



Roj: **SAP M 14036/2017 - ECLI: ES:APM:2017:14036**

Id Cendoj: **28079370282017100403**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **13/10/2017**

Nº de Recurso: **627/2015**

Nº de Resolución: **451/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0250677

Rollo de apelación nº 627/2015

Materia: **Derecho de sociedades**

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario nº 319/2012

Parte apelante: JESÚS AUTO, S.A.

Procurador/a: D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta

Letrado: D. José Antonio Valenzuela Alonso y D^a María Teresa Jurado Caballero

Parte apelada: D. Bernardino

Procurador/a: D. José Luis Barragués Fernández

Letrado/a: D. Juan Carlos Gómez León/D. Rodolfo Sanz Almale

SENTENCIA N° 451/2017

En Madrid, a 13 de octubre de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 627/2015, los autos del procedimiento nº 319/2012, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por el procurador D. José Luis Barragués Fernández en representación de D. Bernardino contra JESÚS AUTO, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al Juzgado que dictase *"sentencia mediante la cual se condene a la demandada a pagar*



a mi principal la cantidad de SESENTA Y CINCO MIL EUROS (65.000 euros) más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la interposición de la demanda, junto con las costas que el procedimiento origine".

SEGUNDO. - Al cabo del trámite, el tribunal de primera instancia dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2015, con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Bernardino, condeno a la mercantil JESÚS AUTO, S.A. al pago al actor de la cantidad de 52.987,50 euros, más los intereses legales desde la presente resolución./ Cada parte hará frente a las costas ocasionadas a su instancia".

TERCERO.- Con fecha 23 de abril de 2015 se dictó auto de rectificación con la siguiente parte dispositiva: "Se rectifica la sentencia de 16 de marzo de 2015 en el sentido de que donde se dice en el Fundamento Jurídico Tercero: "La estimación parcial de la solicitud de medidas cautelares...", debe decir: "la estimación parcial de la demanda..." y donde en la Parte Dispositiva se dice "... condeno a la mercantil JESÚS AUTO, S.A. al pago de la cantidad de 52.987,50 euros, más los intereses legales desde la presente resolución, debe decir "... condeno a la mercantil JESÚS AUTO, S.A. al pago de la cantidad de 52.987,50 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda".

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes, por D^a Adelina se interpuso recurso de apelación, que tramitado en legal forma, con oposición de la parte contraria, ha dado lugar al presente rollo. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 11 de octubre de 2017.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES RELEVANTES Y TÉRMINOS EN QUE SE PLANTEA EL RECURSO

1.- El presente expediente trae causa de la demanda promovida por D. Bernardino contra JESÚS AUTO, S.A. ("JESÚS AUTO" de aquí en adelante) a fin de que se le haga efectiva la participación que como titular del 12,5% del capital social le corresponde en los resultados de la sociedad de los ejercicios 2007, 2008, 2009 y 2010, cuya distribución como dividendos fue aprobada en junta general.

2.- Al cabo del trámite se dictó sentencia parcialmente estimatoria. El juzgador precedente llega a tal decisión: (i) tras rechazar por falta de prueba el argumento principal de la sociedad demandada, relativo a la existencia de un acuerdo parasocial por virtud del cual los dividendos habrían de hacerse efectivos al padre de los cuatro accionistas de la entidad, el demandante y sus tres hermanos, para que aquel, tras deducir lo que precisara para su subsistencia, repartiera el resto a sus hijos; (ii) considerar que las transferencias mensuales de 500,84 euros hechas al demandante por su padre, D. Jeronimo, que se han constatado en el curso de las actuaciones, no responden al concepto de pago de dividendos; y (iii) estimar que del total reclamado debe detrarse el sumatorio de las cantidades ingresadas en la Agencia Tributaria por JESÚS AUTO por el concepto de retenciones correspondientes al IRPF sobre dividendos abonados al Sr. Bernardino en el periodo 2008-2010.

3.- Disconforme con lo así decidido, JESÚS AUTO recurrió en apelación. Son tres los motivos en que se apoya el recurso.

(i) En el primero se denuncia la infracción procesal cometida en la sentencia al no resolverse en ella, como impone el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), sobre la admisión y alcance probatorio del auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 21 de Madrid con fecha 5 de enero de 2015, por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas incoadas como consecuencia de querrela presentada por el demandante, aportado por la recurrente por medio de escrito presentado el 13 de enero de 2015.

(ii) En el segundo motivo impugnatorio se cuestiona, en esencia, la valoración probatoria y las conclusiones fácticas reflejadas en la sentencia como fundamento del fallo.

(iii) Como tercer motivo de impugnación se aduce la defectuosa aplicación de diversos preceptos y doctrinas legales.

4.- En los apartados que siguen acometeremos, en la medida que resulte procedente para la adecuada resolución de la controversia que se nos somete, las cuestiones que afloran en el recurso.

II. SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 271.2 LEC

5.- Basa JESUS AUTO su denuncia en que, habiéndosele admitido al demandante como prueba documental en la audiencia previa copia de la querrela interpuesta contra la mercantil y sus administradores solidarios por el



impago de dividendos correspondientes a los ejercicios 2011 a 2013, presentó por escrito de 13 de enero de 2015, encontrándose las actuaciones pendientes de dictarse sentencia, copia del auto dictado en el seno de las diligencias previas incoadas a raíz de dicha querrela acordando el sobreseimiento provisional y el archivo provisional; que con fecha 20 del mismo mes, el SR. Bernardino presentó escrito efectuando alegaciones al amparo de lo previsto en el artículo 271.2 LEC ; que con fecha 27 de enero de 2015, se dictó diligencia de ordenación en la que, tras acordar la unión a las actuaciones de los escritos presentados por ambas partes, se acuerda pasar los autos a la mesa del juzgador para resolver; que sin ninguna otra actuación intermedia se dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2015 ; que en la sentencia no se resuelve sobre la admisión y alcance del auto aportado por la parte recurrente, resultando este totalmente obviado por el juzgador precedente.

Respuesta del Tribunal

6.- Constatados los hitos señalados por la parte recurrente, no cabe sino concluir que se infringió lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 271.2 LEC , a tenor del cual, ante una situación como la que nos ocupa, el tribunal de la primera instancia debería haberse pronunciado en la sentencia sobre la admisión y, en su caso, el alcance probatorio del auto penal aportado por la apelante.

7.- La estimación del motivo comporta las consecuencias anudadas al tipo de infracción que nos ocupa en el artículo 465.3 LEC , el cual dispone que la sentencia apelada habrá de ser revocada, entrando el tribunal de segunda instancia a resolver sobre las cuestiones objeto del proceso.

III. SOBRE LAS BASES FÁCTICAS DE LAS QUE HA DE PARTIR LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA SUSCITADA

8.- Forzados al reexamen del material probatorio obrante en las actuaciones a fin de delimitar la base fáctica de la que ha de partir la respuesta a la controversia que se nos somete, la primera cuestión que debemos abordar, de conformidad con el artículo 271.1 LEC , es la relativa a la trascendencia del auto de sobreseimiento provisional y archivo dictado por el Juzgado de Instrucción número 21 de Madrid en el seno del procedimiento penal incoado a raíz de la querrela presentada por el promotor del expediente en los términos que ya quedaron apuntados.

9.- Hemos de señalar a este respecto que, consistiendo el documento objeto de consideración en un auto de sobreseimiento provisional, no firme además, no cabe atribuir al mismo el carácter de condicionante o decisivo, como exige el artículo 271.2 LEC para admitirlo como elemento de prueba.

10.- Sentado lo anterior, el material probatorio incorporado a las actuaciones conduce a unas conclusiones fácticas que se apartan radicalmente de las señaladas en la resolución recurrida, y que pivotan sobre la consideración como acreditados del pacto parasocial esgrimido por la mercantil recurrente y la realización de los actos de ejecución del referido pacto en relación con los dividendos generados en los ejercicios sociales de referencia, en línea con el discurso de aquella. Así cabe deducirlo de los siguientes hechos probados, que, en apreciación de conjunto, constituyen prueba indirecta de aquellas bases:

(i) En el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2007 y 8 de noviembre de 2010, el Sr. Jeronimo ingresó en cuenta 214.000 euros, provenientes de las transferencias efectuadas a su favor por TRISE, S.A. (documento número 13 del escrito de contestación).

