



Roj: **SAP CO 1210/2020 - ECLI:ES:APCO:2020:1210**

Id Cendoj: **14021370012020101048**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2020**

Nº de Recurso: **721/2019**

Nº de Resolución: **1182/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FELIPE LUIS MORENO GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION PRIMERA - CIVIL

Ciudad de la Justicia- C/ Isla Mallorca s/n (planta tercera)

Tlf.: 957.745.076 - 600.156.208 - 600.156.218. Fax: 957 00 24 43

N.I.G. 1402142120170018024

Recurso de Apelacion Civil 721/2019 - CC

Autos de: Procedimiento Ordinario 691/2017

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL DE CORDOBA

SENTENCIA Nº 1182/2020

Il'tmos. Sres.:

Presidente

D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ

Magistrados:

D^a CRISTINA MIR RUZA

D^a MARIA PAZ RUIZ DEL CAMPO

En Córdoba, a dieciséis de diciembre de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por **D. Nicolas**, representado por el Procurador D^a Nieves Pozo Martínez, asistido del Letrado D. Sancho Nieto Cope; siendo parte apelada **AMBUNORT, S.L.**, representado por el Procurador D. Ramón Roldán de la Haba, asistido del Letrado D. Pedro José Sánchez Valduesa.

Es Ponente del recurso D. FELIPE LUIS MORENO GOMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- El día 5 de Febrero de 2019, el Juzgado referido dictó sentencia cuya parte dispositiva establece:

"Que desestimo en su integridad la demanda interpuesta por Nicolas contra AMBUNORT SL, sin imposición de costas."



SEGUNDO. - Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación indicada con base en la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado por el término legal del mismo a la parte contraria que se opuso, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo.

Esta Sala se reunió para deliberación el día 15 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.

PRIMERO.-La sentencia de primera instancia ha desestimado la demanda deducida por don Nicolas (en calidad de socio cofundador de la demandada y titular de una de las siete participaciones sociales en las que se dividió el capital de la misma; capital ascendente a 504.000 Pts y dividido en siete participaciones sociales iguales) frente a la entidad "AMBUNORT,S.L." (escritura de constitución de 7 de febrero de 1996, presentada en el Registro Mercantil el día 25 de marzo de 1996; y cuyo objeto social está constituido por " el transporte terrestre de enfermos en ambulancia").

A efectos de delimitar el debate y sin perjuicio de tener aquí por reproducidos (al ser sobradamente conocidos por las partes) los extremos reconocidos como ciertos en la contestación a la demanda y aquellos otros extremos indiscutidos que ha puesto de manifiesto la sentencia apelada mediante un razonable juicio de valoración probatoria (en especial del testimonio del actual administrador social de la demandada); se ha de comenzar remarcando, que en la demanda (tras exponer, que desde que el actor fue declarado en situación de incapacidad total en el año 2012, no se ha producido reparto de dividendos durante los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015 y ello a pesar de haber obtenido la mercantil beneficios durante dichos ejercicios) se terminaba solicitando, bajo el exclusivo fundamento de lo establecido en el último párrafo del artículo 26 de los estatutos de la sociedad (" Los socios tendrán derecho a los beneficios repartibles, si los hubiere, en proporción a sus respectivas participaciones sociales") y de lo dispuesto en el artículo 93-a del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (" En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá como mínimo, los siguientes derechos: a) el derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales..."), que se condenase a la demandada al "... reparto de los beneficios sociales que han obtenido a lo largo de los años 2012,2 1013,2 1014 y 2015, y que no han sido distribuidos a mi mandante habiendo obtenido dichos beneficios los demás socios-trabajadores a través de salarios encubiertos...".

