tiempo que su único socio, por actuar con negligencia grave, al permitir o viabilizar la desaparición de hecho de la sociedad por él administrada), en la STS de 21-11-1998, donde se advierte que ha de tenerse en cuenta que las deudas indemnizatorias por daños y perjuicios son deudas de valor para cuya cuantificación ha de tenerse en cuenta el momento del pago o resarcimiento y en este sentido la sentencia de 15 abril 1991 (RJ 1991\2691) dice: «y así cabe afirmar que, en general, emerge como un predicado de justicia satisfactiva, que el perjudicado por el daño sea resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria no por la suma en que se evaluó el mismo cuando se produjo, sino por la equivalencia al momento del pago o resarcimiento colmando de correcta compensación el quebranto devaluatorio de la moneda o instrumento dinerario, en particular, cuando entre ambos actos, el de producción del daño y el del pago ha transcurrido un cierto lapso de tiempo relevante»; que confirma la doctrina acogida en las SSTs de 17-12-1994 y 30-12-1995.

49. Así, por todos, SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), T. XXIV, Madrid, 1984, p. 158.

50. Vid., igualmente, SANTOS BRIZ, *Comentarios...*, cit., p. 156; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, Vol. I, Madrid, 2000, p. 212 y RUIZ-RICO, "Artículo 1.108" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, T. XI, Vol. I, arts. 1.088 a 1.124 CC, Madrid, 1989, pp. 753 y ss., quienes destacan que en el derecho comparado numerosos códigos (italiano, portugués, suizo, alemán); así como la jurisprudencia francesa sobre un texto dudoso, admiten excepcionalmente el abono del mayor daño causado, en particular cuando el deudor es doloso.

blemente se habría esperado en el curso normal de los acontecimientos o de acuerdo con circunstancias especiales, sobre todo, a la luz de los preparativos y planes realizados.

A este respecto, debe aceptarse que el fundamento de la indemnización del lucro cesante en todas las legislaciones modernas ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado de manera plena e íntegra en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido. Dado que en los daños patrimoniales que han de repararse no sólo ha de computarse la disminución que sufra el perjudicado en sus bienes patrimoniales existentes, sino también cuando no tenga lugar el aumento patrimonial que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la responsabilidad, pues de lo contrario nos encontraríamos, como tendremos ocasión de comentar más adelante, ante una situación lesiva para el perjudicado, no querida por el derecho por ser contraria a los postulados básicos de justicia y equidad.

B. Examen del artículo 1.108 CC: insuficiencia del precepto en el ámbito mercantil

1. Planteamiento

En relación con el problema que nos afecta, es decir, la indemnización por el incumplimiento de la obligación de abonar el dividendo social acordado parecería aplicable, en principio, la discutida norma del artículo 1.108 de nuestro Código Civil⁵¹, según la cual "si la obligación consis-

tiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal"⁵². Ahora bien, a pesar de la redacción tan aparentemente clara del precepto, surge la siguiente duda: ¿en defecto de pacto el pago de intereses legales es o pretende ser siempre un mecanismo idóneo de sustitución de la indemnización que proceda?⁵³ De ser así, cuando la satisfacción de los intereses legales no llegue a cubrir la totalidad de la lesión efectivamente causada en el patrimonio del acreedor/accionista, éste no podrá conseguir una indemnización por el daño que quede sin cobertura en cuanto que el mismo exceda de los intereses legales previstos⁵⁴. Tal interpretación resultaría injusta a todas luces. No existe razón jurídica alguna por la cual el acreedor de una obligación de dinero deba ser tratado jurídicamente, a los efectos de la reparación del daño sufrido, como si fuera de peor condición que cualquier acreedor de una obligación no pecuniaria que podría reclamar la íntegra satisfacción del daño sufrido.

Tampoco resulta la limitación legal expuesta congruente con el principio de reparación total de los daños causados, que nuestro Código Civil reconoce en los artículos. 1.101 y 1.106. Al contrario, resulta lógico pensar que la indemnización de intereses, limitados éstos a los legales, prevista en el artículo 1.108 CC debe ser interpretada como una *indemnización de mínimos*.

51. Cfr. RUIZ-RICO, "Artículo 1.108", *cit.*, pp. 753 y ss. califica este precepto como profundamente conflictivo, en cuanto que prácticamente todas las cuestiones relacionadas con él ocasionan divergencias doctrinales y soluciones judiciales dispares.

52. El artículo 1.108 tiene su origen inmediato en el artículo 1.017, según el cual, *cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubiese pactado interés, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por vía de indemnización de daños y perjuicios, la tercera parte del interés legal además del pactado. No habiéndose pactado interés deberá abonar el todo del interés legal*. A su vez el artículo 1.107 del Proyecto de 1951 (que dice que "cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada, y se hubiesen pactado intereses, el deudor que se constituya en mora deberá abonar, por vía de indemnización de perjuicios, la tercera parte del interés legal, además del pactado. No habiendo pactado intereses deberá abonar el todo del interés legal se inspiró en el artículo 1.153 Código Civil francés con arreglo al cual en las obligaciones que se limitan al pago de una cierta suma, los daños y perjuicios derivados del retraso en la ejecución no consisten nunca más que en la condena de los intereses fijados por la Ley, sin perjuicio de las reglas especiales en materia mercantil y en materia de fianza. Estos daños y perjuicios son debidos, sin que el acreedor esté obligado a justificar pérdida alguna desde el día de la demanda, excepto en el caso en que la Ley los haga devengarse de pleno derecho. El interés legal del dinero se determina anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado, así, se ha fijado en el 5'5 para el año 2001, 4'25 para el año 2002, 4'25 para el año 2003, 3'75 para el año 2004, 4 para el año 2005 y 4 para el año 2006.

53. Debe destacarse que el CC no establece el concepto de interés, sino que lo presupone y, por tal razón, hay que determinarlo según el criterio de la ciencia jurídica actual; así, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho...*, I, *cit.*, p. 53. definen el interés como una cantidad de cosas fungibles, que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo.

54. En contra, PANTALEÓN, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: ley 51-1982 de 13 de julio de 1982, y ley 13-1983*, de 24 de octubre de 1983, coor. Manuel Amorós Guardiola, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid, 1986, p. 664; aprecia como muy conveniente fijar un nivel medio, fijo, de reparación, aplicable a todas las hipótesis, salvo que las partes hubiesen tenido la precaución de prever una forma específica de liquidación para tal eventualidad. En la misma línea, RUIZ-RICO, "Artículo 1.108", *cit.*, p. 755 y 843, siguiendo a POTHIER, *Traité des Obligations*, París, 1825, p. 192 y ss., aunque parece admitir la prueba del mayor daño en las relaciones empresariales.

Dicho planteamiento conlleva la ventaja de poder obtener la indemnización por la integridad de la lesión patrimonial, lo que es completamente ajustado a los principios básicos que rigen el derecho de daños⁵⁵. Por ello, una adecuada interpretación del artículo 1.108 CC no debe, en ningún caso, prescindir de la ponderación de las condiciones económicas, sociales y políticas vigentes en el medio social, so pena de caer en abstractas teorizaciones⁵⁶. Este razonamiento ha de tenerse en cuenta cuando se incurra en responsabilidad contractual o extracontractual, ya que no basta para la satisfacción del acreedor el reintegro del nominal de la suma debida, aunque se adicione los intereses legales. De ser así, podría producirse un evidente enriquecimiento en beneficio del deudor, o sea la sociedad anónima, argumentándose en base a la buena fe y a la equidad⁵⁷.

2. Criterios jurisprudenciales

El Tribunal Supremo ha declarado que el enriquecimiento injusto o sin causa, que carece

de un tratamiento unitario en el Código Civil, en cuanto que aparece disperso a través de diversos preceptos que a él se refieren más o menos directamente y autorizan a la doctrina y jurisprudencia a hacer uso del mismo con distintas denominaciones (*condictio indebite; ob causam data; ob injustam causam; ob causam turpem*), es en realidad una figura de construcción doctrinal y jurisprudencial, que ésta última considera como un principio general del derecho determinante de la prohibición de que alguien pueda enriquecerse en perjuicio de otro⁵⁸. Dicha figura tiene señalados por la jurisprudencia para su efectividad los siguientes requisitos: primero, enriquecimiento por parte de uno de los intervinientes en el acto del contrato; segundo, correlativo empobrecimiento para la otra parte; tercero, ausencia de causa justificativa del enriquecimiento; cuarto, inexistencia de disposición normativa que excluya ese enriquecimiento⁵⁹. En consecuencia, no es posible realizar una aplicación del artículo 1.108 CC de manera que se produzca un enriquecimiento injusto a favor del deudor de la prestación dineraria. El propio Tribunal Supremo no

55. Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Madrid, 1978, p. 112.

