



Roj: **SAP NA 227/2014 - ECLI: ES:APNA:2014:227**

Id Cendoj: **31201370022014100142**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **13/05/2014**

Nº de Recurso: **160/2013**

Nº de Resolución: **124/2014**

Procedimiento: **Apelaciones juicios ordinarios**

Ponente: **ANGEL MANUEL DE PEDRO TOMAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 124 /2014

Ilmos. Sres.

Presidente

D^a BELEN PEREZ FLECHA DIAZ

Magistrados

D. RAFAEL MARIA CARNICERO JIMENEZ DE AZCARATE

D. ANGEL MANUEL DE PEDRO TOMAS (Ponente)

En Pamplona/Iruña a 13 de mayo de 2014.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Magistrados arriba referenciados, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil 160/2013**, derivado de los autos de Juicio Ordinario 950/2012, Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pamplona. Siendo *parte apelante*, la demandante, doña Adelaida, representados por el Procurador don Jaime Ubillos Minondo, y asistido por don Luis Antonio Iribarren Udobro. Y siendo *parte apelada* doña Beatriz, representado por doña Ana Gurbindo Gortari, y asistida por don José Ramón Lecumberri Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pamplona se siguió procedimiento de Juicio Ordinario 950/2011, del que este Rollo de Apelación dimana, en el que con fecha 9 de abril de 2013 se dictó Sentencia 29/13 en la que se acordaba en fallo:

<<. Que **DESESTIMANDO**, como **DESESTIMO, INTEGRAMENTE**, la demanda formulada por D^a Adelaida, representada en autos por el Procurador D. Jaime Ubillos Minondo, contra D^a Beatriz, representada en autos por la Procuradora D^a Ana Gurbindo Gortari, debo ABSOLVER y ABSUELVO a dicha demandada de cuantos pedimentos se contienen en el escrito de demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.>>

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación la representación procesal de la parte demandada, oponiéndose a su fundamentación la parte demandante, remitiéndose seguidamente las actuaciones originales, previo emplazamiento de las partes, a esta Audiencia en donde al no solicitarse práctica probatoria y considerarse innecesaria la celebración de vista pública, se señaló el día 2 de abril de 2014, para deliberación del tribunal, quedando las actuaciones concluidas para el dictado de la oportuna resolución.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don ANGEL MANUEL DE PEDRO TOMAS, que expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso .- En el presente proceso se ejercita por la parte actora, doña Adelaida , frente a la demandada, doña Beatriz , dos acciones acumuladas derivadas de una relación jurídica de derecho de usufructo que une ambas en sus respectivas condiciones de usufructuaria y nudo propietaria, que recae sobre un conjunto de acciones de tres Sociedades Mercantiles, Iberdrola, Banco Santander y Telefónica. Cuales son:

a).- Una acción declarativa, a fin de que se declare por el Tribunal que las acciones que las citadas Sociedades mercantiles puedan abonar en concepto de pago de los dividendo o beneficios de las acciones, cuyo usufructo ostenta doña Adelaida , son frutos de las mismas, y por tanto, pertenecen en propiedad a la usufructuaria.

b).- Como corolaria de la anterior, una acción de condena a la nudo propietaria, doña Beatriz , a entrega a la usufructuaria, doña Adelaida , las acciones de las tres sociedades mercantiles que por ese concepto haya percibido la primera durante la vigencia del usufructo.

La **Sentencia de primera instancia** (9 de abril de 2013) ha desestimado íntegramente la demanda, considerando que, en defecto de previsión especial en el título constitutivo del usufructo, es de aplicación la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital, en particular en su artículo 129.4 , correspondiendo la titularidad de las nuevas acciones al nudo propietario.

Contra la referida resolución se alza la parte demandante, interesando su revocación por medio del presente **recurso de apelación** , basado en unas alegaciones en las que subyace la denuncia de una incorrecta aplicación del derecho, en cuanto la sentencia de primera instancia ha partido del hecho de que para la entrega de las acciones liberadas a los accionistas las sociedades mercantiles referidas han acordado una ampliación de capital, y no ha tenido en cuenta que dichas acciones entregadas son el fruto civil de las acciones usufructuadas, y como tal, le corresponden en plena propiedad a la usufructuaria.