No comparte don Nicolas dicho pronunciamiento desestimatorio e interpone el presente recurso de apelación aduciendo: en primer lugar, infracción procesal del artículo 412 ("... la demandada ha infringido la prohibición de cambiar los motivos de su oposición reflejados en su contestación con los alegatos posteriormente en la fase de la vista del juicio oral provocando a esta parte indefensión... al no poder rebatir las alegaciones finales, ya que la parte demandada fue la última en exponer sus conclusiones"); y en segundo lugar, error en la valoración de la prueba (en síntesis: por no haberse apreciado que los beneficios empresariales estaban distribuyéndose encubiertamente como prestaciones sociales, sólo y exclusivamente a los trabajadores-socios, cualidad no predicable respecto del demandante que es socio, pero no trabajador desde su aludida declaración de incapacidad total; habiéndose originado, por tanto, una situación de reparto de beneficios encubiertos); razones, en suma, por las que termina solicitando la revocación de sentencia apelada y la estimación de la demanda con expresa condena de las costas causadas.

A dicho recurso se ha opuesto la entidad demandada solicitando la confirmación de la sentencia con expresa imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.-Planteado así el debate y revisado el contenido de las actuaciones, se ha de anticipar que el recurso debe ser desestimado; en este sentido procede señalar:

-El objeto de la controversia quedó palmariamente delimitado a raíz de las encontradas posturas que las partes, en relación a determinados extremos, sostuvieron en sus iniciales motivos alegatorios; de forma, que si el juzgador, tras valorar la prueba practicada, ha considerado acreditados determinados hechos nítidamente incardinables en el ámbito de dicho debate (mal puede obviarse, que el aludido resultado de dicha valoración probatoria es racionalmente subsumible en lo afirmado en el último párrafo del hecho tercero de la contestación a la demanda, esto es, "los trabajadores, incluidos los socios trabajadores, cobran en función de su responsabilidad en la empresa..."; pues dichos resultado sólo ha permitido la concreta identificación de las causas o motivos de distintos salarios en función de la distinta responsabilidad en la empresa); la consecuencia mal puede ser la la estimación del confuso e interesado alegato que la demandante incluyen su primer motivo de apelación, pues ello, amén de obviar que la razón de incongruencia final y procesalmente relevante sería la que aquí no se denuncia, esto es, la de la propia fundamentación de la sentencia por



infracción de lo dispuesto en el artículo 218 lec, sería dar carta de naturaleza como motivo de impugnación a la propia falta de diligencia y de anticipación procesal -en suma, pasividad- de la propia parte a la hora de intervenir contradictoriamente en las correspondientes fases probatorias y alegatorias, máxime cuando estas se desarrollaron en el orden legalmente previsto y, por ende, debidamente previsible.

-Totalmente oportunas son las consideraciones que la sentencia apelada hace en orden a la delimitación del derecho del socio al dividendo. Si bien y dado los términos en los que se expresa el recurso, se considera conveniente remarcar los siguientes extremos: los dividendos, que constituyen la materialización del derecho genérico del socio a participar en las ganancias sociales, no pueden linealmente confundirse con los beneficios del ejercicio (saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias), pues los fondos disponibles para dividendos son los que restan de los beneficios, una vez satisfechas ordenadamente las atenciones legales y estatutarias, y que la sociedad decide aplicar al pago de dividendos; en base a lo anterior procede distinguir, por tanto, entre el derecho abstracto a participar en las ganancias sociales y entre el derecho al dividendo acordado y repartible en un determinado ejercicio social (téngase presente, en suma, que la existencia del derecho del socio a participar de las ganancias sociales en concepto de dividendo, no impide que la junta pueda decidir libremente en relación con un ejercicio determinado, el reparto de los beneficios obtenidos durante el mismo, de la forma que estime más conveniente; ámbito de decisión que obviamente incluye la decisión, expresa o tácita, de no repartir a los socios cantidad alguna en concepto de dividendos; en todas estas consideraciones abundó con rotunda claridad la SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2011, cuando, tras indicar que la sociedad puede destinar las ganancias obtenidas a las finalidades que estime convenientes y hasta suspender del todo la distribución de dividendos incluso durante varios ejercicios, terminó expresando, que debe distinguirse el derecho a participar en las ganancias, como derecho abstracto que no atribuye al socio ninguna acción de pago de cantidad, y el derecho al dividendo repartible en un determinado ejercicio económico, que deriva del anterior, pero que es el único del que nace a favor de los socios un crédito concreto sobre la parte proporcional de los beneficios que la junta general haya acordado repartir).