(ii) JESÚS AUTO es titular del 99,95% del capital social de TRISE, S.A. (documentos 6 y 7 del escrito de contestación); en la memoria de las cuentas anuales de los ejercicios 2007 y 2008 aportadas con el escrito de demanda JESÚS AUTO figura como titular del 100% del capital social de TRISE, S.A.

(iii) El único activo de JESÚS AUTO está constituido por las acciones de TRISE, S.A., cuyos ingresos provienen del arrendamiento de un número de estaciones de servicio en Ronda. Lo reconoció el aquí apelado en el desarrollo de la prueba de interrogatorio de parte; los balances integrados en las cuentas anuales de JESÚS AUTO aportadas con el escrito de demanda no reflejan otro tipo de activos.

(iii) La cifra de 214.000 euros coincide con el sumatorio de los dividendos netos (esto es, una vez descontadas las retenciones sobre el IRPF) de JESÚS AUTO en los ejercicios 2007 a 2010 (documentos 6, 7, 8 y 9 del escrito de demanda).

(iv) En el periodo 2007 a 2010, desde la misma cuenta bancaria en la que tuvieron entrada las transferencias recibidas de TRISE, S.A., el Sr. Jeronimo efectuó transferencias a favor de su hijo, D. Bernardino que totalizan 32.366,56 euros (documento 14 del escrito de contestación).

(v) En el periodo contemplado, JESÚS AUTO ingresó en la Agencia Tributaria 95.900 euros en concepto de retención a cuenta por el IRPF sobre los dividendos sujetos a reparto entre los socios; de dicha suma, 12.012



euros corresponden a retenciones a cuenta a nombre de D. Bernardino (documentos 8 a 11 del escrito de contestación).

(vi) En el periodo de referencia, D. Bernardino declaró ante la Agencia Tributaria como rendimientos de capital mobiliario los dividendos que le correspondían con arreglo a su cuota de participación en el capital social de JESÚS AUTO (prueba de interrogatorio de parte).

11.- Por otra parte, el hecho de que, antes de devenir socios de JESÚS AUTO el promotor del expediente y sus tres hermanos (en virtud de la transmisión por el padre de sus acciones, instrumentalizada en escritura pública de 3 de marzo de 2006), el primero ya viniera percibiendo ingresos regulares de D. Jeronimo por medio de transferencias mensuales, y que, a partir del mes de enero de 2009, las transferencias efectuadas por aquel a favor de su hijo Jeronimo figurasen realizadas por el concepto de "ayuda alimenticia" (documento número 10 de la parte actora, aportado en la audiencia previa), no desvirtúan necesariamente nuestro análisis. Las propias contestaciones del SR. Bernardino en la prueba de interrogatorio de parte evidencian la existencia de un contexto (desahogada situación económica originaria del progenitor, situación económica personal difícil a raíz de su divorcio, embargo de nómina para abono de la correspondiente pensión alimenticia), que permite lecturas alternativas a la que nos quiere presentar el aquí apelado, como propugna la sociedad recurrente. Por lo demás, nos encontramos con el poderoso contrapunto que supone el reconocimiento de la percepción de los dividendos que se reclaman ante la Hacienda Pública, sin que la razón de tal proceder que se nos ofrece (se hacía lo que decían los hermanos, se actuó así por respeto al padre) constituya una explicación plausible.

12.- A la vista de cuanto antecede, el recurso ha de ser estimado.

IV. COSTAS

13.- La suerte del recurso comporta los siguientes pronunciamientos en materia de costas:

13.1.- Las costas de la primera instancia han de ser impuestas a la parte demandante, de conformidad con el artículo 394.1 LEC .

13.2.- No ha lugar a expresa imposición de las costas generadas por el recurso, por aplicación de lo establecido en el artículo 398.2 LEC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por JESÚS AUTO, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en los autos de juicio ordinario nº 319/2012 con fecha 16 de marzo de 2015.

2.- En consecuencia, REVOCAR y dejar sin efecto la meritada sentencia, para ACORDAR EN SU LUGAR:

2.1.- Desestimar la demanda promovida por D. Bernardino contra JESÚS AUTO, S.A.

2.2.- Condenar a D. Bernardino al pago de las costas ocasionadas en primera instancia.

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas de segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal