



Roj: **SAP GC 1439/2010 - ECLI:ES:APGC:2010:1439**

Id Cendoj: **35016370042010100267**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **17/03/2010**

Nº de Recurso: **610/2008**

Nº de Resolución: **163/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Il'tmos. Sres.-

PRESIDENTE: Doña Emma Galcerán Solsona.

MAGISTRADOS: Doña María Elena Corral Losada. (Ponente)

Doña María Paz Pérez Villalba.

SENTENCIA

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a diecisiete de marzo de dos mil diez.

VISTAS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos referenciados (Juicio Ordinario nº 100/07.) seguidos a instancia de Doña Natividad , Doña Sabina y Doña Zaira , Doña Daniela , Doña Caridad , parte apelante., representado en esta alzada por Don Alfredo Crespo Sánchez y asistido por Don Rafael Alzola Ayala contra Salazones Canarias, S.L parte apelada, representadas en la alzada por Don Tomás Ramírez Hernández y asistidas por Manuel Iess Blanco.; siendo Ponente la Sra. Magistrada Doña María Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Mercantil nº 1, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: «Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Alfredo Crespo Sánchez en nombre de de Natividad , Sabina , Zaira , Daniela y Caridad , contra la entidad Salazones Canarias SL, representada por el Procurador Tomás Ramírez Hernández, absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Con expresa condena en costas a los demandantes. ».

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 14 de mayo de 2008 , se recurrió en apelación por la parte demandante, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación por la representación de Natividad , Sabina , Zaira , Daniela y Caridad , contra la entidad Salazones Canarias SL, con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día y hora para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la acumulación y complejidad de los asuntos que ingresan en la sección, así como una larga baja por enfermedad de la ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas dictada con fecha 14 de mayo de 2008 en autos 100/2007, se alza la parte demandante que impugnó determinados acuerdos sociales acordados en la Junta General de Accionistas de la sociedad mercantil SALAZONES CANARIAS, S.L. y cuya demanda fue íntegramente desestimada, alegando los siguientes motivos:

- 1) La comunidad hereditaria de D. Juan Pablo y la participación de los demandantes en ella, a los efectos no sólo de contar los demandantes con el 5% del capital social -a efectos de la solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta celebrada cuyos acuerdos se impugnan- sino de considerar no adecuado el reparto de dividendos establecido en esos acuerdos para los titulares de las acciones pertenecientes a la citada comunidad hereditaria (se menciona es este motivo además que los demandantes tienen la condición de socio y en todo caso interés legítimo desde que por la sociedad demandada se reconoce a las demandantes el derecho a la percepción de una determinada cantidad en concepto de resultado, con cuyo quantum y modo de distribución la demandante discrepa);
- 2) La defectuosa constitución de la Junta General celebrada el 28 de junio de 2007 (por no comparecer notario pese a haberlo solicitado las demandantes, por no figurar en el acta el nombre y apellidos del que se dice asistió en representación de los "herederos de D. Antonio ");
- 3) La infracción de preceptos legales imperativos por el acuerdo relativo a la aprobación de las cuentas (falta de firma por los administradores del Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria -de las copias recibidas por las demandantes con la convocatoria-; falta de constancia de la celebración, en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, de una previa reunión del Consejo de Administración en la que se formularan las cuentas anuales, ni su transcripción en el acta correspondiente, ni el acuerdo de someter las cuentas a la aprobación de la Junta General y la consiguiente convocatoria de la misma; omisión en la Memoria abreviada de la transcripción del estado contable en el que se pusiera de manifiesto que existía liquidez suficiente para la distribución anticipada de dividendos; falta de claridad y de presentación de la imagen fiel de la sociedad de las cuentas anuales sometidas a aprobación; partida en el pasivo del balance abreviado denominada "dividendo a cuenta entregado en el ejercicio", contraria a normas imperativas);
- 4) La infracción de preceptos legales imperativos por el acuerdo atinente a la aplicación del resultado del ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2006. en el que se asigna el carácter de dividendos a la cantidad de 296.812,53 euros, suma que ya había sido repartida con anterioridad por los administradores incumpliendo lo dispuesto en el artículo 216 de la LSA al que remite el 84 de la LSRL , aplicando de modo inadecuado a las cantidades distribuidas anticipadamente el régimen ordinario de los dividendos cuando lo distribuido son resultados extraordinarios a los que el usufructuario no tiene derecho, suponiendo una liquidación "de facto" con incumplimiento de la obligación de promover la disolución de la sociedad por falta de actividad desde el año 2000;
- 5) La improcedencia de la aprobación de la gestión de los administradores;
- 6) La lesión del interés social, que no se desvirtúa por el hecho de que a favor del acuerdo impugnado haya votado el 84,09% del capital social.

SEGUNDO.- La resolución del presente recurso obliga a hacer determinadas consideraciones previas sobre el régimen jurídico de la comunidad de bienes sobre acciones o participaciones sociales (en el supuesto que nos ocupa comunidades sobre el patrimonio dejado en herencia por un finado que era propietario de participaciones sociales) o sobre patrimonios que las contienen y el régimen jurídico del usufructo de acciones y el alcance del derecho de usufructo de acciones -en particular, si alcanza o no a los resultados extraordinarios de la sociedad-. Ello tiene relevancia para resolver las alegaciones sobre legitimación activa, y, respecto al fondo, particularmente para resolver la impugnación del acuerdo segundo de la Junta de la sociedad SALAZONES CANARIAS, S.L. celebrada el día 28 de junio de 2007.

Se discute en el litigio si las demandantes, hijas del primer matrimonio de D. Juan Pablo , son o no socias y pueden ejercitar los derechos de socio que a corresponden a las participaciones sociales de que era titular formal su difunto padre. Pese a que la titularidad de las 7 participaciones sociales (adquiridas en distintos momentos y situaciones de estado civil del fallecido, como luego se expresará) se atribuía formalmente a D. Juan Pablo , dos de ellas se adquirieron constante el matrimonio con su primera esposa Dña. Tarsila , madre de las demandantes, una de las participaciones la adquirió D. Juan Pablo en estado de viudedad y cuatro participaciones las adquirió D. Juan Pablo constante el matrimonio con su segunda esposa, Dña. Aurelia -el día 17 de abril de 1970-, si bien con fecha 29 de marzo de 1982 se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales entre el finado y Dña. Aurelia en la que se establecía régimen de separación de bienes y se liquidaba la sociedad de **gananciales** adjudicando diversos bienes a cada cónyuge y pactando que "aparte de los inventariados y adjudicados, cualesquiera otros bienes de los cónyuges, aunque presuntivamente pudieran aparecer como **gananciales**, son privativos de aquel que su titularidad ostenten, ya sean inmuebles,



títulos-valores, cuentas, depósitos, dinerarios o cualquier otro, y así expresamente lo reconocen y aceptan los otorgantes" (folio 222 vuelto de las actuaciones).

De las cuatro participaciones compradas por D. Juan Pablo constante el matrimonio con Dña. Aurelia aparece formalmente como titular D. Juan Pablo (lo que bastaría para entender que son privativas de D. Juan Pablo a su fallecimiento, al menos en tanto no se impugne con éxito la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de **gananciales**), pero no sólo esto sino que dichas participaciones se adquirieron precisamente como consecuencia de la titularidad de las participaciones sociales de que ya era titular D. Juan Pablo con anterioridad a la celebración de su matrimonio, y así se expresa con total claridad en la copia de la escritura de compraventa de dichas participaciones presentada en autos (folio 169) en la que se relata cómo uno de los partícipes había comunicado oportunamente a la sociedad, su deseo de vender sus participaciones (en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1993, al cual, a este efecto, se remite el artículo 20 de los Estatutos sociales) y precisamente por ello los restantes socios -entre ellos D. Juan Pablo - procedían a comprarlas en ejercicio de su derecho de adquisición preferente.