-Si bien lo anterior es sustancialmente conforme con la abstracta petición contenida en el suplico de la demanda y que se reitera en el presente recurso, sin embargo, no por ello procede la estimación de la misma, pues tal y como mayoritariamente admite la doctrina y la jurisprudencia, no puede hablarse de la existencia de un genérico derecho del accionista a que se le reparta el beneficio obtenido.

-Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda, tal y como venía afirmarse en la demanda y así se reconoce en la sentencia apelada, que en la realidad pueden plantearse situaciones determinantes de la inexistencia de beneficios por razón de la previa satisfacción de gastos que podrían catalogarse como " dividendos encubiertos"; gastos, en suma, que dejan fuera del reparto al socio minoritario.

Pues bien, en dichas situaciones de previas satisfacciones de gastos que evaporan en la práctica la posibilidad de un reparto formal y general de dividendos, lo relevante a los exclusivos efectos que aquí nos ocupan, tanto si esas satisfacciones previas merecen la calificación doctrinal de " atribuciones societarias"(aquellas que se realizan de manera unilateral y sin contraprestación por la sociedad en atención a la condición de socios de sus beneficiarios y en función de las más diversas circunstancias.-atribuciones que tienen causa societatis), como la igualmente calificación doctrinal de "atribuciones contractuales" (previas satisfacciones que tienen lugar en virtud de contratos onerosos entre la sociedad y los accionistas celebrados en condiciones más favorables que las usuales en el mercado; atribuciones que tienen causa contractus), es que la corrección de dichas situaciones reales, caso de que efectivamente obedezcan a una patología societaria, no pueden lineal y exclusivamente conectarse, tal y como aquí se pretende, con la mera invocación del abstracto derecho legal y estatutario que asiste al socio al reparto de las ganancias sociales, sino con la convergente invocación y acreditación de una anómala voluntad societaria, manifestada a través del correspondiente acuerdo en junta general, que se sustentaría en una infracción relativa a las normas sobre el capital (esto es, y respecto de las denominadas atribuciones societarias, de los requisitos sustantivos para la aplicación de beneficios sin afectar a la cifra de capital y reservas obligatorias que son garantías de los derechos de los acreedores sociales; artículos 273 y 278 TRLSC) o con la acreditación (en el caso de las denominadas atribuciones contractuales) de la vulneración de los criterios de validez-independencia, transparencia, equidad, respeto de la igualdad de trato de los socios- de las denominadas transacciones vinculadas entre la sociedad y los socios, es decir, la acreditación de que la mayoría social efectivamente ha incidido en un abuso de derecho obteniendo injustificadas ventajas a costa del interés social o a costa del interés de los demás socios; todo lo cual, tanto en el caso de una tipología u otra de atribución patrimonial, como en el caso del difícil deslinde concreto entre una y otra (extremo éste último afirmado en la sentencia apelada), nos conduce a que el referido derecho al reparto de los beneficios sociales, en cuanto que no tiene efectividad práctica por sí mismo, sino una virtualidad y eficacia derivada de un previo acuerdo societario, debe de instrumentarse (una vez excluida la eventual aplicación al caso del derecho de separación ex artículo 348 bis del citado TR) a través de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran resultar pertinentes y cuyos



presupuestos de aplicación, tal y como en suma viene considerar la sentencia apelada, quedaron fuera de la demanda con el obligado efecto de la desestimación de la misma.

TERCERO.-Al desestimarse el recurso procede imponer a la parte apelante el abono de las costas causadas en esta alzada.

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora señora Pozo Martínez, en representación de don Nicolas , frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, en fecha 5 de febrero de 2019, que se confirma. Se impone al apelante el abono de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sección, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial; estándose a los criterios de admisión del Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 2017 y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.