La parte demandada formula **oposición a la apelación** , interesando la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente. Considera que no se puede hablar, en ningún caso, de dividendo o beneficio repartible, o pago de dividendo en especie, sino de una nueva forma de retribución al accionista consistente en la atribución de nuevas acciones liberadas consecuencia de ampliación de capital con cargo a reservas ya existentes; pudiendo optar el nudo propietario entre quedarse con las nuevas acciones, o vender los derechos de suscripción preferente a la nueva sociedad o a un tercero.

La lectura de los motivos expuestos permite afirmar que la cuestión es netamente jurídica; por ello, con carácter previo a entrar en el fondo del asunto, es preciso hacer un breve referencia a la doctrina jurisprudencial relativa al usufructo de acciones, la cual es trasladable al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO.- Doctrina jurisprudencial sobre el usufructo de acciones .- La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 , (Ponente D. FRANCISCO MARIN CASTAN), hace un recorrido sobre la jurisprudencia del propio Tribunal relativa al usufructo de acciones en los siguientes términos:

"En cuanto a la jurisprudencia, no cabe duda de que su sentido general es que el derecho de usufructo no queda vacío de contenido, en perjuicio de usufructuario, por la doble circunstancia de que la sociedad, merced al voto del nudo propietario, acuerde no distribuir dividendos y, al mismo tiempo, no haya compensación alguna en favor del usufructuario a la finalización del usufructo .

Así, la sentencia de 19 de diciembre de 1974 , en un caso de usufructo sobre los "beneficios" de participaciones sociales y unos acuerdos de la sociedad de no repartir beneficios durante dos años consecutivos, declaró que si se aceptara la tesis de las nudas propietarias " se vendría a dejar a voluntad de éstas, el cumplimiento de la obligación solemnemente contraída, pues les bastaba adoptar el acuerdo social de no repartir dividendos , ya que tenían mayoría en la Sociedad, para burlar a su generosa madre, lo cual chocaría con el precepto contenido en el artículo 1256 del Código Civil , que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio del obligado ".

La sentencia de 16 de julio de 1990 , también ante un caso de usufructo sobre los "beneficios" y en el que durante dos ejercicios consecutivos la sociedad había acordado aplicar los beneficios sociales íntegramente a reservas, ratificó el criterio de la sentencia de 1974 para reconocer al usufructuario el derecho a los beneficios sociales proporcionales a las participaciones usufructuadas.

La sentencia de 28 de mayo de 1998 siguió la misma línea, en este caso para reconocer a los herederos del usufructuario un derecho de crédito representado por el incremento de valor de las acciones de dos sociedades anónimas por razón de beneficios no repartidos que habían pasado fundamentalmente a reserva voluntaria.



Por último, la sentencia de 27 de julio de 2010 ha abundado en la misma línea en un caso de usufructo sobre "la totalidad de los dividendos " producidos por 220 acciones de una sociedad anónima,, explica la ausencia de norma expresa en relación a la liquidación del usufructo en la Ley de 1951:

"la jurisprudencia de esta Sala hubo de suplir la imprevisión de la LSA de 1951 interpretándola conforme a las normas generales de las obligaciones y contratos en relación con las reglas del usufructo. Y si bien es cierto que la LSA de 1989 y la LSRL de 1995, por remisión, arbitró un remedio expreso en el art. 68 de la primera, este se ha revelado insuficiente frente a actuaciones abusivas o de mala fe del nudo propietario, que deben seguir siendo evitadas por los tribunales si conducen a que el usufructo quede, de hecho, vacío de contenido."

Añade la analizada Sentencia de 20 de marzo de 2012 , que, "La doble circunstancia, constitución del usufructo sobre los "dividendos distribuidos" y exclusión de las reglas de liquidación previstas con carácter general en el art. 68 LSA de 1989 , determina que, en caso de conflicto, los tribunales deban interpretar el título constitutivo del usufructo, de un modo que el derecho del usufructuario no quede absolutamente vacío de contenido, pues según el art. 1258 CC los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, "según su naturaleza, sean conformes a la buena fe"; conforme al art. 1289 CC , "si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses"; y en fin, según la jurisprudencia, tanto el art. 1258 CC como su art. 1256 impiden que el nudo propietario pueda de hecho, mediante su voto exclusivamente o uniendo su voto a otros en contra del usufructuario, vaciar de contenido el derecho de usufructo."

TERCERO.- Resolución del recurso .- La valoración de la actividad probatoria realizada en el proceso, a la luz de las anteriores consideraciones jurisprudenciales, permite formar en el Sala una convicción favorable a estimar las alegaciones de la parte apelante. La cuestión es resuelta con base a las siguientes consideraciones:

En escritura pública de aportación a la sociedad de conquistas de fecha 9 de abril de 1990, los cónyuges don Calixto , y doña Adelaida constituyen según reza la escritura "el usufructo vitalicio, y con carácter simultáneo y sucesivo a favor de ambos cónyuges de todos los bienes descritos", entre los que se incluyen las acciones controvertidas de las entidades Banco Santander, Iberdrola y Telefónica propiedad del marido (documento nº 1 de la demanda).

Tras el fallecimiento del esposo, don Calixto , y mediante Auto de declaración de herederos de fecha 11 de marzo de 1994, se "declara sucesora legal abintestato a la hermana del fallecido, doña Beatriz , manteniéndose el usufructo viudal en favor de la esposa del causante, doña Adelaida " (documento nº 2 de la demanda). De tal forma que ambas cuñadas comparten desde esta fecha, respectivamente, el usufructo y la nuda propiedad de las referidas acciones.

Hasta el año 2009, doña Adelaida percibió con normalidad los dividendos de las acciones de su difunto marido, en la medida en que dichas sociedades iban repartiendo beneficios. A partir de esta fecha las tres entidades progresivamente cambian la forma de retribución de las acciones, permitiendo a los accionistas la opción de recibir el pago de los dividendos en efectivo o en acciones liberadas de la respectiva sociedad, a través de las figuras de "Santander dividendo elección", "Iberdrola dividendo flexible", o, "Telefónica scrip dividend" (cuestión no controvertida y documental, en particular los folletos explicativos de las tres sociedades, doc. nº 4, 5, 6 de las demanda, y doc. nº 1 de la contestación).

Al encontrarnos ante acciones usufructuadas se concedió por las sociedades el derecho de elección a la nudo propietaria, doña Beatriz (hermana del causante), ya que el artículo 127 LSC, concede a éste los derechos políticos, entre ellos, el de voto. El sistema retributivo alternativo se configura por estas sociedades, de tal manera, que si el accionista (en este caso la nudo propietario) no dice nada, el pago de los dividendos se realiza en acciones de la propia sociedad; siendo necesario para que el pago se haga en metálico decidirse expresamente por esta opción (Ejemplo, documento nº 4 de la demanda). La Sra. Calixto se encuentra con la disyuntiva de que si elige el pago en efectivo de los dividendos, lo cobra su cuñada; por el contrario, si guarda silencio, las acciones pasan a ser de su propiedad, opción que eligió. Ponemos el acento en el parentesco existente entre el constituyente, la viuda usufructuaria, y la heredera nudo propietaria, no de forma gratuita, sino porque entendemos que dicha relación incide a la hora de interpretar la voluntad del constituyente del usufructo.

La controversia jurídica que se plantea es, ¿a quién corresponden las acciones en este caso?, y, ¿a quién corresponde el derecho de elección en relación a la forma de pago?

Partimos de una cuestión no discutida, por obvia, que la usufructuaria, en este caso doña Adelaida , tiene derecho a los frutos de la cosa usufructuada mientras dure el derecho de usufructo, así lo establece la Ley 415 del Fuero Nuevo de Navarra (FN), y el 471 del Código Civil. Tampoco cabe duda de que el dividendo, como beneficio repartibles que es, tiene el carácter de fruto, y pertenece al usufructuario de las acciones; así el



artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece que, "el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el período de usufructo".

El pago de este dividendo podrá hacerse por la Sociedad tanto en efectivo, como en especie, es decir, tanto en metálico, como en acciones de la Sociedad, y en uno y otro caso, pertenecerán a la usufructuaria. El problema no surgirá cuando se paguen los dividendos con acciones procedentes de la autocartera, sino, como en el caso que nos ocupa, cuando se procede a una ampliación de capital como forma de pago de los dividendos, dejando a elección del accionista la posibilidad de elegir el sistema de retribución en metálico, o en acciones liberadas.

Cuestiona la parte demandada, en primer lugar, el carácter de dividendo de las nuevas acciones; así, considera que no se puede hablar, en ningún caso, de dividendo o beneficio repartible, o pago de dividendo en especie, sino de una nueva forma de retribución al accionista consistente en la atribución de nuevas acciones liberadas consecuencia de ampliación de capital con cargo a reservas ya existentes; pudiendo optar el nudo propietario entre quedarse con las nuevas acciones, o vender los derechos de suscripción preferente a la nueva sociedad o a un tercero.

No comparte la Sala la tesis de la parte apelada, no sólo porque ya nos está diciendo con su argumentación que nos encontramos ante una forma de retribución de los accionistas, sino porque se deduce de forma contundente de la documental obrante en autos emitida por las tres sociedades participadas. Así: a).- El BANCO SANTANDER, en la carta enviada a los accionistas, ofrece un "nuevo esquema de retribución a los accionistas, que tiene por objeto darles la opción de recibir en efectivo o en acciones liberadas del banco" (documento nº 4 de la demanda). En el folleto explicativo denomina el esquema retributivo como "SANTANDER DIVIDENDO ELECCIÓN", y describe las posibles acciones con el siguiente reclamo, "Efectivo o acciones, usted elige"; b).- En el mismo sentido "IBERDROLA DIVIDENDO FLEXIBLE", ofrece a los accionistas varias opciones retributivas bajo la fórmula de "Elige la retribución que mejor se adapta a tus necesidades" (documento nº 6 de la demanda); y, c).- Por último, TELEFÓNICA, bajo la rúbrica de "Política de retribución al accionista", contempla el reparto de dividendos como forma de retribución al accionista, mediante la figura del "scrip dividend", por el que el accionista podía optar por recibir el dividendo en efectivo o en acciones" (documento nº 1 de la contestación).

Esta figura del dividendo elección se oferta con la ventaja de que "no está sujeta a retención fiscal", a diferencia del pago en efectivo "sujeto a retención fiscal" (folleto explicativo documento nº 4, de la demanda). Por otra parte, la sociedad se evita pagar los dividendos a los accionistas, y aumenta su capital social; todos ganan, menos la usufructuaria, con la cual no se ha contado al establecer este sistema retributivo.

Una vez que hemos concluido que la entrega de acciones liberadas al accionista sí es un forma de pago de dividendos en especie, volvemos a la pregunta de a quien corresponden las referidas acciones, si a la nudo propietaria o a la usufructuaria.

La Juez a quo, partiendo del hecho de que para la entrega de las acciones liberadas se produce una ampliación de capital de la sociedad que reparte los dividendos, y atendiendo al silencio del título constitutivo del usufructo, considera, con base a la interpretación literal del artículo 129 LSC, que las mismas no pueden ser reputadas titularidad de la usufructuaria sino de la nudo propietaria. Así, este artículo establece, <<4.- Si durante el usufructo se aumentase el capital con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo, las nuevas participaciones o acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellas el usufructo>>. Pues bien, si bien esta interpretación que recoge la sentencia recurrida, no es en absoluto descabellada, siendo una de las posibles soluciones razonables de la controversia planteada, no obstante, no es la compartida por la Sala.

La primera fuente de derecho a la que hay que acudir para dilucidar aquella cuestión es al título constitutivo del usufructo y en su defecto a la Ley. Así el artículo 127 LSC, establece que, "En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta ley y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil.". Aunque hay que decir, respeto a este último inciso (derecho supletorio), que el FN recoge una previsión normativa específica en materia de usufructo de acciones (Ley 258, por remisión de la Ley 418).

No podemos olvidar a la hora de interpretar el título constitutivo, que, en el supuesto que nos ocupa, el usufructo sobre las acciones no se constituye por disposición de Ley, a modo de usufructo de fidelidad del Fuero Nuevo, ni por contrato oneroso con reserva de la propiedad, lo que exigiría la mayor reciprocidad de las prestaciones ex artículo 1289 CC , y la posibilidad de compensación al tiempo de la extinción; sino que el usufructo se constituye directamente por la voluntad del propietario de aquellas, don Calixto , en favor de su mujer, doña Adelaida , para el caso que ésta quede viuda, de tal forma que pueda disfrutar de los beneficios de las acciones hasta el momento de su muerte.



Si bien es cierto que la escritura pública de aportación a la sociedad de conquistas de fecha 9 de abril de 1990 (Título constitutivo), no prevé el supuesto específico que nos ocupa (figura del "scrip dividend"), no obstante, debemos interpretar aquel buscando la real intención de los contratantes (artículo 1281 CC), y es difícil pensar que la voluntad del propietario al constituir el usufructo fuese que su hermana, y no su viuda, pudiese disfrutar de los beneficios repartibles de las acciones; pudiendo haber dispuesto esto expresamente, cosa que no hizo, siendo la hermana heredera abintestato.

Al encontrarnos ante un usufructo vitalicio y gratuito, no cabe la posibilidad de compensarlo a la hora de liquidar el mismo, lo que determina que, según la jurisprudencia anteriormente referida, en caso de conflicto, los tribunales deban interpretar el título constitutivo del usufructo, de un modo que el derecho del usufructuario no quede absolutamente vacío de contenido, pues según el art. 1258 CC los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, "según su naturaleza, sean conformes a la buena fe".

Es indudable que si aceptamos la interpretación que sostiene la parte demandada, quedaría a su exclusiva elección el que su cuñada (la actora) pudiese disfrutar, o no, de los dividendos de las acciones. Así, si aquella eligiese el pago en efectivo, lo cobraría su cuñada; por el contrario, si guardase silencio, las acciones pasarían a ser de su propiedad, aunque se extendiese el usufructo a las nuevas acciones, pudiendo quedar éste vacío de contenido, lo cual choca de plano con el artículo 1256 CC , en el sentido de que el cumplimiento de las obligaciones no pueden quedar al arbitrio de una parte contratante, y con la prohibición del abuso de derecho del artículo 6 del mismo texto legal .

Tampoco hay que olvidar, tal como argumenta la actora, que la ampliación de capital no es una decisión autónoma o independiente de la decisión de las sociedades de repartir beneficios entre los accionistas. Si analizamos los folletos informativos de las entidades se justifica el aumento de capital con la finalidad exclusiva del pago de dividendos.

Por último, consideramos que la única forma que el derecho de usufructo no quedase vacío de contenido, al arbitrio del nudo propietario, es entender, que una vez que las sociedad ha acordado el reparto de dividendos mediante el sistema de dividendo elección o flexible, la opción del pago en metálico o mediante acciones de la sociedad tras el aumento de capital, corresponda al usufructuario como una facultad inherente al mismo. No estamos hablando de un derecho político estricto sensu, sino una facultad inherente al derecho del percibo del dividendo, acordado como fruto de la sociedad. Dispone el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades de Capital , después de establecer que "el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el período de usufructo", añade "salvo disposición en contrario de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponden al nudo propietario". No debe ser un obstáculo a tal consideración la literalidad del artículo 129 LSC, ya que es heredero del artículo 70 LSA , y está pensado para un supuesto de suscripción preferente de acciones derivado de acciones usufructuadas.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas procesales .- En materia de costas, si bien se ha estimado en su integridad el recurso de apelación, atendiendo a la ausencia de una previsión específica del supuesto que nos ocupa en la LSC, y a que la interpretación que hace la parte demandada, y se hace eco la sentencia recurrida, no es en absoluto descabellada, siendo una de las posibles soluciones razonables de la controversia planteada, no procede condena en costa de ninguna de las instancias, por aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Conforme establece el apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por doña Adelaida , representado por el Procurador don Jaime Ubillos Minondo, contra la Sentencia 73/2013, de 9 de abril de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Pamplona en el Juicio Ordinario 950/2012, **revocamos** la expresada resolución, dictando la siguiente:



1º.- Se declara que las acciones que las Sociedades mercantiles Banco Santander, Iberdrola y Telefónica puedan abonar en concepto de pago de los dividendos o beneficios de las acciones, cuyo usufructo ostenta doña Adelaida , son frutos de las mismas, y por tanto, pertenecen en propiedad a la usufructuaria.

2º.- Se condena a la nudo propietaria, doña Beatriz , a entregar a la usufructuaria, doña Adelaida , las acciones de las tres sociedades mercantiles que por ese concepto haya percibido la primera durante la vigencia del usufructo.

3º.- No se hace condena en costas de ninguna instancia, con devolución, en su caso, de la totalidad del depósito para recurrir.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , es susceptible de **recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo** o, en su caso, de **recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra** , debiendo presentar ante esta Sección el escrito de interposición en el plazo de los **VEINTE DÍAS** siguientes al de su notificación.

Debiendo acreditarse en el momento de la interposición del recurso haber consignado el depósito exigido para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, con apercibimiento de que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Los Magistrados/as

PUBLICACIÓN.- Fue leída la anterior sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.