El artículo 1352 del Código Civil establece con total claridad que "las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Así mismo lo serán las cantidades obtenidas por enajenación del derecho a suscribir". Y el artículo 1346 del Código Civil por su parte, que son privativos de cada uno de los cónyuges los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. Ambos preceptos establecen además derecho de reembolso para la sociedad de **gananciales** de los fondos comunes (o beneficios a cuyo cargo se hayan emitido las nuevas acciones) empleados para el pago del precio del bien retractado o suscripción de nuevas acciones. Y siendo evidente que la titularidad de participaciones de la que nació el derecho de adquisición preferente de D. Juan Pablo de estas cuatro acciones era anterior al matrimonio de éste con Dña. Aurelia , puede también desde este punto de vista entenderse desvirtuada la presunción de ganancialidad de la titularidad de D. Juan Pablo sobre estas acciones adquiridas tras el matrimonio con Dña Aurelia por consecuencia de derecho de adquisición preferente nacido de la titularidad de otras acciones adquiridas, todas ellas, antes de dicho matrimonio, siendo esta situación congruente con el reconocimiento expreso por Dña. Aurelia del carácter privativo de las acciones y derechos que figuraran a nombre de cada uno de los cónyuges y no fueron objeto de adjudicación en la liquidación de **gananciales**.

Debe por ello partirse de que:

1) Las 2 participaciones adquiridas constante el primer matrimonio de D. Juan Pablo pertenecen en un 100% a la sociedad de **gananciales** existente entre D. Juan Pablo y Dña. Tarsila , que según afirman las herederas de ambos aún no ha sido objeto de liquidación (las demandantes, que presentaron escritura de aceptación de la herencia de sus dos progenitores, herencia pendiente de partición y adjudicación). Contra lo que todas las partes en el litigio se empeñan en afirmar, sosteniendo una u otra participación, ni un cónyuge tiene participación indivisa alguna de los bienes **gananciales** hasta tanto se proceda a su disolución, liquidación y adjudicación (ya que se trata de una comunidad sobre todo el patrimonio **ganancial** y no sobre cada uno de los bienes **gananciales**, y la participación al 50% se tiene sobre todo el patrimonio sin que pueda atribuirse participación indivisa al 50% de cada cónyuge sobre cada uno de los bienes), ni un heredero tiene participación indivisa alguna de los concretos bienes comprendidos en el activo de la herencia hasta tanto se proceda a su partición y adjudicación atribuyendo concretos bienes -en todo o en parte- a cada uno de los herederos (y ello porque la comunidad hereditaria es también una comunidad "en mano común", que recae sobre todo el patrimonio del causante, sin que ninguno de los herederos pueda atribuirse participación concreta alguna en un concreto bien). Debe pues reconocerse la condición de socia, respecto a estas 2 participaciones, a la sociedad de **gananciales** de los difuntos D. Juan Pablo y Dña. Tarsila , pendiente de liquidación. En esa sociedad de **gananciales** tienen sobre el patrimonio **ganancial** un 50% los herederos de Dña. Tarsila (las demandantes, a quienes ninguna de las partes en este proceso niegan esa condición de herederas de Dña. Tarsila) y un 50% los herederos de D. Juan Pablo (la comunidad hereditaria de éste, compuesta por los 10 hijos de D. Juan Pablo , los 5 primeros nacidos del primer matrimonio -las 5 demandantes- y los 5 segundos nacidos del segundo matrimonio, conforme al testamento abierto otorgado por D. Juan Pablo obrante en autos). Cada comunidad de propietarios en mano común se rige por sus propias normas de adopción de acuerdos, por lo que puede concluirse que para otorgar la representación de una persona para ejercer los derechos de socio por parte de la sociedad de **gananciales** titular de estas acciones era necesario formar de un lado la voluntad de la comunidad en mano común de los herederos de Dña Tarsila (que

estaría formada por las demandantes, cada una con 1/5 de cuota en la comunidad hereditaria) pero de otro lado también la voluntad de la comunidad en mano común de los herederos de D. Juan Pablo (que no ha llegado a acuerdo alguno por tener las demandantes 5/10 de participación -cada una 1/10- y sus hermanos de



vínculo paterno otros 5/10 de participación -cada uno 1/10-, que tienen intereses enfrentados y se han opuesto expresamente a que se designe a alguna de las demandantes). No existe acuerdo pues para representar a las acciones ante la sociedad (art. 35 LSRL) pero evidentemente, a efectos de impugnación de los acuerdos sociales (y mucho más del acuerdo segundo de la Junta celebrada objeto de impugnación, como luego se verá, que afecta directamente a su interés legítimo como partícipes en el capital social) ha de reconocerse la legitimación a las demandantes que tienen un 50% del pleno dominio de estas 2 acciones y tienen, además, participación de otro 50% de la nuda propiedad de estas acciones comprendidas en el patrimonio de su difunto padre.

2) De la participación adquirida por D. Juan Pablo en estado de viudedad no cabe duda que es titular su comunidad hereditaria, comunidad hereditaria en la que (no en las acciones, sino en la comunidad en mano común) las demandantes tienen 5/10 -1/10 cada una- y sus hermanos de vínculo paterno otros 5/10 -también 1/10 cada uno-. No puede por tanto atribuirse el ejercicio de los derechos de socio a ninguno de los dos grupos con la oposición del otro -ninguno tiene la mayoría real suficiente para nombrar un representante conforme a lo dispuesto en los arts. 35 LSRL y 398 del C.C. -, sin perjuicio de que a efectos de impugnación de los acuerdos sociales ha de reconocerse legitimación a las demandantes al menos en cuanto a la impugnación del acuerdo segundo de la Junta celebrada por verse claramente afectado su interés legítimo y directo por ese acuerdo (y del acuerdo primero, ligado al segundo que es de aplicación del resultado descrito en las cuentas aprobadas), como luego se verá.

3) Respecto a las otras cuatro participaciones, dado el carácter en principio no perteneciente a la sociedad de **gananciales** de D. Juan Pablo y Dña. Aurelia por expresa estipulación en la liquidación de la sociedad de **gananciales** entre D. Juan Pablo y Dña. Aurelia , debe partirse en principio de que ninguna participación en el dominio de dichas acciones tiene Dña. Aurelia -sin perjuicio de dejar sentado que lo pactado en dicha escritura no es oponible a las demandantes en cuanto herederas de Dña. Tarsila -.

Todo lo expuesto supone que ninguno de los partícipes en la sociedad de **gananciales** no disuelta del primer matrimonio de D. Juan Pablo , ni en la comunidad hereditaria de D. Juan Pablo tiene atribuida cuota indivisa alguna de las concretas acciones de que D. Juan Pablo era titular en la compañía SALAZONES CANARIAS, S.L., ni tiene derecho a cantidad concreta alguna por reparto de beneficios derivados de la titularidad de esas acciones, cantidades que en caso de proceder corresponden a la sociedad de **gananciales** respectiva pendiente de liquidación (si eran acciones **gananciales** -las 2 primeras-) o a la comunidad hereditaria respectiva pendiente de partición o adjudicación (si eran acciones privativas de D. Juan Pablo -las 5 restantes-) o a lo que se ha venido en denominar comunidad postganancial (contemplando en ella, precisamente, los frutos generados por bienes de una sociedad de **gananciales** disuelta pero sin liquidar). En caso de que, como parece ha sucedido, los integrantes de las comunidades sobre dichas acciones no llegaran a alcanzar un acuerdo con la mayoría real necesaria (art. 398 del C.C.) para designar quien hubiera de recibir la cantidad que procediera para integrarla en el patrimonio postganancial y/o hereditario -que no en el propio-, los administradores de la sociedad no debían haber hecho entrega de la cantidad, dejándola simplemente a disposición de las respectivas comunidades (sociedad de **gananciales** sobre las 2 acciones; comunidad hereditaria de D. Juan Pablo sobre las 5 restantes), o como mucho debieron entregarla a alguno de los herederos con expresa constancia de que la entrega era para la comunidad **ganancial** pendiente de liquidación o para la comunidad hereditaria pendiente de partición.

Por otra parte, en el testamento de D. Juan Pablo se estableció a favor de su segunda esposa, Dña. Aurelia , legado con cargo al tercio de libre disposición del "usufructo vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones y, para el caso de que algunos de sus herederos no estuviese conforme con este legado lega entonces a su esposa el referido tercio en pleno dominio". Ello supone que Dña. Aurelia sea legataria del usufructo del 100% de los frutos de todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio de D. Juan Pablo -y en consecuencia también de los frutos los de las acciones privativas de D. Juan Pablo (las 5 últimas)- y del valor del 50% de los frutos que el patrimonio **ganancial** de D. Juan Pablo y Dña. Tarsila , cuya sociedad de **gananciales** se encuentra pendiente de liquidación, genere, sin que pueda aceptarse que Dña. Aurelia tenga derecho a percibir concretamente el 50% de los frutos de estas dos acciones. Los frutos generados por los bienes de una sociedad de **gananciales**, hasta tanto no se liquide la sociedad de **gananciales**, tienen también carácter **ganancial** (artículo 1347,2º del C.C.), se incorporan al acervo **ganancial** correspondiente (por la regla general de accesión de los frutos - art. 354 del C.C. -) y no pueden atribuirse en particular a ninguno de los cónyuges (los difuntos D. Juan Pablo y Dña. Tarsila , sustituidos respectivamente por sus herederos), que sólo tendrán derecho sobre bienes concretos del patrimonio **ganancial** tras las correspondientes adjudicaciones (sin perjuicio del derecho de Dña. Aurelia a que los herederos de D. Juan Pablo le entreguen en pago de su legado el valor que correspondería al 50% de los frutos netos que haya generado el patrimonio **ganancial** ya que la participación de D. Juan Pablo no es en el 50% de las 2 acciones sino en el 50% del patrimonio **ganancial**).



El derecho de usufructo establecido a favor de Dña. Aurelia sobre todo el patrimonio de D. Juan Pablo es, por otra parte, un legado. Legado del que no podía ponerse en posesión Dña. Aurelia por su propia autoridad y cuya entrega y posesión debía haber solicitado Dña. Aurelia a los herederos de D. Juan Pablo conforme a lo dispuesto en el art. 885 del Código Civil, entrega y posesión que no consta se haya solicitado ni que los herederos (con la mayoría real que exige el art. 398 del C.C.) hayan acordado respecto al usufructo de todos los bienes, derechos y acciones de D. Juan Pablo (mayoría que los 5 hijos de Dña. Aurelia no tienen en la herencia de D. Juan Pablo y que mucho menos reúnen en la sociedad de **gananciales** de D. Juan Pablo y Dña. Tarsila, en la que sólo tienen un total entre todos de 5/10 del 50% del patrimonio **ganancial**). Más aún cuando se habla de los frutos que generen los bienes de la sociedad de **gananciales** de los fallecidos D. Juan Pablo y Dña. Tarsila, sobre los que D. Juan Pablo no podía disponer concretamente sin contar con la voluntad de Dña. Tarsila o de los herederos de ésta (como razonó el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 2000 y esta misma sección de la A-P. de Las Palmas en su sentencia de 17 de marzo de 2008 -rollo de apelación 664/07-) por ser aplicable por analogía el art. 1381 del C.C. que impide la disposición por uno sólo de los cónyuges de los frutos de los bienes **gananciales**, a los frutos postgananciales por generados tras la disolución de la correspondiente sociedad marital.

Lo cierto es que no cabe otra conclusión que aquélla que impide que se haga entrega directamente de los frutos a la persona designada legataria de un usufructo en el testamento, a la vista de normas como las que establecen que el pago de los legados ha de ser demandado por los legatarios a los herederos o al administrador de la herencia, sin que puedan demandarlo durante la formación del inventario y el término para deliberar si la herencia fuere aceptada a beneficio de inventario (art. 1025 C.C.), como la norma que entiende que se halla la herencia en administración hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios (art. 1026 C.C.), o la norma que establece que el administrador no puede pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores (art. 1027 C.C.).

Ello supone, a juicio de la Sala, que, sea cual sea la decisión que se adopte sobre la validez o nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta general de SALAZONES CANARIAS, S.L. y en concreto sobre la validez del segundo acuerdo adoptado en esa Junta, los Administradores Sociales sólo debían entregar los dividendos objeto de reparto respecto a las 2 acciones de la sociedad de **gananciales** de D. Juan Pablo y Dña. Tarsila a la persona designada por la sociedad de gananciales -acrecentada por los frutos, de naturaleza postganancial- y respecto a las 5 acciones privativas de D. Juan Pablo a la persona designada por la comunidad hereditaria de D. Juan Pablo (en la que, no se olvide, no tiene participación alguna Dña. Aurelia, legataria que ha de recibir el legado de los herederos de D. Juan Pablo, gravados por el mismo -art. 858 C.C.-). La legataria podría exigir la entrega del derecho de usufructo sobre el patrimonio de D. Juan Pablo a los herederos del mismo (con la posibilidad, prevista además en el testamento, de que el legado del usufructo de todos los bienes de D. Juan Pablo fuera sustituido por el del dominio del tercio de libre disposición, si alguno de sus herederos no estuviera conforme con ese legado), y hasta tanto no se hiciera esa entrega del derecho de usufructo, podría exigirla con entrega de los frutos ya devengados a los herederos de D. Juan Pablo, pero no a la sociedad de responsabilidad limitada SALAZONES CANARIAS, S.L. en la que éste era titular de participaciones sociales privativas o **gananciales** de la sociedad de **gananciales** con una tercera persona. Sociedad que sólo debe entregar los dividendos de las acciones (correspondan a beneficios ordinarios o extraordinarios) a los herederos o al administrador de la herencia, pero no a la legataria en tanto no conste a ella entregado el legado, que habría de reclamar los frutos a que tenga derecho a dichos herederos o al administrador de la herencia.

Como se ha dicho: 1) no consta la entrega del legado a Dña. Aurelia; 2) no consta tampoco el cumplimiento de las obligaciones que tiene el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes (art. 491 del C.C.: a) realización de inventario de los bienes usufructuados con tasación de los muebles y descripción del estado de los inmuebles, exigible en este caso en el que el usufructo no se limitaba a la cuota legal usufructuaria -art. 492 C.C.-, obligación de la que no consta hubiera sido dispensada la legataria de D. Juan Pablo-; b) prestación de fianza, con la consecuencia, mientras no se prestare, de que el propietario pueda retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale, y de que en ese caso sólo podrá el usufructuario reclamar bajo caución juratoria de determinados bienes -arts. 494 y 495 C.C.-, debiendo significarse que sólo después de prestada la fianza por el usufructuario éste tendrá derecho a todos los productos desde el día en que, conforme al título constitutivo del usufructo, debió comenzar a percibirlos. Por ello el art. 507 del C.C. establece que "el usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diere la fianza correspondiente" y que "si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiere podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos".

TERCERO.- Establecido ya que Dña. Aurelia es legataria de un derecho de usufructo del que no consta haya entrado aún en posesión, que además su participación en el usufructo de los bienes **gananciales** de la sociedad



de **gananciales** de D. Juan Pablo con su primera esposa no le permitiría en ningún caso percibir directamente el 50% de los frutos concretamente generados por un concreto bien integrado en esa sociedad de **gananciales** (las dos primeras participaciones sociales adquiridas por D. Juan Pablo constante el matrimonio con Dña. Tarsila), debe además, por ser relevante para la resolución del litigio, examinarse el contenido y extensión del derecho de copropiedad de acciones y de usufructo sobre acciones y participaciones sociales, regulado en la actualidad por los artículos 66 a 72 de la Ley de Sociedades Anónimas y los arts. 35 y 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

El art. 35 de la LSRL establece que en caso de copropiedad sobre una o varias participaciones sociales, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. Como ya se ha expuesto, por la composición de las comunidades hereditarias de D. Juan Pablo y Dña. Tarsila no puede considerarse que se haya alcanzado acuerdo alguno respecto a la designación de representante frente a la sociedad, y por tanto ni las demandantes ni sus hermanos de vínculo paterno pueden ejercer los derechos del socio frente a la sociedad.

En cuanto al usufructo de participaciones sociales, el artículo 36 de la LSRL dispone que:

1. En caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario.
2. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil aplicable.
3. Salvo que el título constitutivo del usufructo disponga otra cosa, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas a la liquidación del usufructo y al ejercicio del derecho de asunción de nuevas participaciones. En este último caso, las cantidades que hayan de pagarse por el nudo propietario al usufructuario, se abonarán en dinero."

El art. 68 de la LSA dispone:

Reglas de liquidación

1. Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas.
2. Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación.
3. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, éste será fijado, a petición de cualquiera de ellas y a costa de ambas, por un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que designe a tal efecto el Registro Mercantil.

La cuestión de fondo que late en el planteamiento de este litigio (y que está directamente relacionada con el acuerdo impugnado sobre aplicación de resultados) es qué debe entenderse por "frutos de las acciones o participaciones sociales", a los que alcanzaría el derecho del usufructuario, y, en concreto, si pueden o no considerarse "frutos" los resultados extraordinarios, no nacidos de la explotación o ejercicio de la actividad social sino de las plusvalías o incremento de valor de los activos de la sociedad, realizadas como consecuencia de una venta, resultados de naturaleza extraordinaria.

En este sentido no sólo la mayoría de la doctrina mercantil ha considerado que los resultados extraordinarios de la sociedad no son frutos a los que tenga derecho el usufructuario, sino que la jurisprudencia ya se ha pronunciado en ese mismo sentido, debiendo destacarse la sentencia de 29 de noviembre de 1994 del Tribunal Supremo (ROJ: STS 19500/1994) que considera que no tiene derecho el usufructuario a los beneficios resultantes de una "actualización" de balances -por incorporación de plusvalías de activos-, así como, desde otro punto de vista, la sentencia del mismo TS de 28 de mayo de 1998 (ROJ: STS 3495/1998) y las de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de diciembre de 2005 (ROJ: SAP C 899/2005) y 5 de mayo de 2006 (ROJ: SPA C 3282/2006) respecto a beneficios de explotación no repartidos e integrados en reservas, a los que sí se considera tiene derecho, en concepto de frutos de bienes privativos, el cónyuge no propietario de las acciones.



La primera de estas sentencias consideró infringido el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (vigente en la fecha de autos) en relación con el artículo 39,2 del mismo texto legal, revocando la sentencia que había entendido que se había producido conforme a Derecho un reparto de ganancias sociales obtenido durante el periodo del usufructo en las que la usufructuaria tendría derecho a participar correspondiendo a la usufructuaria parte de las acciones entregadas en concepto de dividendo, razonando el Tribunal Supremo que "lo cierto es que la consideración como ganancias sociales de las operaciones resultantes de las operaciones realizadas por el Banco de Vizcaya para preparar su fusión con el Banco de Bilbao en modo alguno pueden merecer aquélla consideración, sino que se produjeron con cargo a la Actualización Ley de Presupuestos 1983, cuyo resultado no es equiparable a un reparto de ganancias, pues la "actualización no procede, en rigor, del beneficio (informe pericial, folio 654 de los autos) ni sus consecuencias lo implican, de donde se sigue Que el citado precepto (el art. 41 LSA 1951), en relación con el art. 39-2 que confiere al titular de la acción el derecho preferente de suscripción de nuevas acciones, se infringió en la sentencia impugnada al declarar que las 1923 acciones de que se tratan debían repartirse por mitad entre la usufructuaria y el nudo propietario, por lo que ha de acogerse el motivo estudiado".

La S.T.S. de 28 de mayo de 1998 (ROJ: STS 3495/1998), razonó en un supuesto en el que aún se encontraba vigente la anterior LSA (arts. 41 y 107), que:

"si bien es cierto que en dicho precepto se atribuyen tan solo al usufructuario de acciones las ganancias sociales obtenidas durante el periodo del usufructo que se reparten dentro del mismo, y también lo es que en el caso que nos ocupa no se repartieron los beneficios que hoy se reclaman, lo solicitado por los actores en su demanda y concedido por la Sala de Apelación no es el citado usufructo, sino el importe de los créditos derivados de los beneficios obtenidos y no repartidos, que engrosaron ilegítimamente el patrimonio del demandado. Créditos a los que, al no constituir pago de dividendos, no alcanza el periodo restringido de prescripción de 5 años que establecía el artículo 107 de la aludida Ley de Sociedades Anónimas, precepto este que resulta, por tanto, inaplicable. Por lo demás, esta postura coincide en un todo con la sostenida ya por esta Sala en las sentencias de 19 de Diciembre de 1974 y 16 de Julio de 1990. En supuestos análogos al contemplado hoy en este recurso, se decía por la primera de dichas resoluciones, que cita la segunda, que tanto en el supuesto de que el acuerdo social de no repartir beneficios fuere adoptado procediendo dolosamente las demandadas, como en el de que se hubiere adoptado para beneficio de la sociedad de que forman parte, resulta obvio que no sólo están obligados a soportar la carga de ser demandadas aquí, sino a pagarle de su peculio particular, íntegramente, los beneficios producidos por las 279 participaciones sociales, que la madre detenta en usufructo, y ello es así, aún en la segunda alternativa referida, de haber preferido, en la opción aludida, atender al beneficio de la sociedad, pues en definitiva tal criterio a quien beneficia es a las demandadas, al acrecer el valor de capitalización en sus participaciones.... Y si se aceptare la tesis que propugnan los recurrentes, se vendría a dejar a la voluntad de éstos, el cumplimiento de una obligación solemnemente contraída, ya que basta adoptar el acuerdo social de no repartir dividendos, 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"

En el mismo sentido, la S.A.P. de La Coruña de 19 de diciembre de 2005 (ROJ: SAP C 899/2005), analizó profusamente el contenido del derecho de usufructo sobre acciones, señaló que el legislador de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 lo que hizo fue fijar normativamente un derecho que en algunas ocasiones se venía otorgando por los Tribunales estableciendo una regulación de su uso y alcance, que la normativa tanto en la anterior LSA como en la vigente, "sólo ha establecido en caso de usufructo de acciones, la posibilidad de que el usufructuario tenga derecho a percibir los dividendos, previendo que el resto de derechos recaigan en el propietario. Por tanto, únicamente podría haberse constituido sobre el derecho a percibir los dividendos y no sobre otro tipo de derechos que pudieran venir atribuidos al accionista, pues en este caso el único legitimado para su ejercicio era el nudo propietario"; y entiende la Audiencia, por tanto, que:

"Es aplicable por tanto la disposición mencionada del art. 68.1 TRLSA. No es causa para no aplicarla el que la sociedad hubiera decidido modificar su actuación hasta entonces, y atribuir los beneficios a reservas en vez de dividendos, de forma total, pues ello afecta a la denominada relación externa socio-sociedad y no a la interna usufructuario-nudo propietario, de forma que a la usufructuaria no le interesa en sí cuáles hayan sido las razones empleadas para no repartir el dividendo -máxime si no consta que en ningún momento el Sr. Antonio se hubiera opuesto y hubiera votado a favor de este reparto-

Tampoco que el demandado no pueda hacer frente a la reclamación porque no ha percibido de la sociedad el importe que se le exige, en tanto que figura en manos de RUAFER en forma de reserva, pues no hemos de olvidar el peculiar negocio realizado en diciembre de 2000, en que los socios se repartieron los beneficios con cargo a la sociedad, mediante la fórmula de la autocartera, y fijando un valor por acción del triple del valor contable. Ese negocio se ha intentado fundar en razones fiscales, pero aunque éstas estuvieran presentes, también lo



es que los socios han percibido de la sociedad un importe considerable, no en forma de dividendo sino por esa otra vía, que produce un perjuicio a la actora, que ya había hecho saber a la sociedad con anterioridad su deseo de renunciar al usufructo. Constituye por tanto un negocio fraudulento realizado en perjuicio de un tercero, que no puede merecer amparo jurídico.

Aunque es cierto que el derecho del art. 68.1 resulta indiscriminado y que puede no haber atendido a todos los supuestos de constitución de reservas, que no tienen por qué provenir de los beneficios, o pueden provenir de beneficios producidos antes o después del usufructo y no durante su vigencia, ello no ha de afectar al derecho en sí, sino en todo caso al cálculo del incremento de reservas, que podría verse afectado por alguna de tales razones. Es decir, que no implica una alteración del derecho contenido en el precepto, sino del cálculo en el caso concreto."

Concluye así esta Sala que no pueden considerarse "frutos" generados por las participaciones las puras plusvalías generadas por el paso del tiempo por la adecuación de la valoración de los activos de la sociedad a una determinada fecha (en este caso, la de expropiación), siendo por otra parte sobradamente conocido que el valor contable de los inmuebles adquiridos hace muchos años y no enajenados suele ser notoriamente inferior a su valor real. Y que en consecuencia, los denominados "beneficios extraordinarios" cuya causa de generación es totalmente diversa a los frutos industriales (los nacidos de la explotación o actividad ordinaria de la sociedad mercantil) no pueden precisamente por ello, ser considerados "frutos". Basta además representarse que cuando por el fallecimiento de D. Juan Pablo nace el derecho de la legataria a reclamar la entrega de su legado, evidentemente ya el valor contable del inmueble expropiado contenía latentes enormes plusvalías, plusvalías que sólo se realizarían cuando se enajenara el activo correspondiente, lo que pudo haber tenido lugar antes de constituirse el usufructo o tener lugar incluso después de extinguido el mismo.

CUARTO.- Entrando ya en concreto en los motivos de apelación, como se ha expuesto, si bien no puede reconocerse la actuación en concepto de socio de ninguno de los partícipes desde que no ha sido nombrado el representante de la comunidad, ello no supone que no se reconozca legitimación a los comuneros que, en un supuesto de claro perjuicio causado a los accionistas nudo propietarios por el acuerdo de reparto de dividendos e imposibilidad, por confrontación de los dos bloques de 50% sobre las acciones, actúen en beneficio de la comunidad impugnando los acuerdos lesivos de los derechos de los condóminos de las acciones. Y ello tanto por la genérica posibilidad de actuación por el comunero en beneficio de la comunidad, reconocida por pacífica y reiterada jurisprudencia, como por la dicción literal del art. 117,1 de la LSA -al que remite el art. 56 LSRL - que reconoce la legitimación a todos los accionistas, a los administradores y a "cualquier tercero que acredite interés legítimo". Así, si no se considera al condómino que formula la demanda propiamente "accionista" por ser sólo partícipe en una comunidad en la que entre otros bienes se encuentran acciones o participaciones sociales y en la que no goza de mayoría real, cuando menos habrá de reconocerle la condición de "no accionista" con interés legítimo en los acuerdos que en este litigio se ventilan.

Legitimación para impugnar los acuerdos que sin embargo, como ya se ha razonado en los fundamentos antecedentes, no conlleva la posibilidad de reconocerle la condición de "accionista titular de un 5% de las participaciones sociales" lo que impide entender defectuosamente constituida la Junta General celebrada el 28 de junio de 2007.

Ello supone la desestimación del motivo de impugnación fundado en que no se atendió la solicitud de partícipes representantes de más de un 5% del capital social de que se requiriera la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General (art. 55,1 LSRL).

QUINTO.- También debe desestimarse la pretensión de que se considere defectuosamente constituida la Junta General celebrada el 28 de junio de 2007 por no figurar en el acta el nombre y apellidos del que se dice asistió en representación de los "herederos de D. Antonio ", o por no haberse conferido en documento público la representación, desde que obra en autos el documento privado en el que dichos accionistas confieren por escrito, expresa y especialmente, representación para asistir a esta concreta Junta General a D. Eliseo (folio 185). El hecho de que se haya incurrido en un error material en la expresión de la intervención de D. Eliseo en representación de estos comuneros no supone que no haya asistido a la Junta, obrando una firma al pie de "herederos de D. Antonio " y, como se ha dicho, en poder de la sociedad el documento de apoderamiento escrito, expreso y especial, otorgado por los aparentemente miembros de dicha comunidad hereditaria (y cuya condición de copartícipes en esta comunidad no ha sido puesta en cuestión por la parte actora).

SEXTO.- Pretende la parte recurrente que se han infringido preceptos legales imperativos por el acuerdo relativo a la aprobación de las cuentas desde que la copia del Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria, la falta de constancia de la celebración en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social de una previa reunión del Consejo de Administración en la que se formularan las cuentas anuales, ni su transcripción en el acta correspondiente, ni el acuerdo de someter las cuentas a la aprobación de la Junta General y la consiguiente



convocatoria de la misma, la omisión en la Memoria abreviada de la transcripción del estado contable en el que se pusiera de manifiesto que existía liquidez suficiente para la distribución anticipada de dividendos, falta de claridad y de presentación de la imagen fiel de la sociedad de las cuentas anuales sometidas a aprobación e inclusión en el pasivo del balance abreviado de una partida denominada "dividendo a cuenta entregado en el ejercicio", contraria a normas imperativas.

Lo que realmente se está aduciendo en este motivo (y se alegó en la demanda) no es que las cuentas unidas a la convocatoria de Junta General no estén firmadas -única cuestión que se examina en la sentencia recurrida- sino que, a juicio de la recurrente, las cuentas no habían sido emitidas por el órgano de administración de la sociedad, órgano de administración al que pertenecía una de las demandantes (y de ahí las menciones a que no se había convocado reunión del Consejo de Administración y a que no se presentaba acta alguna que recogiera los acuerdos del Consejo de Administración, ni para la aplicación de las cuentas ni para la distribución de dividendos anticipada). Y si bien el que se adjunte una copia no firmada de las cuentas sometidas a aprobación es una cuestión formal e irrelevante cuando esa copia corresponde a las cuentas emitidas por el Consejo de Administración, lo que no es una cuestión formal e irrelevante es que el Presidente del Consejo de Administración (por cierto, abogado de las apeladas en el presente recurso) presente a aprobación de la Junta General unas cuentas que no han sido sometidas a deliberación y aprobación por el Consejo de Administración de la sociedad o a ratificación un acuerdo de aplicación de resultados con reparto anticipado de dividendos que no ha sido tampoco sometido a deliberación y aprobación por el Consejo de Administración de la sociedad.

El principio de facilidad probatoria desde luego impone a la sociedad mercantil recurrida la carga de la prueba de acreditar los hechos positivos cuyo acaecimiento afirma y que niega la parte recurrente: si las cuentas anuales del ejercicio 2006 existían, debieron ser emitidas y aprobadas por el Consejo de Administración de la sociedad, convocado como órgano colegiado al efecto, debiendo significarse que al no poder ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, era necesario no sólo que la sociedad demandada acreditara que se convocó a todos los miembros del Consejo a la correspondiente reunión sino también que se deliberó sobre las cuentas anuales que se pretendía formular, dando ocasión a todos los miembros del Consejo para emitir sus opiniones y formular su voto en contra o a favor, como órgano colegiado que el Consejo es. La parte actora ha acreditado lo que estaba a su alcance acreditar: una de las demandantes era miembro del Consejo de Administración y en los minutos 40 a 44 del primer DVD del juicio manifestó rotundamente que ni la habían convocado formalmente a reunión alguna del Consejo de Administración, ni se le había convocado a ninguna reunión para discutir las cuentas del ejercicio 2006 ni, por último, había sido convocada para adoptar acuerdo alguno de reparto anticipado de dividendos o emitir informe sobre la liquidez de la compañía al efecto de dicho reparto anticipado de dividendos.

Además la parte actora propuso como medio de prueba que se presentara por la sociedad demandada la justificación de la convocatoria de esta miembro del Consejo a la/s reunión/es del Consejo en la/s que supuestamente se acordó el reparto anticipado de dividendos, su distribución y la formulación de cuentas anuales, y las cuentas firmadas, así como la exhibición del libro de actas del Consejo sin que la sociedad demandada, requerida para esa presentación por la declaración de pertinencia de dichas pruebas, presentara documento alguno acreditativo de que efectivamente se hubiera convocado siquiera a los miembros del Consejo para adoptar dichos acuerdos ni de que dichos acuerdos hubieran sido efectivamente adoptados y por qué mayorías en el órgano colegiado, ni puede conocerse si falta o no la firma de alguno de los administradores y por qué causa falta dicha firma (art. 171 LSA al que remite el artículo 84 de la LSA).

Así las cosas, no puede tenerse por probado que el Consejo de Administración formulara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2006, cuentas que en consecuencia no podían ser aprobadas por la Junta General de Accionistas por no formuladas por el órgano competente para ello, y debe considerarse nulo el acuerdo impugnado por el que la Junta de Accionistas aprobaba dichas cuentas. La parte actora ha desplegado toda la actividad probatoria exigible y es la sociedad demandada la que ha deliberadamente omitido acreditar los hechos que afirma mediante la presentación de los documentos adecuados para ello y que necesariamente, de existir, debían estar en su poder.

Debe pues estimarse la impugnación del acuerdo primero adoptado por la Junta General Ordinaria de la entidad mercantil SALAZONES CANARIOS SOCIEDAD LIMITADA, celebrada el día 28 de junio de 2007, declarando nulo dicho acuerdo.

SÉPTIMO.- El punto segundo del orden del día de la precitada Junta General Ordinaria se titulaba "examen y aprobación, si procede, de la aplicación del resultado del ejercicio finalizado a 31 de noviembre de 2006". Realmente, como se deduce de las cuentas que se presentaron a aprobación a la Junta en el punto anterior del orden del día (en las que se hacía mención a la adopción de un supuesto acuerdo del Consejo de Administración de aplicación de resultados y distribución anticipada de beneficios), no se pretendía tanto que la Junta hiciera la aplicación del resultado, como que ratificara la realizada anticipadamente supuestamente por el Consejo de



Administración (y decimos supuestamente porque pese al requerimiento para presentación del libro de actas a la sociedad apelada, dicho libro de actas nunca se presentó sin que conste siquiera en autos en qué fecha se adoptó dicho supuesto acuerdo de distribución anticipada de resultados).

En primer lugar no puede tenerse por acordada formalmente por el Consejo de Administración la distribución de dividendos que efectivamente se realizó anticipadamente por negar la demandante miembro del Consejo de Administración haber sido convocada a reunión alguna a tal efecto ni haber deliberado en una reunión formal del Consejo de Administración sobre este punto, ni haber emitido el estado contable en el que se pusiera de manifiesto que existía liquidez suficiente para la distribución del resultado. Sin embargo, sin perjuicio de la responsabilidad en la que hubiera podido incurrir el Administrador que hiciera el reparto de dividendos sin previa convocatoria del Consejo de Administración, ello no sería obstáculo a que la Junta adoptara un acuerdo sobre la cuestión debatida sin necesidad de acuerdo previo de los administradores (art. 216 de la LSA). Ello quiere decir que la existencia o inexistencia, la nulidad o validez del supuesto acuerdo del Consejo de Administración no supone en ningún caso la nulidad del acuerdo de la Junta General sobre esta cuestión (art. 44, 1.a de la LSRL).

La única norma que establece la LSRL sobre distribución de dividendos es el artículo 85 de la LSRL , que impone que "salvo disposición contraria de los estatutos -que aquí ni siquiera se alega por ninguna de las partes-, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social". Rige supletoriamente la regulación prevista en la LSA por expresa remisión del artículo 84 de la LSRL , y en particular los artículos 213 y siguientes.

Pues bien: en primer lugar, el acuerdo de la Junta General sobre la aplicación del resultado del ejercicio ha de adoptarse de acuerdo con el balance aprobado (ya que evidentemente es el resultado presentado en las cuentas aprobadas el que ha de ser distribuido) conforme dispone el art. 213,1 LSA . Sólo puede acordarse, además, "una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley" y sólo "con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto contable no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social" - artículo 213,2 LSA -, siendo preceptivo dotar con un 10% del beneficio del ejercicio la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el 20% del capital social - artículo 214 LSA -.

Cuando se pretende hacer "distribución entre los accionistas de cantidades a cuenta de dividendos" -como se pretende en el caso del supuesto acuerdo del Consejo de Administración, o sucedería en el caso de que sin previa aprobación de cuentas la Junta General adoptara un acuerdo con ese contenido-, sin necesidad por tanto de aprobación previa de cuentas, esa distribución a cuenta de dividendos exige (artículo 216 LSA): a) que los administradores formulen un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución, estado que se incluirá posteriormente en la memoria -estado contable que no consta se emitiera por el Consejo de Administración antes de hacer entrega efectiva del "dividendo a cuenta" a las personas a las que se les entregó en este concepto-; b) que la cantidad a distribuir no exceda de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias así como la estimación del impuesto a pagar por dichos resultados; c) que, como en toda distribución de dividendos, "la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social".

En el supuesto que examinamos ninguno de estas exigencias se ha cumplido: a) porque el único "estado contable" que se ha formulado no lo ha sido por el Consejo de Administración (que no consta aprobara las cuentas formuladas -y en cuya memoria tampoco aparece mencionado el estado contable que supuestamente se tuvo a la vista cuando se distribuyó el beneficio anticipadamente-) ya que no se convocó a reunión del mismo al efecto a una de las miembros de dicho órgano colegiado y no consta siquiera que hubiera tal reunión; b) porque sin este estado contable formulado por el órgano de administración no puede controlarse que no se haya distribuido una cantidad que exceda el límite legal que puede distribuirse anticipadamente; c) porque el reparto de dividendos que se hizo anticipadamente, lo hiciera quien lo hubiere hecho -aunque efectivamente lo hiciera el Consejo de Administración, lo que no consta acreditado- no se realizó en proporción a la participación en el capital social de los partícipes en la sociedad.

Y es que incluso si el estado de cuentas presentado para aprobación en el punto 1 del orden del día hubiera respondido totalmente a la realidad y reflejara fielmente el patrimonio social (como en principio parece, puesto que se refleja en él la falta de actividad durante varios años, la falta de actividad en el ejercicio anterior y que el único activo era el inmueble expropiado que se sustituye en las cuentas de 2006 por la cantidad cobrada del precio en tesorería, con correlación en el pasivo con el capital social que permanece en la sociedad, la reserva legal y el resultado positivo del ejercicio), la distribución de dividendos efectuada y que se sometió a aprobación de la Junta General no respetaba la proporción en la participación en el capital social de los partícipes en la sociedad.



Ello es evidente a la vista de lo que se reconoce en la contestación a la demanda (folios 111 y 112) en la que se expone que de la cantidad total de beneficios extraordinarios (derivados de plusvalías realizadas por la enajenación en expropiación forzosa del único activo de la sociedad, como la propia sociedad demandada reconoce) a distribuir era de 296.812,53 euros, que la cantidad que correspondía a las acciones de que era titular formal D. Juan Pablo era de 47.220,25 euros y que de esa cantidad se entregó a la viuda Dña. Aurelia la cantidad de 40.474,50 euros en concepto de "usufructuaria universal de todos los bienes y derechos" del que fue su esposo y a las demandantes sólo 6.745,75 euros que se consideraban correspondían al "50% de las dos participaciones sociales" adquiridas por su padre durante su primer matrimonio, que la sociedad demandada consideraba "correspondía" a la madre de las demandantes pese a no encontrarse liquidada la correspondiente sociedad de **gananciales**.

Como se ha expuesto, en autos sólo ha quedado acreditada la condición de legataria del usufructo de los bienes de D. Juan Pablo en Dña. Aurelia, ni la condición de usufructuaria ni la condición de partícipe en el dominio de ninguna de las acciones que fueron de D. Juan Pablo han sido acreditadas, por lo que ninguna cantidad procedía se le entregara en concepto de participación en beneficios. Pero es que, como se ha expuesto, incluso si se considerara efectivamente ya usufructuaria de los bienes y derechos de D. Juan Pablo, el usufructo sólo alcanzaría a su derecho a percibir la participación en beneficios ordinarios o de explotación que correspondiera a las participaciones de que fuera usufructuaria, nunca a los beneficios extraordinarios (art. 68,1 de la LSA a sensu contrario), por lo que ninguna cantidad procedente de beneficios extraordinarios como lo son las plusvalías por enajenación de activos debió serle entregada nunca a Dña. Aurelia.

Debe pues estimarse la impugnación del acuerdo tercero de la Junta General de la Sociedad SALAZONES CANARIAS, S.L., desde que la aplicación de resultados y distribución de beneficios en él acordada vulnera frontalmente lo dispuesto en el art. 85 de la LSRL y el art. 216 LSA. Y lo hace con grave y claro perjuicio de las demandantes recurrentes, ya que por este acuerdo se pretendía entregar la participación en el beneficio extraordinario que correspondía a las participaciones sociales de que son copartícipes las demandantes a la legataria del usufructo que no tenía derecho alguno sobre tales beneficios extraordinarios (y no a los dueños de las acciones, que sí tenían tal derecho).

En parecido sentido se ha expresado la sentencia de 12 de diciembre de 2006 de la Audiencia Provincial de Baleares (ROJ: SAP IB 2409/2006), que resolvió un asunto muy similar en cuanto al fondo al que es objeto del presente litigio. Se pretendía en la demanda la reclamación de cantidad derivada de la distribución de fondos de una compañía por parte del antiguo gerente de la misma, sin cumplir las formalidades previstas en la LSA, reclamando a los usufructuarios que percibieron indebidamente las cantidades repartidas su reintegro y al administrador social solidariamente la entrega de esa misma cantidad por haber efectuado el reparto de forma dolosa, suplicándose además la declaración de la nulidad de las transferencias otorgadas por dicho Administrador Social en concepto de pago de dividendos. Razona así la sentencia de primera instancia que la Audiencia Provincial confirma, según el fundamento de Derecho 3º de la sentencia de alzada:

"TERCERO.- La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca en fecha 25 de julio de 2005 en los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de transferencias bancarias realizadas en nombre de la entidad actora y reclamación de cantidad, seguidos con el número 239/03, de los que trae causa el presente rollo de apelación, exponía en sus fundamentos jurídicos lo que seguidamente se resumirá:

· Centrándonos en la cuestión litigiosa que no es otra que si el reparto de dividendos efectuado tiene validez y la consiguiente acción de restitución de las cantidades indebidamente percibidas por los demandados tal como sostiene la parte actora hemos de acudir a los preceptos relativos a la aprobación de las cuentas anuales contenidos en la Ley de Sociedades Anónimas comenzando por el art. 212 que establece expresamente que las cuentas anuales se aprobarán por la Junta General de Accionistas, conteniendo los artículos ss. el procedimiento que debe seguirse para decidir acerca del resultado de un determinado ejercicio, y en concreto el art. 213 establece que la Junta General resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado conteniéndose en el párrafo 2º los condicionamientos legales del reparto de dividendos.

· Del examen de los preceptos indicados vemos que el primer requisito fundamental es la necesaria existencia de un acuerdo de la Junta General de accionistas que apruebe las cuentas anuales y resuelva sobre la aplicación del resultado. El art. 213 de la L.S.A. condiciona el acuerdo sobre la aplicación del resultado a la aprobación del balance del ejercicio de manera que "la aprobación del balance del ejercicio constituye una autentica *condictio iuris* de la ulterior resolución sobre la aplicación del resultado: toda distribución de beneficios a los accionistas -dividendos- sin la previa aprobación de un balance que los evidencie solo puede basarse en un acuerdo contrario a la ley y por tanto impugnabile. Todo ello sin perjuicio de lo preceptuado en el art. 217 LSA sobre la restitución del dividendo no tanto ficticio- que pudiera no serlo desde el punto de vista contable y empresarial si se demostrara qué beneficios partibles se han obtenido por la compañía a pesar



de la no aprobación del balance- cuanto ilegal. (Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades anónimas, Jesús Ángel).

· El necesario acuerdo del órgano soberano y democrático de a sociedad anónima no puede ser suplido en ningún caso salvo el de las cantidades entregadas a cuenta de los dividendos del art. 216 al que posteriormente nos referiremos hasta el punto que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha hablado de que el derecho de los socios de una Sociedad Anónima a percibir el dividendo es un derecho abstracto que no se concreta hasta el momento en que se acuerda por la Junta General de accionistas la distribución de dividendos.

.....
El representante legal del accionista mayoritario de PIMSA, Sr. Rubén reconoce la existencia de dicha reunión en el interrogatorio de parte practicado alegando que en la misma se trataron cuestiones relativas a varias sociedades pero niega que se produjera ningún acuerdo relativo a la distribución de cantidades entre los socios y de este supuesto acuerdo si es que existió no existe ninguna constancia de forma que en ningún caso una reunión informal en la que ni siquiera estaba presente todo el capital social (puesto que según los propios demandados el Sr. Javier no acudió a esta reunión ni tampoco otorgo poder de representación por escrito como exige la LSA ni asimismo tampoco acudió la Sra. Socias) puede asimilarse a la existencia de una Junta General Universal de aprobación de cuentas anuales y distribución de resultados que es lo que imperativamente exige la Ley de Sociedades Anónimas para que puedan distribuirse beneficios entre los accionistas.

· Asimismo el hecho de que el Sr. Eliseo (administrador de hecho de la sociedad) procediera a distribuir las cantidades entre los socios y a realizar las transferencias correspondientes cumpliendo ordenes de los socios que a tenor del interrogatorio de parte practicado consistieron en una llamada telefónica de su tío en la que le ordenó repartir las cantidades entre los socios impide que exista la mas mínima constancia de la existencia de dicha orden o de su contenido que además provenía de un accionista minoritario de la compañía a tenor de la participación en el capital social.

· Asimismo, en las cartas remitidas por el Sr. Eliseo a los socios de PIMSA por conducto notarial no se hace referencia a ese supuesto acuerdo y mas bien se plantea en el penúltimo párrafo como una decisión personal "he procedido a distribuir...", "he repartido en proporción a los paquetes de acciones..".

· Por lo que se refiere a la posibilidad entregas de dinero como englobadas en el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas en el concepto de "dividendos a cuenta" resulta que de la dicción literal de precepto solo pueden ser acordadas por "los administradores" y el Sr. Eliseo era únicamente uno de los tres apoderados de la empresa y en ningún caso tenía la facultad para decidir este reparto, pero es que a mayor abundamiento tampoco se cumplieron las garantías que la Ley de Sociedades anónimas exige en el art. 216 y es que los administradores formulen un estado contable que en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución y se establece la cantidad máxima que puede distribuirse "que no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del ultimo ejercicio". Pues bien, si ni siquiera se habían aprobado las cuentas anuales del año 1999... ¿Cómo podía formularse el estado contable? En el interrogatorio de parte del Sr. Eliseo reconoció que no efectuó ningún estado contable y en el interrogatorio del perito testigo Manuel que según su propia declaración asesoró al Sr. Eliseo en este asunto y "determinó la cantidad máxima a repartir", exhibidos los doc. acompañados a la demanda nº 1, 4 y 5 en los que se recogen las cuentas anuales del año 1999, 2000 y 2001 reconoce expresamente que "desde el cierre del año 2000 hasta que se repartieron las cantidades no se pudieron generar 150.000.000 de pesetas de beneficios", es decir, que a tenor de lo anteriormente mencionado las cantidades entregadas a los socios no pueden tener la consideración de "entregas a cuenta de dividendos".

La sentencia citada de la A.P. de Palma de Mallorca ratifica plenamente el razonamiento hecho por la Juez de instancia que se acaba de transcribir, y añade:

"Por lo tanto, y sin perjuicio de lo que se dirá respecto de la compensación, las peticiones actoras deben prosperar, ya que, como sostiene la sentencia de instancia, sin que los argumentos de la parte apelada cuestionando vagamente los razonamientos judiciales hayan neutralizado estos, concurre una notoria infracción de las normas legales aplicables al reparto de dividendos societarios en las transferencias bancarias que, por importe global de 114.800.000 pesetas (hoy 689.961,90 #), fueron ordenadas en el año 2001 por el codemandado D# Eliseo en nombre de la mercantil PROMOCIONES INMOBILIARIAS MEDITERRÁNEAS S.A., por lo que hay que concluir que las mismas son nulas por infringir las disposiciones legales señaladas en primera instancia y que luego se reiterarán, y ello en el bien entendido de que el Sr. Eliseo responde, tanto por abuso del poder otorgado, como por la vía de la responsabilidad del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, en tanto en cuanto adoptó tal iniciativa de distribución de beneficio como un administrador de hecho, lo que conduce a considerarlo solidariamente responsable, junto con los beneficiarios de las transferencias irregulares, de la devolución del caudal transferido.



Consecuentemente, se comparten los cumplidos argumentos de la Juez a quo, reproducidos en los antecedentes de esta sentencia, en los que básicamente se dice que la Ley de Sociedades Anónimas en su art. 212 establece expresamente que las cuentas anuales se aprobarán por la Junta General de Accionistas, conteniendo los artículos siguientes el procedimiento que debe seguirse para decidir acerca del resultado de un determinado ejercicio, estableciendo el art. 213 que la Junta General resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado, conteniéndose en el párrafo 2º los condicionamientos legales del reparto de dividendos. De modo que, del examen de los preceptos indicados se aprecia que el primer requisito fundamental para el reparto de dividendo, la necesaria existencia de un acuerdo de la Junta General de accionistas que apruebe las cuentas anuales y resuelva sobre la aplicación del resultado, no concurría. Por otro lado, con relación a la reunión en Niza el día 6 de abril de 2001, tal y como sostiene la sentencia, la prueba practicada en autos permite concluir que no consta que se produjera un acuerdo relativo a la distribución de cantidades entre los socios, el cual tampoco aparece formalmente plasmado, sin que tampoco se haya acreditado la existencia de una convocatoria en forma, un orden del día, ni la presencia de todo el capital social. En definitiva, no puede asimilarse tal reunión a una Junta General Universal habilitada para la aprobación de cuentas anuales y distribución de resultados, que es lo que imperativamente exige la Ley de Sociedades Anónimas para que puedan distribuirse beneficios entre los accionistas.