56. Tal como requiere el art. 3 CC.

57. Sobre la necesidad de que la reparación cubra el daño íntegro, cfr. el tratamiento que se hace de esta cuestión en GOLDENBERG, "Revalorización de los créditos dinerarios". *Reseña de jurisprudencia*, 1978, pp. 171 y ss., así como en SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 369 y 370.

58. Tal es así que la jurisprudencia, en sentencia de 23-10-2003, ha declarado que la teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista sólo mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indevida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe. (sentencias de 12 de abril de 1955 y 27 de marzo de 1958). De igual modo *vid.* SSTs de 12-1-1943, 25-1 y 27-3-1958, y 29-1 y 22-12-1962 y 27-3-1985).

59. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 30-9-1993 sintetiza la doctrina sobre el enriquecimiento injusto al afirmar que el enriquecimiento injusto exige los siguientes requisitos: a) un enriquecimiento por parte del demandado que sea injusto, representado por un aumento de su patrimonio o una no disminución del mismo; b) un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; y c) la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio al caso concreto (SS de 2 de enero (RJ 1991, 101), 5 y 23 (RJ 1991, 1592) de febrero, 7 de marzo (RJ 1991, 2080), 23 de abril (RJ 1991, 3021), 22 de octubre (RJ 1991, 8232) y 13 de diciembre (RJ 1991, 9002), todas de 1991); sin que sea necesario para su aplicación que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (SS de 23 y 31-3 de 1992, que citan la de 12-4-1955). Reitera el Alto Tribunal su doctrina en su posterior sentencia de 14-12-1994, al considerar que "para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (SS de 23 y 31-3 de 1992, 30-9-1993, entre otras) y, por otro lado, la existencia de dolo o mala fe por parte del demandado, que podrá dar lugar a la exigencia de otro tipo de responsabilidades, no basta, por sí sola, para dar vida a la figura del enriquecimiento sin causa, si no concurren todos los requisitos que condicionan su existencia. Dicha Sala Primera matiza en su sentencia de 8 de junio de 1995 que "no resulta preciso que la acción de enriquecimiento injusto sea ejercitada necesariamente en forma subsidiaria, lo que sí sucede en el Derecho francés y en el italiano (Código Civil 1942), pues ningún precepto legal así lo establece, por lo que la jurisprudencia, tras una vacilante doctrina anterior, a partir de la S de 12 de abril de 1955, ha declarado de forma rotunda y continuada (SS más recientes de 10 y 20 de mayo de 1993 y 14 de diciembre de 1994), que la acción de enriquecimiento injusto es del todo compatible con otras acciones y con las que puede coincidir en los pronunciamientos o resultados que se trate de conseguir en vía judicial. Asimismo dicha acción no actúa como idéntica a la propia de la indemnización de daños y perjuicios. La base jurídica de la teoría del enriquecimiento injusto ha de referirse necesariamente al desplazamiento patrimonial de una parte a otra, careciendo de toda causa que lo pueda amparar o justificar. La causa deja de ser injusta y se convierte en suficiente y justa, cuando exista una disposición legal o cuando, se da negocio jurídico suficiente y dotado de legalidad, y así lo ha declarado la doctrina jurisprudencial (SS de 28 de enero de 1956, 20 de noviembre de 1964, 5 de diciembre de 1992, 19 de mayo de 1993 y 17 de febrero y 4 de noviembre de 1994). Insiste en parecidos términos el Tribunal Supremo, en resolución de 29-4-1998, recordando como constante y reiterada doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto que: "no se genera cuando concurre causa contractual justa, entendiéndose por tal aquella situación jurídica que autoriza al beneficiario de un

tuvo reparos en reconocer que no hay nada que justifique la plena equiparación de los intereses legales del dinero con los daños y perjuicios, dándole a aquéllos este carácter⁶⁰. De darse esta circunstancia, la entidad mercantil se vería beneficiada por tener que reintegrar al accionista acreedor al dividendo acordado una parte inferior a la lesión patrimonial efectivamente ocasionada y de la que es responsable.

Incluso, la mora regulada en el artículo 1.108 CC implica un daño patrimonial ocasionado, en nuestro caso, en virtud de la privación de la suma debida por razón del dividendo acordado. Con arreglo a este planteamiento, la indemnización no debe limitarse a reparar parcialmente el perjuicio patrimonial como resultaría de la mera satisfacción del interés legal del dinero, sino que debería contemplarse la total satisfacción de la lesión sufrida en consonancia con los más elementales principios de justicia material. Este razonamiento también encuentra apoyo en otros preceptos de nuestro Código Civil, tales como los artículos. 1.101, 1.103, 1.105 ..., que complementan el régimen de la mora. La doctrina civilista ha resaltado la dificultad práctica para deslindar los casos de retraso que conlleven verdadero y propio incumplimiento del mero retraso o mora estricta, cuya dificultad se agudiza en las obligaciones pecuniarias, por lo que parece conveniente obviar tal distinción por carecer de sentido práctico, pues la utilidad del deudor no deriva de la intrínseca utilidad per se de

una cifra de unidades ideales de cuenta, sino de ser representativa de un determinado poder de adquisición de otros bienes y servicios derivados de ser el dinero mercancía universal⁶¹. Paradójicamente, ha sido la propia jurisprudencia de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la que no ha dudado en aplicar la tesis que se viene defendiendo. En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo en la interpretación y aplicación de los artículos 47 y 91 de la antigua Ley de Contratos del Estado (Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril) y los artículos. 144 y 264 del Reglamento que la desarrollaba, que versaban sobre el incumplimiento del tiempo del pago del precio y que presentaban gran similitud con el artículo 1.108 CC, venía sosteniendo que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mora no podía limitarse al interés legal del dinero fijado por el artículo 1.108 CC, sino que debían comprender, a tenor del 1.107 de tal cuerpo legal, otros daños y perjuicios⁶².

3. *Carácter y alcance restrictivo del artículo 1.108 CC*

Históricamente, en las fuentes jurídicas romanas se constata el carácter utilitario y patrimonial del dinero⁶³. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el dinero es por naturaleza productivo y la merma o privación de esa productividad por intervención de terceros ocasiona un

... bien a recibirlo y también al acreedor a percibir la deuda reconocida, bien porque existe una disposición legal en este sentido o porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz y cuya nulidad e ineficacia no se ha logrado demostrar, por lo cual cuando no se da carencia de causa justificativa de la ventaja económica denunciada ni se acredita que representa supuesto de beneficio económico adquirido, desprovisto de total relación negocial, se excluye el enriquecimiento injusto (SSTS de 6 de febrero [RJ 1992, 834] y 5 de diciembre [RJ 1992, 10395] de 1992, 19 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3803], 17 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1620] y 8 de junio de 1995 [RJ 1995, 4908]). Como consagra la sentencia del TS de 26-12-1998: "el enriquecimiento injusto, aún no regulado en el CC [LEG 1889, 27], ha sido acogido como principio general del derecho, por la jurisprudencia (TS 1ª SS de 25 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5898], 3 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6202] y 12 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1434])".

60. *Cfr.*, las antiguas SSTS de 22 de enero de 1963 y 19 de junio y 3 de septiembre de 1903.

61. Abunda en esta argumentación LÓPEZ LÓPEZ, "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio". *Anuario de Derecho Civil*, 1994, 47, p. 7 y 8.

62. *Vid.* SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10-04-1978, 23-05-1978, 30-05-1978, 28-11-1978, 31-01-1979, 14-01-1990, 12-02-1990, 29-06-1990, y 19-02-2002, que han admitido, todas ellas, la posibilidad de un superior importe indemnizatorio.

Téngase en cuenta que en la actualidad la contratación pública del Estado se rige básicamente por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, sobre Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 99 apart. 4, 5 y 6, sigue admitiendo el reconocimiento del mayor daño equiparando, en algún caso, la mora con el verdadero incumplimiento. Así, señala que la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley. Si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

63. *Cfr.* D. 18, 1, 1; D. 45, 1, 65; D. 50, 15, 97.

daño⁶⁴. Debe partirse de la premisa básica, según la cual, el fundamento último de la regla del artículo 1.108 CC se encuentra en la inserción en la estructura de una economía monetaria, en la que todo poseedor de dinero encuentra a su disposición de modo inmediato la posibilidad de obtener una retribución⁶⁵. El dinero es por naturaleza un bien fructífero y la fructificación se produce por sí sola⁶⁶. Ello lleva aparejado la idea de un automatismo en la medida del daño emergente y del lucro cesante. Así, el artículo 1.108 CC ha de interpretarse en concordancia con el conjunto de disposiciones que disciplinan el retraso en el cumplimiento de la obligación. De este modo, la STS de 13-4-31 (refiriéndose al artículo 1.501 CC) y la de 19-05-61 declaran que este precepto no puede apreciarse aisladamente, sino que debe armonizarse con los demás de carácter general que definen la mora, como son los artículos 1.100, 1.101, 1.108 y otros de este Código. En consecuencia, una interpretación meramente literal del artículo 1.108 CC no debería impedir la reparación de un daño mayor que el limitado al interés legal⁶⁷.

No obstante, desde una perspectiva eminentemente teórica y civilista, ha de reiterarse que la aplicación literal del artículo 1.108 CC impone que se limite el supuesto a un simple retraso, carente de dolo o culpa; si concurriera voluntad o negligencia en el retraso debe incardinarse dentro del ámbito del dolo o culpa, como forma cualificada de cumplimiento anormal de las obligaciones, regulándose, en tal caso, con arreglo a lo dispuesto en los artículos. 1.101, 1.103, 1.105 CC, etc., con exclusión del artículo 1.108 CC. Sin embargo, en la esfera mercantil, la distinción entre mora simple y mora cualificada por la concurrencia de dolo o culpa carece de relevancia práctica porque el mero retraso constituye por sí una forma de incumplimiento con trascendencia jurídica propia, cuyos efectos se sobreponen a

los de la mora, criterio coherente con la naturaleza automática de la responsabilidad por mora derivada del artículo 63 C. de Cm. como acontecimiento en el caso de la negativa injustificada de los administradores a la satisfacción al socio del dividendo previamente aprobado⁶⁸. De ello se sigue que si la mora es susceptible de encajar en el campo del dolo o culpa, no será suficiente la mera declaración legal de pago de intereses como única vía para restaurar el equilibrio roto. De ser así, sin duda alguna tendría lugar un enriquecimiento injusto a favor del deudor. En consecuencia, el artículo 1.108 CC parece fijar, como se sostiene, el daño mínimo resarcible que corresponde a la mora simplemente casual en las prestaciones dinerarias. Este precepto es una norma especial de indemnización de daños y perjuicios que se ciñe al supuesto de la reparación cuando el deudor de una obligación dineraria incurre en mora sin extenderse a otros daños y perjuicios que tengan carácter diferente, contrariamente al criterio general recogido en los artículos. 1.101, 1.102, 1.103 y 1.106 CC, entre otros, que imponen la indemnización de daños y perjuicios con carácter objetivo y en base a la valoración tanto del daño emergente como del lucro cesante sin limitación alguna ab initio. En suma, el artículo 1.108 CC, como norma especial, no puede ser objeto de interpretación extensiva y, por tanto, no puede impedir la debida aplicación de los preceptos del Código Civil en que se articula la disciplina del dolo y negligencia⁶⁹. Así, el Tribunal Supremo, desde su sentencia de 20-10-1884, viene distinguiendo como conceptos jurídicos distintos los de interés legal en concepto de mora y la indemnización de daños y perjuicios. En el caso controvertido que motivó esta sentencia se condenó a la entidad demandada al pago del interés legal y, además, a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago de dicha cantidad ocasionó a los demandantes⁷⁰.

64. Al respecto, BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, p. 251, considera que la prestación de dinero no es improductiva y, por tanto, quien usa el dinero ajeno o se pone en mora se entiende legalmente que ha obtenido un beneficio y está obligado a darlo con lo que serían sus intereses o frutos civiles.

65. En la misma línea se pronuncia Díez Picazo, *Comentario Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, pp. 62 y ss., quien asume los argumentos que sobre esta cuestión sostuvo García Goyena.

66. El dinero es una cosa productiva y el no dejarlo improductivo en caso de mora del deudor es lo que explica el fenómeno de hacer devengar intereses por el retraso en el pago de una obligación pecuniaria. Así lo advierte SANTOS BRIZ, "Arts. 1.108 a 1.109" en *Comentarios del Código Civil*, coor. Sierra Gil, T. VI, Barcelona 2000, p. 150.

67. Así, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, cit., p. 112; BONET CORREA, *Las deudas...*, cit., p. 379 y ss.; BORELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954, pp. 136 y ss. y Díez Picazo, *Comentario...*, cit., p. 63.

68. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Codificación civil y Codificación mercantil: La reforma del derecho de obligaciones", *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T. I, Madrid, 1990, pp. 267 y ss.

69. El art. 1.108 CC no constituye argumento válido para excluir la normativa aplicable a cualquier otro evento lesivo o daño resarcible, aunque recaiga sobre obligaciones dinerarias, como se apunta en DORAL y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses", *ADC*, 1980, p. 542.

70. Vid., en este sentido, el comentario que sobre esta resolución judicial se hace en DORAL y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Nuevas orientaciones...", cit., p. 545.

En consecuencia con el planteamiento expuesto, los administradores sociales que incumplen la obligación de entrega del dividendo previamente acordado, incurrirían en el supuesto previsto en el artículo 1.101 CC, lo que implica indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, además de la satisfacción de los intereses legales que conlleva la mora del artículo 1.108 CC. La indemnización por el retraso o incumplimiento del abono del dividendo debido no impide el pago, tanto del interés legal del dinero (ex artículo 1.108 CC) como de la suma que corresponda hasta la plena satisfacción de la lesión causada (ex artículo 1.101 CC); toda vez que la simple condena a restituir el interés legal del dinero produciría un lucro indebido a favor de la sociedad deudora, una ganancia para quien no restituye íntegramente el daño real ocasionado, circunscribiéndose a reparar de manera parcial e insatisfactoria la lesión patrimonial al limitarse únicamente al abono del interés legal de la cantidad debida.

En definitiva, la interpretación que mantiene que en las deudas pecuniarias todo incumplimiento debe ventilarse al amparo del artículo 1.108 CC, como único y exclusivo precepto regulador de estas deudas, ha resultado insostenible a todas luces en la esfera mercantil. El interés normal del dinero es en el tráfico mercantil sensiblemente más elevado que en la contratación civil⁷¹. El incumplimiento de una obligación dineraria no puede ser sancionado por el Derecho con la mera imposición coactiva del pago del principal y los exiguos intereses legales del artículo 1.108 CC. El actual contexto socio-económico, el elevado índice de inflación y las dilaciones procesales, junto con la propia esencia onerosa de la actividad mercantil propia de los empresarios permiten a la sociedad incumplidora aprovecharse de las ventajas de esta fuente de financia-

ción anómala e ilícita. La equiparación que, con carácter general, hace la doctrina tradicional entre intereses legales y daños y perjuicios al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.108 CC responde a una clara influencia histórica operada en virtud de una doble fuente: el carácter conminatorio de la sanción pecuniaria en razón del retraso y la prohibición canónica de intereses en las deudas pecuniarias civiles, que son criterios ya superados. Tales pautas no son admisibles en la esfera mercantil donde las peculiaridades de la moderna actividad económica no permiten restringir la indemnización de los daños y perjuicios a la simple satisfacción de los intereses legales.

Si, los perjuicios son de mayor valor que los meros intereses legales, como suele acontecer, el deudor moroso deberá indemnizarlos completamente y no limitarse al abono de los intereses del artículo 1.108 CC, ya que sería contrario a Derecho que la sociedad deudora obtuviera por este medio un enriquecimiento sin causa. Así, el artículo 1.106 CC, aunque previsto para las obligaciones contractuales, es también aplicable en defecto de norma específica a los daños extracontractuales. La acreditación del lucro cesante y su consiguiente indemnización estarán en función de la mayor o menor probabilidad de que el socio acreedor hubiese llegado a experimentar tales incrementos. Sólo las oportunidades de lucro verosimilmente deducibles del curso causal de los acontecimientos, a la luz de las actividades y circunstancias en que se halle involucrado el acreedor, determinarán la cuantificación de la correspondiente indemnización⁷².

C. Supuestos legales de superación del límite del artículo 1.108 CC

Puede apreciarse la circunstancia según la cual nuestro legislador no ha querido dar un

71. Se reitera en GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid, 1980, p. 153, que todas las leyes desde el Derecho Justiniano han establecido tasas distintas de interés para la esfera civil y mercantil.

72. *Vid.*, por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 2001, p. 1.290. En nuestro Alto Tribunal, la reciente sentencia de 4-2-2005, resume la doctrina jurisprudencial en la materia, que se concreta en los siguientes razonamientos: "La doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante no tanto mantiene un criterio restrictivo, sino más bien exige -como todo hecho base de la aplicación de una norma- la prueba del mismo, excluyendo los «sueños de fortuna». Tal como dicen las sentencias de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404), 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590) y 28 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7208), recogiendo la doctrina jurisprudencial: «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3530]), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9222]) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 [RJ 1996, 5662] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235]). Lo cual coincide, en sentido idéntico, con la doctrina que plasman las sentencias de 15-7-1998 y 29-12-2000.

alcance imperativo excluyente o exclusivo a los intereses legales a que se refiere el artículo 1.108 CC. Tal extremo se ve confirmado por el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente una serie de excepciones en las que, además de los intereses legales, se incluyen en la indemnización debida otros daños y perjuicios.

Así, un supuesto claro en el que nuestro ordenamiento, en concreto el Código Civil, supera la limitación de los intereses legales contenida en el artículo 1.108 CC es el recogido, con ocasión de la fianza, en el artículo 1.838 de dicho texto legal. Se establece aquí que el fiador que pague debe ser indemnizado por el deudor con la cantidad total de la deuda, los intereses legales de ella, desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor, además de los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago y, también, los daños y perjuicios cuando procedan⁷³. En suma, la indemnización al fiador debe ser completa, por ello la acción de reembolso expresada en el artículo 1.838 CC no se extiende únicamente a la cantidad estrictamente abonada para extinguir la obligación, sino también a la reparación del perjuicio o pérdida patrimonial sufrida por el hecho de haber tenido que hacer frente el fiador a la deuda principal mediante la indicada cesión en beneficio de los directamente obligados⁷⁴. El supuesto citado adquiere, si cabe, mayor significación en cuanto que resulta aplicable al afianzamiento mercantil con arreglo a lo establecido en los artículos 439 y ss. C. de Cm. en concordancia con el artículo 50 del mismo texto legal.

Como apoyo a la tesis de que los intereses legales previstos en el artículo 1.108 CC, para el caso de mora no son suficientes a fin de reparar

la íntegra satisfacción del daño causado al accionista a quien no se le ha abonado el dividendo acordado, puede traerse a colación el artículo 451 CC que impone al deudor de mala fe la obligación de abonar "los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir". En consecuencia, podría admitirse que el pago de los frutos percibidos quedaría cubierto con los intereses legales. En cambio, en lo que respecta a los frutos que hubiere podido percibir el poseedor legítimo, debe entenderse que existe un derecho que va más allá de los intereses legales, pues se reconoce al poseedor legítimo la facultad de obtener ambos frutos: los percibidos y los que hubiere podido percibir. Luego, si ello es admisible y así se reconoce legalmente en la esfera civil, con mayor razón ha de aceptarse este argumento en el ámbito mercantil dada la especial onerosidad propia de las relaciones mercantiles⁷⁵.

Asimismo, en el Derecho procesal, la propia LEC en el artículo 576.1 (921 LEC de 1881) fija un criterio corrector de esta situación al imponer la satisfacción de los intereses por retraso con un incremento de dos puntos⁷⁶. Pretende dicha norma aminorar los efectos del retardo en el efectivo abono cuando exista condena al pago de una cantidad líquida mediante la fijación de intereses. Estos intereses legales incrementados no precisan que los acuerde el juzgado de instancia porque están determinados por la ley, nacen *ope legis* y no requieren petición expresa para que se produzcan. Es más, aunque la cantidad objeto de la condena no produjere intereses, con la fecha de la resolución se inicia la producción de los regulados por el artículo 576.1. La ratio de tal disposición no puede ser otra que la intención de reparar el quebranto que la duración del procedimiento comporta al acreedor⁷⁷.

En el ámbito mercantil, diversas son las disposiciones que exceden el límite del simple inte-

... En el derecho comparado, el artículo 1.224.2 del Código italiano admite la licitud de la prueba del daño mayor a cargo del acreedor; el parágrafo 288 del BGB también sigue el mismo criterio; el artículo 1.153 párrafo 4º del Código francés admite el daño mayor si concurre mala fe y un perjuicio independiente del retardo; en Portugal el artículo 806 del Código Civil admite el daño mayor procedente de un acto ilícito o de riesgo y en parecidos términos se manifiesta el Código suizo.

73. Las sentencias del TS de 14-11-1981, 29-12-1987 y 16-5-1995, entre otras, han establecido que el simple hecho del pago por el fiador le da derecho a ser indemnizado por el deudor a tenor del artículo 1.838 del Código Civil, ya que de no darse lugar a dicha reclamación, se originaría un enriquecimiento injusto, de modo que la acción de reembolso del citado artículo está justificada sin más que se acredite el pago por el fiador al acreedor, no teniendo dicho derecho otras limitaciones y pérdidas que las que se derivan del contenido de los artículos 1.840 al 1.842 del CC.

74. *Vid.*, al respecto BONET CORREA, *Las deudas...*, cit., p. 391.

75. *Vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho...*, cit., p. 219.

76. A este respecto, resulta particularmente significativa, la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1993 que reconoció que "No se trata, por ello, de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial" [STC 114/1992 (RTC 1992\114)], sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda".

77. Los intereses previstos en el artículo 921 LEC, 1881, se yuxtaponen a los intereses del artículo 1.108 CC en las reclamaciones pecuniarias, como se pone de manifiesto, entre otras, en la STS de 10-11-1997, donde se señala que: "...en el artículo 1108 CC sobre los intereses legales de demora, sin que, es obvio, marginen en su diferencia con los llamados intereses procesales del artículo 921 LEC, que sólo sirven para paliar los posibles perjuicios de la recurri-

rés legal como medio reparador de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones dinerarias⁷⁸. Así, por ejemplo, los artículos 263 y 264 C. de Cm. suponen una clara superación de lo previsto en los artículos 1.720 y 1.724 CC., dado que, en concreto, el artículo 264 C. de Cm. prevé que “el comisionista que, habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, les diere inversión o destino distinto del de la comisión abonará al comitente el capital y su interés legal, y será responsable, desde el día en que los recibió, de los daños y perjuicios originados a consecuencia de haber dejado de cumplir la comisión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar”. En cambio, el artículo 1.724 CC señala que “el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato desde que se haya constituido en mora”. La comparación del tenor literal de ambos preceptos nos obliga a admitir que en el ámbito mercantil la reparación por incumplimiento de obligaciones de carácter pecuniario tiene un alcance más amplio que el previsto para negocios jurídicos de naturaleza análoga en la esfera civil, como es el caso que referimos del mandato civil y la comisión mercantil. Así, el artículo 264 C. de Cm. no sólo impone al comisionista abonar al comitente el capital más el interés legal, sino también le hace responsable de los daños y perjuicios originados por el incumplimiento de su obligación, extensión que, en principio, no contempla el artículo 1.724 CC.

De otro lado, los artículos. 58 y 59 LC y Ch, cuantifican ex lege los daños y perjuicios por impago de unas cambiales, sancionando que el tenedor podrá reclamar a la persona contra

quien ejercite su acción el importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses en ella indicados conforme al artículo 6 de esta Ley, los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos y los demás gastos, incluidos los del protesto y los de las comunicaciones. Si la acción se ejercitase antes del vencimiento, se deducirá del importe de la letra el descuento correspondiente. Este descuento se calculará al interés legal del dinero vigente al día en que la acción se ejercite, aumentado en dos puntos. En caso de reembolso, el que hubiere reembolsado la letra de cambio podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él la cantidad íntegra que haya pagado, los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentado en dos puntos, a partir de la fecha de pago y los gastos que haya realizado⁷⁹.

En la esfera del seguro, el artículo 20 de la LCS establece que “si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas: 4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100”⁸⁰.

... bilidad de las entidades que, en su caso, frustran el legítimo derecho de los frutos del principal y por ello citado artículo 921 LEC, no sanciona conducta alguna reprobable, sino que, sin más, se establece «el devengo en favor del acreedor» del interés correspondiente desde que se dictó la sentencia, en su caso, a favor y por eso mismo de ese «acreedor» judicial”.

78. La primitiva redacción del artículo 316 del C. de Cm fijaba el tipo de interés en el cinco por ciento, índice sensiblemente superior al previsto en el orden civil; cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho...*, I, cit., p. 55.

79. El artículo 49 de la Ley Uniforme de Ginebra determinaba un interés fijo del seis por ciento, mientras que la regla general en el Derecho español es el interés legal aumentado en dos puntos, por influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé este interés desde la fecha de notificación de la sentencia en primera instancia. Esta divergencia se justifica en virtud de la facultad que el artículo 13 del anexo de la Ley Uniforme reservó a los estados firmantes; vid. sobre este punto GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la letra de cambio*, Granada, 1986, p. 243; y VÁZQUEZ BONOME, *Tratado de Derecho Cambiario*, 2ª ed. Madrid, 1993, p. 281.

80. La jurisprudencia ha destacado que el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, reformado por la Ley 30/1995, de 8 octubre, actúa a la vez como estimulante de la diligencia del asegurador y “contrapartida al perjuicio que para el perjudicado supone la demora en el pago”, bastando el transcurso de tres meses desde la fecha del siniestro sin que sean satisfechas o consignadas judicialmente por la aseguradora las indemnizaciones que deba satisfacer (sentencia del Tribunal Constitucional de 12 julio 1993), devengándose dicho interés de forma automática, sin necesidad de intimación al deudor (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 enero 1993). Nuestro Alto Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones el exacto alcance del artículo 20 LCS, como pone de manifiesto la reciente STS de 10-12-2004. La Ley de Contrato del Seguro, en este punto, en lugar de hacer una referencia a la existencia de culpa por parte del asegurador como presupuesto para que incurra en mora, emplea unos términos que, en definitiva, son semejantes, al requerir para que el asegurador incurra en mora que el resultado del incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada.

Esta misma filosofía tendente a evitar que el incumplimiento tenga prima se recoge en la Ley 7/96 de Ordenación del Comercio Minorista cuyo artículo 17, párrafo cuarto, establece que el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses moratorios será un 50 por 100 superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior⁸¹.

No obstante la importancia de los supuestos mencionados, es en el propio ámbito del derecho societario, en concreto, al regular la cuestión de los dividendos pasivos, donde nos encontramos con la institución que presenta mayores analogías con la cuestión tratada.

Debe entenderse por dividendos pasivos aquella parte del capital social cuyo desembolso no se verifica en el momento inicial de suscripción de las acciones, tanto si nos encontramos en el momento fundacional como en los supuestos de aumento de capital. Permite la LSA (artículos. 12 y 153) que pueda constituirse una sociedad con el simple desembolso de la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones. De este modo, puede darse la posibilidad de que las tres cuartas partes del capital social queden pendientes de desembolso por los accionistas. Esta circunstancia genera para el accionista la obligación principal y casi única que asume por el hecho de participar en la constitución de una sociedad anónima. En tal sentido, el artículo 42 LSA impone al accionista el deber de aportar a la sociedad la porción de capital no desembolsada en la forma y dentro del plazo previsto por los estatutos o, en su caso, por acuerdo o decisión de los administradores. El cumplimiento de esta obligación puede ser reclamada por la sociedad a los accionistas de una sola vez o mediante pago fraccionado con arreglo a lo establecido en el RRM.

El derecho de la sociedad a obtener el cobro de los dividendos pasivos es irrenunciable para

la misma porque la integridad del capital social es un principio de orden público configurador de este tipo societario como garantía básica para los acreedores ante la falta de responsabilidad personal de los socios, tal como se desprende del artículo 1 LSA. Resulta, pues, indispensable para una sociedad anónima la existencia de un capital social íntegramente suscrito por los socios y respaldado por sus respectivas aportaciones. La admisión de desembolso parcial conlleva el reconocimiento a favor de la sociedad de un derecho de crédito contra el socio y cuya efectividad se garantiza a través de una serie de medidas especiales reconocidas en los artículos 42 y ss. LSA⁸².

Particularmente, el artículo 45 LSA, que trata sobre la reintegración a la sociedad de los dividendos pasivos⁸³, dispone en su párrafo primero que "cuando el accionista se halle en mora, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso"⁸⁴.

Resulta evidente que el contenido del precepto impone al accionista moroso una obligación de reparación del daño irrogado a la sociedad⁸⁵. Su cuantificación no se circunscribe a la estricta satisfacción de la entrega del interés legal de la cantidad adeudada, como resultaría de una interpretación literal del artículo 1.108 CC. El artículo 45 LSA, en su párrafo primero, al objeto de reparar íntegramente los daños causados a la sociedad por la mora en la satisfacción del dividendo pasivo, le autoriza a reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, entendiéndose por tal la porción de capital no desembolsado, más el interés legal junto con los daños y perjuicios ocasionados por la morosidad.

81. Vid., al respecto, PORTELLANO DÍEZ, "A. 16 y 17", *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, p. 151 quien manifiesta que esta norma constituye una de las medidas para terminar con los retrasos generalizados en los pagos por los comerciantes, si bien critica la eficacia real de este precepto.

82. Vid., por todos URÍA, MENÉNDEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, I. cit., pp. 809 y 810; y LOJENDIO, "Aportaciones sociales", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, I, dir., Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1994, pp., 237 y 238.

83. De igual manera en relación con el contrato de sociedad civil dispone el artículo 1.682 CC que "el socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que hubiese causado...".

84. Para un estudio más profundo de esta problemática, vid. MUÑOZ MARTÍN, "La obligación de pago de los dividendos pasivos", *Libro homenaje al Profesor Sánchez Calero*, Vol. I, Madrid, 2002, p. 696; BELTRÁN, *Los dividendos pasivos*, Madrid, 1988, p. 68 y LLOBREGAT, "La disciplina de los dividendos pasivos en la reforma del Derecho español de sociedades anónimas" AAVV, *Derecho de sociedades anónimas*, T. II, Capital y acciones, Vol. I, Madrid, 1994, p. 297; MARTÍN REYES, "Comentario a la Ley de sociedades anónimas", Dir., Sánchez Calero, T. I, *Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones*, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ RUIZ, "Comentario al artículo 45 de la LSA", *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, dir. Sánchez Calero, T. I, *Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones*, Madrid, 1993; pp. 1.065 y ss.

85. Un supuesto concreto de aplicación del referido precepto puede verse en la STS de 14 de junio de 1999.

De ello se colige que se produce una clara superación del artículo 1.108 CC respecto a la cuantificación del daño ocasionado por el incumplimiento del desembolso del dividendo pasivo; razonamiento que, como se verá más adelante, es, *mutatis mutandis*, extrapolable a la cuestión objeto de estudio, dada la evidente identidad apreciable entre ambos casos.

V. PROPUESTA PARA UNA ADECUADA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR IMPAGO DE DIVIDENDOS ACORDADOS

Tal como se ha argumentado más arriba, la aplicación literal del artículo 1.108 CC para cuantificar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las deudas pecuniarias resulta insostenible por insuficiente, pues de seguirse una interpretación estricta de dicho precepto, la entidad mercantil deudora del dividendo acordado obtendría unos recursos financieros derivados del incumplimiento que incluso podría revestir carácter sistemático de su obligación de pago de los dividendos acordados. Las sumas indebidamente retenidas por la referida sociedad e invertidas en las actividades propias del tráfico mercantil, en que nos encontramos, generarían una rentable vía de financiación ilícita a costa del patrimonio del accionista perjudicado. En suma, estamos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa a favor de la sociedad deudora, lo que impide por injusto y arbitrario la aplicación del artículo 1.108 CC al caso estudiado, toda vez que el interés legal del dinero es insuficiente para reparar íntegramente los daños y perjuicios irrogados al patrimonio del socio lesionado. Obsérvese, como ya se tuvo ocasión de exponer, que el

artículo 1.108 CC tiene su origen en el homónimo código napoleónico, que admitía como excepción a la condena de los intereses legales los supuestos derivados de la actividad mercantil. La transcripción de tal norma a nuestro ordenamiento se realizó con omisión de las excepciones reconocidas expresamente en el derecho francés. El debate que sobre esta cuestión se suscitó en la doctrina francesa se zanjó al reconocer al acreedor una indemnización de daños y perjuicios superior a los simples intereses moratorios prevista en el artículo 1.153 del código civil napoleónico⁸⁶.

Igualmente, la doctrina italiana al interpretar el artículo 1.224 del Codice civile de 1942 ha reconocido el derecho del acreedor a reclamar un daño mayor que los intereses legales debidos a causa de la mora de su deudor⁸⁷.

El BGB en su parágrafo 288 admitía la posibilidad de reclamar un daño mayor que el mero interés legal. Tras la reforma operada por Ley de 30 de marzo de 2000 dicho precepto fue modificado, fijando unos intereses de cinco y ocho puntos porcentuales más alto que el porcentaje del tipo de interés básico, según se trate de consumidor o deudor moroso⁸⁸. Los autores alemanes, predominantemente, han sostenido que el interés legal ha de ser interpretado como un interés de mínimos. Esta posición doctrinal destaca que la pretensión de intereses y la de indemnización de daños y perjuicios no se identifican, pues si los intereses son una forma ordinaria de la indemnización en caso de mora, acontecimientos sucesivos pueden producir mayores daños, como sucedería en el caso de que a causa de la mora del deudor, el acreedor se viera en dificultades para hacer otros pagos⁸⁹. La misma postura se

86. Sobre este problema, puede verse BALIS, *Dommages et intérêts dus pour retard dans l'exécution d'une obligation de sommes d'argent*, en *Revue Critique*, 1934, p. 5; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, II-1, París, 1962, p. 568; GAUDEMET, DESBOIS, GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, París, 1965, p. 389; CARBONNIER, *Droit Civil. Les Obligations*, IV, París, 1972, p. 262; MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit civil*, T. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale, París, 1991, p. 731 y ss.

87. En la doctrina italiana se ha tratado esta cuestión in extenso para llegar a una conclusión favorable a la apreciación del mayor daño, pudiéndose consultar al respecto MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, p. 9; SPERANZA, "Prova del «maggiore danno» per svalutazione della moneta agli effetti del risarcimento dovuto per l'art. 1.224 C.c.", en *Rivista giuridica abruzzese*, 1951, p. 14; ASQUINI, "Clausole parametriche nelle obbligazioni pecuniarie e mora del debitore", *Rivista del Diritto Commerciale*, 53-2, 1955, p. 257; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (arts. 1.277-1284), Bologna-Roma, 1959, p. 550; DISTASO, "Le obbligazioni pecuniarie", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1, 1969, p. 450; BRANCA, "Mora e risoluzione: considerazione spicchiole", *Studi Grosso*, V, 1973, p. 667; TRABUCCHI, "La giurisprudenza di merito insiste sulla svalutazione come danno da mora", *Rivista di Diritto Civile*, 3, 1980, pp. 191 ss; INZITARI, "Interessi e maggior danno", *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. VI, dir. Galgano, Padova, 1983, pp. 221 y ss.

88. Sobre la citada reforma, puede verse ERNST, "Deutsche Gesetzgebung in Europa am Beispiel des Verzugsrechts", *ZEuP*, 2000, pp. 767 y ss.

89. Cfr. HEYMANN, "Das Verschulden beim Erfüllungsverzug", en *Festschrift für Erneccerus*, 1913, pp. 156 ss.; OERTMANN, *Einrede und Leistungsverzug*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 78, 1923, pp. 1 ss.; VON THUR, *Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, § 17 trad. argentina Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán. Los derechos subjetivos y el patrimonio, 1-1, Buenos Aires, 1946, p. 364, n. 22 a. 191; ENNECERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse*, 14 ed., II, Tübingen, 1954, p. 216; LARENZ, *Lehrbuch der Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 1-1, 10ª ed., München-Berlin, 1970, p. 259; VON MAYDEL, *Geldschuld und Geldwert*, München, 1974, p. 141.

sigue en el Código suizo de las obligaciones. Las más modernas orientaciones internacionales en materia contractual permiten al acreedor la posibilidad de obtener un resarcimiento del daño superior a la cuantía de los intereses legales, como por ejemplo puede observarse en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980⁹⁰.

En consecuencia, debemos acudir al criterio general recogido en los artículos 1.101, 1.102, 1.103 y 1.106 CC, entre otros, que imponen la indemnización de daños y perjuicios con carácter objetivo y en base a la valoración tanto del daño emergente como del lucro cesante sin limitación alguna *ab initio*.

Con base en lo anteriormente razonado, podría colegirse que el daño, en sentido estricto, causado por los administradores al patrimonio del accionista debe circunscribirse al nominal de la suma, que en concepto de dividendos acordados se dejó de percibir, actualizada con el interés legal del dinero exigible desde el momento en que la junta general aprobó el pago de dividendos. Esta tesis es la adecuada a la naturaleza mercantil de la obligación de resarcimiento derivada del incumplimiento por los administradores sociales del abono de los dividendos previamente acordados en junta general. Conviene insistir en las características peculiares del tráfico mercantil, en el que el incumplimiento de esta obligación produce por sí sólo un enriquecimiento injusto a favor de la sociedad con evidente daño para el accionista⁹¹. A este respecto, debemos traer a colación la doctrina jurisprudencial, que ha destacado que junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir

que, si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma. Ello es así, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, civiles o intereses, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor⁹².

De otro lado, corresponde ahora concretar la cuantificación de los perjuicios ocasionados al accionista afectado, ante la negativa del órgano de administración a abonarle el dividendo a que tenía derecho con arreglo a lo acordado en la junta general, aunque su determinación pueda responder a una amplia casuística.

Los supuestos en que se puede materializar el lucro cesante son numerosos, por ejemplo una inversión en la que el acreedor podía haber empleado la suma debida, y que por la tardanza en el cobro del dividendo, no tiene ocasión llevar a cabo, en la adquisición de deuda pública, la realización de préstamos a interés superior al legal, depósito remunerado en una entidad de crédito, entre otros muchos. A pesar de la nula producción jurisprudencial en materia de cuantificación del daño causado por impago del dividendo, no puede desconocerse que la valoración de los perjuicios habidos es tarea que recae en los órganos jurisdiccionales de instancia, sobre la base de la prueba que se aporte⁹³. No puede obviarse la circunstancia de que el dinero, como tal, produce una rentabilidad en el mercado financiero⁹⁴. En este sentido, la productividad mínima del dinero puede ser fácilmente concretada en virtud de las operaciones de pasivo con

90. Así, el primer inciso del art. 74 de la referida Convención establece que la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. En esta línea, el art. 78 del mismo texto dispone que si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

91. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 15-11-1977 reconoció, en relación con un contrato de naturaleza mercantil, la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital.

92. *Vid.*, en particular sobre este punto la STS 5-3-1992.

93. En orden a la apreciación de la prueba de los daños causados, es doctrina constante sentada por el Tribunal Supremo la de que ésta corresponde a la libre valoración por los tribunales. En tal sentido se ha señalado que la valoración probatoria de los hechos, es una cuestión fáctica (STS de 12-11-03) y que es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar en tiempo y forma las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los juzgadores (sentencia de 23-9-1996), pues no puede sustituirse la valoración que el juez a quo hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la entidad mercantil recurrente, función que corresponde, única y exclusivamente al juez de instancia y no a las partes (sentencias de 18-5-1990, 4-5-1993, 29-10-1996 y 7-10-1997, entre otras).

94. Particularmente se ha reconocido como daño el causado por la no disponibilidad de la suma debida por parte del acreedor, circunstancia que se resalta en. ASCARELLI, "Obligación...", *cit.*, pp. 556 y ss. y QUADRI, «Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie», en *Giurisprudenza italiana*, 1979, 1, 1, pp. 971 y ss.

las entidades de crédito y, particularmente, del depósito de dinero a plazo fijo, cuyo rendimiento viene referido a los tipos de interés de los préstamos, créditos y depósitos publicados por el Banco de España a través de sus índices oficiales. Este parámetro determina, en todo caso, lo que debería ser el rendimiento básico correspondiente al quantum del dividendo insatisfecho, lo que supone un criterio de mínimos, objetivo, fiable y fácilmente contrastable en orden a una correcta valoración del perjuicio efectivamente causado, pues se admite pacíficamente en la doctrina que toda cuantificación del perjuicio se ha de basar en una repercusión patrimonial respecto al acreedor de la obligación⁹⁵. Ha de insistirse en que, frente al daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el evento dañoso⁹⁶. Con esta línea doctrinal se intentaría corregir, en la medida de lo posible, que a la sociedad deudora le fuera “rentable” incumplir su obligación de satisfacer los dividendos acordados⁹⁷. En suma, pues, el quantum a que se contraen los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de abonar el dividendo acordado debe englobar el importe del dividendo aprobado en junta con el interés legal desde la adopción del acuerdo, más los perjuicios irrogados que podrían venir concretados en los índices oficiales publicados por el Banco de España para las operaciones de pasivo con las entidades de crédito⁹⁸. Cabe sugerir que ésta es la solución más viable para evitar que el acreedor tuviera que pagar más para proporcionarse idéntica

cantidad, pues hoy en día difiere sensiblemente el interés legal y el normal de mercado⁹⁹. La morosidad en el cumplimiento de una obligación no debe constituir un hecho económicamente provechoso para la sociedad deudora a causa de los bajos intereses aplicados a los supuestos mora en las obligaciones pecuniarias y a la lentitud de los procedimientos de reclamación¹⁰⁰. Se hace preciso adoptar, pues, un nuevo enfoque de la cuestión suscitada en orden a otorgar a los acreedores afectados una compensación por los gastos en que hayan incurrido, de modo que se invierta la tendencia que se ha venido manteniendo y se garantice que las consecuencias de la morosidad sean verdaderamente disuasorias para los supuestos de impago del dividendo acordado.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

Una vez que la junta general ha acordado la distribución de dividendos nace a favor del accionista el derecho concreto al dividendo, que tiene la naturaleza de un derecho de crédito contra la sociedad, pues se trata de un auténtico crédito de dinero. El impago al accionista del dividendo ya acordado constituye, por la transgresión que implica de la LSA, una grave infracción y, por ende, una conducta muy alejada del mínimo deber de diligencia que la Ley impone a los administradores sociales. El socio lesionado tiene derecho a dirigirse directamente contra todos los administradores para reclamarles la indemnización de los daños y perjuicios que por incumplimiento de la entrega del dividendo ha sufrido, a través de una acción individual y personal dirigida

95. Así, FERNÁNDEZ RUIZ, *Comentario al artículo 45 de la LSA, cit.*, p. 1.066.

96. Cfr. SANTOS BRIZ, *Tratado de Derecho Civil*, T. III, Barcelona, 2003, p. 487.

97. Tal como ha señalado BONET CORREA, *Las deudas...*, cit., p. 386 el deudor priva a su acreedor de la suma o cantidad debida y con ello de sus consecuencias propias como las de su naturaleza productiva, sus intereses, además de las posibilidades de disposición e inversión.

98. En este sentido, en relación con el préstamo, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, T. II, cit., pp. 270 y ss. ha destacado el carácter objetivo del índice señalado por el Banco de España en el mercado interbancario. A este respecto, pueden también señalarse como índices de especial relevancia a efectos estadísticos los tipos de interés en mercados internacionales, tales como el *eonia*, *euribor* y otros.

99. Así se pronuncia BONET CORREA, *Las deudas...*, cit., p. 382.

100. En esta línea argumental, el Considerando Dieciséis de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (*Diario Oficial n.º L 200 de 08/08/2000 p. 0035 - 0038*) ha advertido que es necesario un cambio decisivo incluida una compensación a los acreedores por los gastos en que hayan incurrido, para invertir esta tendencia y garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias. En desarrollo de este principio la letra d), párrafo primero, de su artículo 3 dispone que: “el tipo de interés de demora (“tipo legal”) que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate (“tipo de referencia”) más, como mínimo, 7 puntos porcentuales (“margen”), salvo que se especifique otra cosa en el contrato”. Este incremento del interés legal ha sido traspuesto en virtud del art. 7.2 que dispone que el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales. Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.

da a la reparación del daño causado a sus intereses. La determinación del daño que se ha ocasionado al socio por el impago del dividendo aprobado, la medida de su contenido y el alcance de sus consecuencias sugiere tener presente el derecho de daños y a las pautas jurisprudenciales que en ese campo se han ido decantando.

El daño ha de entenderse como una efectiva disminución patrimonial cuya valoración tiene que computarse desde el momento en que el dividendo debió haber sido satisfecho. Su cuantificación se obtiene por la diferencia entre el valor actual del patrimonio afectado y el que tendría si se hubiera producido el pago del dividendo acordado en tiempo y forma. El artículo 135 LSA se refiere a una indemnización y, como es sabido, tal concepto abarca tanto a los daños como a los perjuicios ocasionados por la actuación de los administradores de la sociedad. En los daños patrimoniales que han de repararse, no sólo ha de computarse la disminución que sufra el perjudicado en sus bienes, sino también ha de considerarse el perjuicio causado al no obtenerse el aumento patrimonial que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la responsabilidad, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una situación lesiva para el perjudicado no querida por el Derecho al ser contraria a los postulados básicos de justicia y equidad. Este planteamiento no puede quedar rechazado con el simple argumento de la dificultad de determinación del quebranto padecido por el acreedor ante los hipotéticos usos que se otorgaren al dinero de haberse cumplido la prestación en tiempo y forma. El artículo 1.108 CC encierra una norma especial de indemnización de daños y perjuicios que se ciñe al supuesto de

la reparación cuando el deudor de una obligación dineraria incurre en mora sin extenderse a otros daños y perjuicios que tengan carácter diferente, frente al criterio general recogido en los artículos. 1.101, 1.102, 1.103 y 1.106 CC, entre otros, que imponen la indemnización de daños y perjuicios con carácter objetivo y en base a la valoración tanto del daño emergente como del lucro cesante sin limitación alguna ab initio. El incumplimiento de una obligación dineraria no puede ser sancionado por el Derecho con la mera imposición coactiva del pago del principal y los exiguos intereses legales del artículo 1.108 CC. El contexto socio-económico, el elevado índice de inflación y las dilaciones procesales, junto con la propia esencia onerosa de la actividad mercantil permitirían a la sociedad incumplidora aprovecharse de las ventajas derivadas de esta fuente de financiación anómala e ilícita.

El daño, en sentido estricto, causado por el órgano de administración de la sociedad al patrimonio del accionista por no haberse abonado el dividendo aprobado, debe circunscribirse al nominal de la suma, que en concepto de dividendos acordados se dejó de percibir, actualizada con el interés legal del dinero, exigible desde el momento en que la junta general aprobó el pago de dividendos. En orden a la valoración de los perjuicios, la productividad mínima del dinero puede ser inferida de las operaciones de pasivo con las entidades de crédito y, en concreto, del depósito de dinero a plazo fijo, cuyo rendimiento viene referido de modo objetivo a los tipos de interés de los préstamos, créditos y depósitos publicados por el Banco de España a través de sus índices oficiales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, "La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales", *RdS*, 2002.
- ARANGUREN URRIZA, "Sociedad unipersonal de Responsabilidad Limitada", *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, II, dir. Garrido de Palma, Madrid, 1996.
- ARROYO MARTINEZ, "Impugnación de los acuerdos de la Junta General", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, II, coor. Ignacio Arroyo y José Miguel Embid, Madrid, 1997.
- ASCARELLI, "Obbligazioni pecuniarie", en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959.
- ASQUINI, "Clausole parametriche nelle obbligazioni pecuniarie e mora del debitore", en *Rivista del Diritto Commerciale*, 53-2, 1955.
- BALIS, *Domages et intérêts dus pour retard dans l'exécution d'une obligation de sommes d'argent*, en *Revue Critique*, 1934.
- BALTZER, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Colonia, Berlin, 1965.
- BEATSON y SCHRAGE, *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Oxford, Portland, Oregon, 2003.
- BELLEZA y GUBITOZI, *La nuova disciplina del diritto societario*, Piacenza, 2003.

- BELTRÁN, *Los dividendos pasivos*, Madrid, 1988.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Codificación civil y Codificación mercantil: La reforma del derecho de obligaciones", *Centenario del Código civil (1889-1989)*, T. I, Madrid, 1990.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 2001.
- BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas. Las acciones*, T. III, Madrid, 1970.
- BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981.
- BOQUERA MATARREDONA, *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996.
- BORELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954.
- BRANCA, "Mora e risoluzione: considerazione spicchiole", *Studi Grosso*, V, 1973.
- BRUNETTI, *Trattato del Diritto delle Società. Società per azioni*, II, Milán, 1948.
- CABRAS, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle Società di capitali*. Turín, 1995.
- CALAVIA MOLINERO y CABANAS TREJO, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Comentarios de urgencia a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1995.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Madrid, 1978.
- CARBONNIER, *Droit Civil. Les Obligations*, IV, París, 1972.
- CEREXHE, *Le Droit Européen*, Lovain, 1979.
- CHIAPPETTA, "La partecipazione al voto e alla discussione dell'amministratore in conflitto d'interessi", *Giur. Comm.*, 1990, I.
- CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milán 1975.
- COLUSSI y ZATTI, *Diritto Commerciale*, Pádua, 1990.
- COTTINO, *Diritto Commerciale*, vol. I, Pádua, 1976.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, *Los acuerdos del consejo de administración*, Barcelona, 1999.
- DÍEZ- PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO, *Comentario Código Civil*, T. II, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I: *Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid, 1992.
- DISTASO, "Le obbligazioni pecuniarie", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1, 1969.
- DONATI, *L'invalidità della deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, Milán, 1937.
- DORAL y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses", *ADC*, 1980.
- ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse*, 14 ed., II, Tübingen, 1954.
- ERNST, "Deutsche Gesetzgebung in Europa am Beispiel des Verzugsrechts", *ZEuP*, 2000.
- ESTEBAN VELASCO, "Configuración estatutaria del órgano de administración.", *Derecho de la Sociedad Anónima-I*, Coor. Alonso Ureba, Duque Domínguez, Esteban Velasco, García Villaverde y Sánchez Calero, Madrid, 1991.
- ESTURILLO, *Estudio de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996.
- FARENKA, "La deliberazione di società como atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza", en *Riv. dir. comm.*, 1978-I.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, "voz: Acuerdo Social", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ RUIZ, "Comentario al artículo 45 de la LSA", *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, dir. Sánchez Calero, T. I, *Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones*, Madrid, 1993.
- FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929.
- FERRO-LUZZI, *La conformita delle deliberazioni assembleari alla legge et all'atto costitutivo*, Milán, 1993.
- FERRI, *Le società*, Torino, 1985.
- GALGANO, "L'atto giuridico come categoria ordinante del diritto privato." *Rivista Contrato e Impresa*, 1990.

- GALGANO, *El Negocio Jurídico*, trad. por Blasco y Prats, Valencia, 1992.
- GARCÍA LUENGO Y SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la letra de cambio*, Granada, 1986.
- GARCÍA-CRUCES, *Los dividendos a cuenta*, Madrid, 1991.
- GARRIGUES, "Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas", *RDM*, 1946.
- GARRIGUES, «El dinero como objeto de la actividad bancaria», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid, 1980.
- GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I y II, Madrid, 1953.
- GAUDEMET, DESBOIS, GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, París, 1965.
- GIRÓN TENA, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español", *ADC*, 1959.
- GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas según la Ley de 17 de julio de 1951*, Valladolid, 1952.
- GOLDENBERG, "Revalorización de los créditos dinerarios", *Reseña de jurisprudencia*, 1978.
- HERNÁNDEZ MARTÍ, "Organos de la sociedad Anónima" *RGD*, 1991.
- HEYMANN, "Das Verschulden beim Erfüllungsverzug", en *Festschrift für Enneccerus*, 1913.
- IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1971.
- IGLESIAS PRADA y GARCÍA DE ENTERRÍA, "Los órganos sociales de las sociedades anónimas y limitada", *Lecciones de Derecho Mercantil*, dir. Menéndez, Madrid, 2005.
- ILLESCAS, *El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima*, Sevilla, 1973.
- ILLESCAS, "El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte"; *Derecho de los Negocios*, 1992 (21).
- INZITARI, "Interessi e maggior danno", *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell' economia*, vol. VI, dir. Galgano, Padova, 1983.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2003.
- JIMENEZ SANCHEZ y DIAZ MORENO, "La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada", *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, XIV, vol. 5º, dir. Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. I, Madrid, 2000.
- LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. I, Barcelona, 1950.
- LARENZ, *Derecho de obligaciones*, V. I, (versión española y notas de Santos Briz), Madrid, 1958.
- LARENZ, *Lehrbuch der Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 1-1, 10ª ed., München-Berlin, 1970.
- LLOBREGAT, "La disciplina de los dividendos pasivos en la reforma del Derecho español de sociedades anónimas" *AAVV, Derecho de sociedades anónimas*, T. II, *Capital y acciones*, Vol. I, Madrid, 1994.
- LOJENDIO, "Aportaciones sociales", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, 1, dir. Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1994.
- LÓPEZ CURBELO, "Algunas consideraciones en torno al art. 116 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989", *Actualidad Civil*, 1992.
- LÓPEZ LÓPEZ, "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio", *Anuario de Derecho Civil*, 1994, 47.
- MARTÍN REYES, "Comentario a la Ley de sociedades anónimas", Dir. Sánchez Calero, T. I, *Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones*, Madrid, 1997.
- MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, II-1, París, 1962.
- MARULLI, "Assemblea", *Le Società per azioni*, II, vol 1º, *Gli organi il controllo giudiziario*, dir. por Cavalli, Marulli y Silveti, Turín, 1996.
- MASSAGUER "Beneficio, reservas y dividendos en la sociedad anónima", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 152, sept. 1997.
- MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de Droit civil*, T. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, París, 1991.
- MEJÍAS GONZÁLEZ, "La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas", *RGD*, 1952.
- MERCADAL y JANIN, *Memento Lefebvre. Societes commerciales*, París, 1990.

- MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, París, 1990.
- MINERVINI, "Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953.
- MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 2002.
- MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948.
- MOTTA MONREAL, "Los acuerdos sociales en las Sociedades de Responsabilidad Limitada", *AAMN*, XXI, 1978.
- MUÑOZ MARTÍN, "La obligación de pago de los dividendos pasivos", *Libro homenaje al Profesor Sánchez Calero*, Vol. I, Madrid, 2002.
- OERTMANN, *Einrede und Leistungsverzug*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 78, 1923.
- PALA LAGUNA, E y PALA LAGUNA R, "Impugnabilidad del acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, de formulación de las cuentas sociales", *RdS*, nº 9, 1998.
- PANTALEÓN, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: ley 51-1982 de 13 de julio de 1982, y ley 13-1983, de 24 de octubre de 1983*, coor. Manuel Amorós Guardiola, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid, 1986.
- PARRA LUCÁN, "Responsabilidad civil de administradores de sociedades" en *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, 2003.
- PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, Barcelona, 1933.
- PÉREZ OCAÑA, "La acción e nulidad de los acuerdos sociales en la ley de Sociedades Anónimas y los criterios de armonización del derecho comunitario", *AC*, nº 25, junio 1992.
- POLO, "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima" en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1992.
- PORTELLANO DÍEZ, "A. 16 y 17", *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997.
- POTHIER, *Traité des Obligations*, París, 1825.
- QUADRI, "Danno e risarcimento nelle obbligazioni pecuniarie", en *Giurisprudenza italiana*, 1979, 1, 1.
- QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores*, Valladolid, 1985.
- RENKL, *Der Gesellschafterbeschluss*, Stuttgart, Berlín, Colonia, Mainz, 1982.
- RONCERO SÁNCHEZ, "La Sociedad de capital unipersonal", *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, II, coor. por Rodríguez Artigas, García Villaverde, Fernández de la Gándara, Alonso Ureba, Velasco San Pedro, Esteban Velasco, Madrid, 1996.
- RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1974.
- RUIZ-RICO, "Artículo 1.108" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, T. XI, Vol. I, arts. 1.088 a 1.124 CC, Madrid, 1989.
- SÁNCHEZ ANDRÉS "Las acciones", *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, IV, dir. por Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ CALERO, "Administradores" en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990.
- SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), T. XXIV, Madrid, 1984.
- SANTOS BRIZ, "Arts. 1.108 a 1.109" en *Comentarios del Código Civil*, coor. Sierra Gil, T. VI, Barcelona 2000.
- SANTOS BRIZ, *Tratado de Derecho Civil*, T. III, Barcelona, 2003.
- SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 1, Berlín, 1851.
- SCHILLING, *Das Vollmachtstimmercht der Aktiengesellschaft in der eigenen Hauptversammlung*, Munich, 1975.
- SCHMIDT, *GrossKommentar Aktiengesetz*, T. I, Berlín, 1961.
- SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1991.
- SPERANZA, "Prova del «maggior danno» per svalutazione della moneta agli effetti del risarcimento dovuto per l'art. 1.224 C. c.", en *Rivista giuridica abruzzese*, 1951,

- STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 1975.
- SUÁREZ LLANOS, "La responsabilidad por deudas de los administradores de una sociedad anónima", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II, Madrid, 1997.
- TRABUCCHI, "La giurisprudenza di merito insiste sulla svalutazione come danno da mora", *Rivista di Diritto Civile*, 3, 1980.
- TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, Milán, 1958.
- TROMBETTA, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, Rimini, 1965.
- URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 2001.
- URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999.
- URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, "La Junta General de accionistas", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir, Uría, Menéndez y Olivencia, Madrid, 1992.
- VÁZQUEZ BONOME, *Tratado de Derecho Cambiario*, 2ª ed. Madrid, 1993.
- VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y Concordancias*. Madrid, 1974.
- VICENT CHULIÀ, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Vol. 1º, Barcelona, 1991.
- VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2004.
- VICENTE y GELLA, *Las resoluciones de la Asamblea General de una Sociedad Anónima*, Zaragoza, 1932.
- VICENTE Y GELLA, *Curso de derecho mercantil comparado*, cuarta edic. Zaragoza, 1960.
- VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, München, 1974.
- VON THUR, *Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, § 17, trad. argentina Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán. Los derechos subjetivos y el patrimonio, 1-1, Buenos Aires, 1946.
- WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1980.
- WINNEFELD, "Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluss, ihre Rechtsnatur und Behandlung", *Der Betrieb*, nº 22, 1972.