



Roj: **SAP M 14603/2014 - ECLI: ES:APM:2014:14603**

Id Cendoj: **28079370282014100248**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **13/10/2014**

Nº de Recurso: **26/2013**

Nº de Resolución: **281/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0000520

ROLLO DE APELACIÓN Nº 26/2013.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 220/2011.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid.

Parte recurrente: INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos

Procurador: D. Luis María Carreras de Egaña

Letrado: D. Pedro Herreros González

Parte recurrida: D. Juan Pablo , Dª Hortensia y D. Basilio

Procuradora: Dª Paloma Manglano Thovar

Letrado: D. Antonio E. Gómez Gallardo

SENTENCIA N° 281/2014

En Madrid, a trece de octubre de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 220/2011 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Doce de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día veinticinco de mayo de dos mil doce.

Han comparecido en esta alzada los demandantes, D. Juan Pablo , Dª Hortensia y D. Basilio representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Paloma Manglano Thovar y asistidos del Letrado D. Antonio E. Gómez Gallardo, así como los demandados, INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos , representados por el Procurador de los Tribunales D. Luis María Carreras de Egaña y asistidos del Letrado D. Pedro Herreros González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Estimar parcialmente la demanda formulada por D. Basilio , D. Juan Pablo y Dª Hortensia , frente a INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos , y condeno se condene (sic) a los demandados al reparto entre los socios del 30% los beneficios (sic) de los ejercicios 2007, 2008 y 2009; absolviendo a INVERSIONES MARPEL, S.L. D. Ricardo y D. Jose Carlos de los demás pedimentos formulados en su contra. No ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia



Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día nueve de octubre de dos mil catorce.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Basilio , D. Juan Pablo y D^a Hortensia interpusieron demanda de juicio ordinario frente a INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos , por la que interesaban en el suplico lo siguiente:

1. Se condene a los demandados, por el concepto que proceda en Derecho, y previa declaración, también si procediera, de nulidad de todos los acuerdos sociales que contradijeran dicho mandato, al reparto de los beneficios que a 31 de diciembre de 2009 constan acumulados en el Balance de la empresa, por los ejercicios 2005 a 2009.

2. Para los beneficios de 2010 y sucesivos ejercicios, se levante el velo de Inversiones Marpel S.L. frente a mis mandantes, debiendo regirse los socios en adelante por las normas de la comunidad de bienes, sin perjuicio de la forma jurídica mercantil frente a terceros, al objeto de considerar los beneficios de la mercantil como frutos civiles necesariamente a repartir. Subsidiariamente se decrete la obligación de reparto de un dividendo por una cifra no inferior al 70 por 100 del beneficio contable, en ausencia de circunstancias excepcionales que aconsejen lo contrario y que se determinarán en ejecución de sentencia.

3. Se condene a la mercantil demandada a cumplir con los acuerdos unánimes adoptados con ocasión de la partición de la herencia de D^a Blanca , en concreto la reanudación de los pagos periódicos acordados para todos los coherederos, y a liquidar la cuota que en su caso se determine administrativamente por el impuesto de sucesiones a liquidar de la herencia citada para todos los coherederos, según proceda en derecho y/o se determine en ejecución de sentencia.

4. Se condene a los administradores codemandados D. Ricardo y a D. Jose Carlos , a indemnizar a los demandantes con un importe equivalente a los intereses moratorios que se determinen en ejecución de sentencia sobre los capitales que se debían haber repartido a mis mandantes por los beneficios no distribuidos de 2005 a 2009, más otro tanto igual en concepto de daño moral, según proceda en Derecho.

5. Se condene a los Administradores codemandados D. Ricardo y a D. Jose Carlos , a estar y pasar por ello, realizando los actos que sean precisos de acuerdo con los principios de equidad y buena fe, en beneficio de todos los socios de Inversiones Marpel S.L., acordándose asimismo, que para la determinación de las cantidades que procedan según los puntos anteriores, pago de las mismas y supervisión de los movimientos de los codemandados en Sociedad Inversiones Marpel, S.L. y sus filiales, si no hubiera acuerdo, se nombre, a costa de los demandados y con cargo a sus salarios y si ello fuera insuficiente a su cuota en los frutos o dividendos de la empresa, un Administrador Judicial en fase de ejecución de sentencia. Subsidiariamente lo que proceda en Derecho para la fase de ejecución de sentencia, si fuera necesario, para el aseguramiento del cumplimiento del fallo que se dicte.

Todo ello con expresa imposición de costas procesales a los aquí demandados, incluso en el supuesto den que no estimándose todas las peticiones concretas antes expresadas en la forma interesada se acogiesen en su intención sustancialmente.

El Juzgado de lo Mercantil, por medio de Providencia de fecha 25 de marzo de 2013, advirtió la posible falta de competencia objetiva respecto a algunas de las acciones ejercitadas e interesó la necesidad de concreción del suplico.

La parte actora presentó un escrito por el que modificó el contenido del suplico, que dejó fijado del siguiente modo:

1. Se condene a los demandados al reparto entre los socios de los beneficios que a 31 de diciembre de 2009, según las cuentas anuales, constan acumulados en el Balance de la empresa, por los ejercicios 2005 a 2009.

2. Para los beneficios de 2010 y sucesivos. Se decrete la obligación de reparto de un dividendo por una cifra no inferior al 70 por 100 del beneficio contable.

3. Subsidiariamente a los puntos anteriores, se condene a la mercantil demandada a cumplir con los acuerdos de la Junta de 11 de julio de 2005 y a liquidar la cuota que en su caso se determine administrativamente por el impuesto de sucesiones a liquidar para todos los socios por la adquisición mortis causa de las participaciones sociales de la demandada INVERSIONES MARPEL, S.L. como pago a cuenta de los dividendos que corresponden por los beneficios sociales por dicho ejercicio y siguientes.



SEGUNDO. La sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil resultó parcialmente estimatoria de la demanda.

Se refiere la sentencia a la modificación del suplico de la demanda, señalando que se alegaba la aplicación del artículo 97 LSC que establece que la sociedad deberá dar igual trato a los socios que se encuentren en condiciones idénticas.

Añade que cabría deducir que se aduce la aplicación del artículo 204 LSC relativo a la impugnación de acuerdos sociales, si bien considera que el problema es la absoluta indeterminación del acuerdo o acuerdo impugnado.

Concluye señalando que no puede reclamarse un abstracto derecho al dividendo y tampoco cabe establecer condenas de futuro sobre este aspecto por cuanto las circunstancias de la sociedad pueden variar de año en año.

A continuación destaca que la falta de reparto de dividendos en los ejercicios 2005 a 2009 no se encuentra justificada y como "presupuesto de la petición" sostiene la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de 30 de junio de 2010 respecto a la aplicación de resultados del ejercicio 2007, 2008 y 2009. Considera que cabe fijar prudencialmente el reparto de un 30% de los resultados positivos establecidos en dichas anualidades.

Respecto a los beneficios del ejercicio 2010 señala que es el acuerdo de la junta el que decide el reparto del dividendo y que no puede reclamarse un derecho abstracto al dividendo, por lo que rechaza la pretensión en este aspecto.

Finalmente también rechaza la pretensión que se contempla en el apartado tercero del suplico relativa a cumplir los acuerdos de la Junta de 11 de julio de 2005, en cuanto fueron anulados en la Junta de fecha 10 de julio de 2006, sustanciándose esta cuestión en juicio ordinario nº 393/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid y añade que operaría la preclusión prevista en el artículo 400 LEC .

En definitiva, la demanda se estima parcialmente para condenar a los demandados al reparto entre los socios del 30% de los beneficios de los ejercicios 2007, 2008 y 2009.

TERCERO. Frente a la citada sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por los demandados, INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos .

Las tres primeras alegaciones del recurso se refieren a las mismas cuestiones, en cuanto se viene a denunciar la incongruencia de la sentencia al haberse apartado de la causa de pedir a la que viene sometido el tribunal por aplicación de lo dispuesto en el artículo 218 LEC .

A tal efecto señala que en la demanda no se impugnó ningún acuerdo social y la sentencia acaba por predicar la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta de socios celebrada el 30 de junio de 2010, de manera que acuerda la nulidad de oficio. Añade el recurso que si verdaderamente se hubiera pretendido impugnar algún acuerdo no se hubiera procedido a demandar a D. Ricardo y D. Jose Carlos junto a la sociedad. Por otra parte se pretende el reparto de los beneficios que constan acumulados por los ejercicios 2005 a 2009 según el balance a 31 de diciembre de 2009 cuando se siguieron procedimientos de impugnación de los acuerdos aprobatorios de las cuentas de los ejercicios 2005 y 2006. Concluye señalando que el órgano jurisdiccional no podía suplir la voluntad del demandante en orden a la acción ejercitada.

En su escrito de oposición señalan los apelados que la petición por sí sola no integra el objeto procesal y que la demanda explica en sus hechos a efectos ilustrativos toda la vida de la sociedad y sus socios desde 2005 y como doc. núm. 1 de la demanda se aportó el acta de la junta de 30 de junio de 2010 por lo que no se genera indefensión en la demandada, que pudo alegar los motivos que justificaban el no reparto de dividendos.

Añade que no se ha debatido otra cosa que no sea la validez de la decisión social de no reparto de dividendos y señala que la recurrente pretende que no se haga justicia material.

Valoración del Tribunal sobre la congruencia y la causa de pedir.

Recordemos el suplico de la demanda en lo que aquí interesa tal y como quedó conformado tras su modificación:

Se condene a los demandados al reparto entre los socios de los beneficios que a 31 de diciembre de 2009, según las cuentas anuales, constan acumulados en el Balance de la empresa, por los ejercicios 2005 a 2009.

Como puede comprobarse no se está ejercitando ninguna acción de impugnación de acuerdos sociales. Simplemente se pone de manifiesto que desde 2005 hasta 2009 no se han repartido beneficios y se solicita que el conjunto de esos beneficios sean repartidos, condenando a tal efecto a la sociedad y a los socios mayoritarios, legitimación pasiva que evidencia que no se pretende ninguna declaración de nulidad de acuerdos adoptados por la sociedad.

Es más, si atendemos a lo expuesto en la demanda podemos corroborar esta apreciación. En su pg. 23 se dice que la demanda va más allá de la simple nulidad de los acuerdos o del reproche a los demandados de su actitud, sino que se pretende "se establezca judicialmente un Criterio de reparto no solo para los ejercicios pasados, si no (sic) para los futuros, sustituyéndose para casos excepcionales la voluntad social por la discrecional del juez (...)"

Y prueba de que la demanda no se refiere a la impugnación de acuerdos es que los acuerdos de aprobación de cuentas y aplicación de resultado de los ejercicios 2005 y 2006 ya habían sido impugnados en otros procedimientos sustanciados ante los Juzgados de lo Mercantil núm. 3 (juicio ordinario 293/2006) y núm. 6 de Madrid (juicio ordinario 1405/2007).

Y la aprobación de cuentas y aplicación de resultado de los ejercicios 2007, 2008 y 2009 se acuerda en junta de 30 de junio de 2010 cuyos acuerdos, según lo expuesto, no son impugnados.

Con independencia del acierto o desacierto de dicha estrategia procesal la sentencia acaba por predicar "como presupuesto de la petición" la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta de 30 de junio de 2010, limitando la estimación al reparto correspondiente a los ejercicios 2007, 2008 y 2008.

Sin embargo en ningún momento se sustentaba la nulidad de acuerdos sociales en la que se funda la sentencia para dar cobertura al pronunciamiento, ni se ejercitó acción alguna de impugnación, ni pueden los acuerdos sociales dejarse sin efecto al margen de un procedimiento ad hoc que declare su nulidad. Ni siquiera la petición inicial, luego modificada, permitiría un pronunciamiento incidental, y tampoco supondría el ejercicio de una acción de impugnación de acuerdos sociales, dado su tenor literal y teniendo en cuenta además que deben expresarse los concretos acuerdos impugnados, aspecto éste que no puede ser integrado por el tribunal.

Como señala la STS de 13 de diciembre de 2010, con cita de otras muchas, el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de de 18 junio 2012 ha señalado que: "Constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 abril de 2011, ROJ 2898, 2011). El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada."

Y añade dicha sentencia que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones.

Respecto a la causa de pedir la STS de 18 de junio de 2012 establece que ésta, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, también tiene un componente jurídico y dada la dimensión de la congruencia como inherente a la tutela judicial efectiva es preciso determinar si el cambio producido ha alterado los términos del debate generando el riesgo de indefensión.

Es evidente que los hechos y fundamentos que contempla la demanda y los que contempla la sentencia son distintos, hasta el punto que del ejercicio en abstracto del derecho al dividendo, sobre el que la demanda pretende que se asiente judicialmente un "criterio general" al respecto, se acaba debatiendo sobre la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta de 30 de junio de 2010 como presupuesto del pronunciamiento condenatorio, lo que determina la necesidad de apreciar el defecto observado y la estimación del recurso por incurrir la sentencia en incongruencia extra petita derivada de la alteración de la causa petendi, de forma que el pronunciamiento condenatorio se sustenta en una nulidad de acuerdos sociales que nunca fue planteada y que constituye presupuesto inexcusable para dejar sin efecto cualquier acuerdo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 465.2 LEC, si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso, lo que efectuamos a continuación.

CUARTO. Con carácter previo hemos de advertir que ya en la fundamentación jurídica de la contestación a la demanda se señalaba que la doctrina jurisprudencial relativa a la necesidad de justificación de la decisión de



no repartir beneficios se refiere a la impugnación de acuerdos sociales, planteándose la demanda sin respetar las normas legales relacionadas con la impugnación de acuerdos.

Como ya afirmó la STS de 19 de marzo de 1997, hay que distinguir el derecho abstracto del socio a participar en los beneficios por medio del reparto de dividendos y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la junta.

Y según señala la STS de 30 de enero de 2002 no se concede al socio el derecho a reclamar directamente aquellos dividendos que no han sido acordados por la junta general, sino solo los acordados por la misma.

Conforme establecía el artículo 44 LSRL es competencia de la junta la censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado. El artículo 84 LSRL remitía, en relación a las cuentas anuales, al TRLSA (artículo 213 TRLSA actual art. 273 TRLSC). Es la junta general la que resuelve sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado, siempre observando los límites impuestos legalmente.

No cabe pues que el socio pueda reclamar crédito alguno frente a la sociedad derivado de un derecho abstracto a participar en las ganancias sociales. Su crédito solo podrá derivar del acuerdo de la junta, si es que establece el reparto de los beneficios entre los socios, quedando entonces determinada la cantidad, momento y forma de pago (STS de 7 de diciembre de 2011). De otro modo, acordado por la junta que los beneficios no sean repartidos, la Ley establece como cauce adecuado para la protección del socio la impugnación del acuerdo correspondiente sobre la aplicación del resultado. El socio se encuentra legitimado para ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos sociales que vedan injustificadamente el reparto de beneficios.

Por esta razón procede desestimar la demanda interpuesta, en cuanto del citado derecho en abstracto al dividendo no se desprende la posibilidad de que la sociedad y los socios mayoritarios sean condenados al reparto de beneficios, condena que aquí se sustenta como criterio general que ha de ser impuesto a los demandados. El resto de peticiones ya fueron desestimadas en la primera instancia y dicho pronunciamiento consentido.

La situación resulta tan inadmisibles que por un lado se pretendía un pronunciamiento condenatorio respecto a los ejercicios 2005 y 2006 (rechazado en la sentencia recurrida), cuando los acuerdos de aprobación de cuentas y aplicación del resultado de dichos ejercicios ya fueron impugnados en procedimientos paralelos, y también respecto a los ejercicios 2007, 2008 y 2009 (como criterio general) cuando el acuerdo o los acuerdos de aprobación de cuentas y aplicación de resultado correspondientes a los citados ejercicios no fueron impugnados, de manera que de forma indirecta se vendría a dejar sin efecto un acuerdo no impugnado.

En consecuencia, la demanda debe ser desestimada.

QUINTO. No cabe efectuar expresa imposición de las costas derivadas del recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC. Las costas causadas en la primera instancia deben ser impuestas a la parte actora, dada la total desestimación de la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 394 LEC.

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Doce de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, en su lugar,

DESESTIMAMOS íntegramente la demanda interpuesta por D. Basilio, D. Juan Pablo y D^a Hortensia contra INVERSIONES MARPEL, S.L., D. Ricardo y D. Jose Carlos, absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas con imposición a la parte actora de las costas causadas.

No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito constituido a tal efecto.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conforme a la Disposición Final 16^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