Por otro lado, por lo que se refiere a la posibilidad de llevar a cabo entregas de dinero enmarcables en el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas en el concepto de "dividendos a cuenta", en la dicción literal de precepto sólo pueden ser acordadas por "los administradores", aconteciendo que el Sr. Eliseo era únicamente uno de los tres apoderados de la empresa, y en ningún caso tenía la facultad para decidir ese reparto, ni se cumplieron tampoco las garantías que la Ley de Sociedades anónimas exige en el citado artículo, a saber, que los administradores formulen un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución y se establezca la cantidad máxima que puede distribuirse "que no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio", cuando ni siquiera se habían aprobado las cuentas anuales del año 1999.

Frente a tales irregularidades no cabe sostener que la entidad PIMSA funcionara "de facto" con omisión de las disposiciones imperativas contenidas en la ley de Sociedades Anónimas y que siempre se habían repartido los beneficios de la sociedad de forma verbal, sin que mediara la preceptiva junta general, pues, por un lado, se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, en la que, por tanto, las normas relativas a aprobación de cuentas anuales resultado del ejercicio son de carácter imperativo y se establecen, no sólo para el interés de los socios, sino también para proteger a los acreedores y los terceros que puedan tener créditos frente a la sociedad; y, por otro, la eventual ignorancia de la Ley por parte de los gestores de la Sociedad y de los socios no exime del cumplimiento de ésta.

En consecuencia, carecía el Sr. Eliseo de facultades para hacer el reparto, no se habían aprobado las cuentas anuales del ejercicio 1999, ni tampoco del año 2000, ni se había celebrado Junta General Ordinaria o Extraordinaria para dicha aprobación y para resolver sobre la aplicación del resultado, y, tal y como refiere también la sentencia de instancia, se había solicitado por el socio mayoritario de la compañía la convocatoria judicial de Junta General Ordinaria y Extraordinaria de accionistas, que se convocó mediante edictos y que tuvo lugar después del reparto irregular de beneficios, concretamente el 26 de junio de 2001, procediéndose a la aprobación de las cuentas anuales del año 1999; sin que tal aprobación sirva para subsanar tampoco el reparto irregular, cuyos vicios no recibieron corrección y del cual no se beneficiaron sino los hoy socios demandados.

Así las cosas, todo ello permite concluir que la actuación del Sr. Eliseo fue irregular al ordenar, sin facultades para ello y sin cumplimiento de las previsiones legales, la transmisión de las cantidades a los socios, anticipándose a lo que la Junta General podía acordar en fechas próximas. En este mismo sentido, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, se pronuncia en sus fundamentos jurídicos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en fecha 15.3.04, que entiende que "... está igualmente acreditado que tras una reunión en Niza el 7-4-01 con accionistas minoritarios, el actor conjuntamente con aquellos, decidió el reparto de dividendos por importe de 180.000.000 ptas. Y abonó a cada accionista la parte proporcional correspondiente", y continúa la mencionada sentencia "... no se puede aceptar que en tal condición y sabedor de que ha sido convocada por Orden judicial una Junta General para el día 26.6.01, en la que el propio demandante estima va a ser destituido de su cargo, acuerde, aunque sea a petición de accionistas minoritarios, el reparto de 180.000.000 ptas., infringiendo claramente lo dispuesto en el Art. 216 de la Ley de Sociedades Anónimas".

Por todo lo expuesto, debe prosperar la acción de restitución del art. 217 de la LSA, que establece que "cualquier distribución irregular de dividendos o de cantidades a cuenta de los dividendos que contravenga lo establecido en la ley deberá ser restituida por los accionistas que la hubieran percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que los preceptores conocían la irregularidad de la distribución



o que habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla", ya que, por las circunstancias concurrentes, los perceptores no podían dejar de conocer la realidad de la irregular distribución, habida cuenta de que, en el caso de autos, del conjunto de toda la situación fáctica referida en la sentencia de instancia, consistente en la ausencia de administrador por la muerte del único administrador de la compañía y familiar directo de los demandados, la situación de vacío de poder existente en la sociedad, la inexistencia de junta general que aprobara las cuentas de los ejercicios 1999 y 2000 y, sobre todo, la inminencia de una junta general en la que se preveía que se nombraría un nuevo administrador, constituyen datos acreditados que los socios demandados no podían ignorar, de donde se deriva que tenían que estar al corriente de que la distribución de beneficios no era regular, no pudiendo obviar el hecho de que el referido reparto no cumplía las previsiones y garantías legales. Por lo tanto, los demandados están obligados a restituir el principal irregularmente cobrado y los intereses legales correspondientes, y ello merced a la previsión del artículo 217 de la LSA, al responder su pago a un irregular reparto de beneficios, el cual ha de entenderse nulo de pleno derecho al infringir las tantas veces referidas normas legales, de carácter imperativo, y en previsión del artículo 6.3 del Código Civil."

A la vista de esta sentencia, la única que se ha encontrado en la búsqueda sobre la cuestión en un supuesto similar al presente y cuya doctrina compartimos, no puede sino concluirse que el acuerdo adoptado por la Junta General en relación con el punto 2º del orden del día es nulo por infracción de preceptos imperativos (como lo fue la distribución anticipada de dividendo en su día realizado y que se pretendía ratificara la Junta General). Es más esta sentencia, que limita la causa de nulidad a la inexistencia de un acuerdo propiamente dicho de la Junta General y a la falta de cuentas o estado contable previamente formulado por el órgano de administración, tampoco descarta que en caso de distribución del beneficio de modo no proporcional entre el accionariado también concorra la nulidad del acuerdo, si bien en el supuesto que examinaba no entró a conocer de la cuestión por haber sido extemporáneamente alegada en el acto del juicio.

OCTAVO.- Se pretende por las demandantes que se revoque el acuerdo de la Junta General a la que se refiere este litigio por el que se aprobó por la Junta General la gestión de los administradores, por entender que los mismos habían incumplido diversos preceptos legales, entre ellos el que les obligaba a promover la disolución de la sociedad carente de actividad durante más de cinco años, y que además los supuestos acuerdos de los administradores sobre distribución anticipada de dividendos lesionaban el interés social, lo que no se desvirtuaba por el hecho de que a favor del acuerdo impugnado haya votado el 84,09% del capital social.

No debe estimarse este motivo de impugnación ni procede declarar nulo el acuerdo por el que más del 894% aprueba la gestión de los administradores. Dicho acuerdo no supone más que una valoración de los accionistas presentes en la Junta General sobre la gestión de los administradores sociales, pero en modo alguno exime a éstos de la responsabilidad en que hayan podido incurrir en el ejercicio de sus funciones de administración -mucho menos por incumplimiento de los deberes de promover la disolución de la sociedad cuando la misma procediere-, responsabilidad que le podrá ser exigida, según los diferentes supuestos previstos en la LSA a la que remite el art. 69 de la LSRL, por los accionistas, por la sociedad misma o incluso por terceros acreedores de la sociedad.

Como simple manifestación de voluntad no está sujeto el acuerdo referido al cumplimiento de norma imperativa alguna fuera de las de formación de la voluntad del órgano colegiado que la Junta General es, ni se considera susceptible por la Sala siquiera de causar perjuicio alguno a los accionistas disidentes o a la sociedad misma, por lo que no cabe sino la simple desestimación del motivo.

NOVENO.- La estimación parcial del recurso conlleva la estimación parcial de la demanda y, consecuentemente, no procede hacer expresa imposición de costas ni en la primera instancia ni en la alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DÑA. Natividad, DÑA. Sabina, DÑA. Zaira, DÑA. Daniela y DÑA. Caridad contra la sentencia dictada el día 14 de mayo por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas, debemos revocar la sentencia apelada y en su lugar, con estimación parcial de la demanda debemos declarar y declaramos la nulidad por infracción de preceptos imperativos de los siguientes acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria de la sociedad demandada SALAZONES CANARIAS, S.L. celebrada el día 28 de junio de 2007:

a) El acuerdo primero, sobre aprobación del Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria del resultado del ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2006.



b) El acuerdo segundo, sobre aprobación de la aplicación del resultado del ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2006.

Con desestimación del resto de las pretensiones formuladas en la demanda y sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dña María Elena Corral Losada, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO