



Roj: **SAP MA 1718/2016 - ECLI:ES:APMA:2016:1718**

Id Cendoj: **29067370062016100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **59/2014**

Nº de Resolución: **419/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN SEXTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

CIUDAD DE LA JUSTICIA

C/ Luis Portero s/n

Tlf.: 951 939 216/ 951 939 016. Fax: 951 939 116

N.I.G. 2906742M20100001061

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 59/2014

Asunto: 600061/2014

Autos de: Procedimiento Ordinario 797/2010

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº2 DE MALAGA

Negociado: 09

Apelante: LEALFA SL

Procurador: JUAN CARLOS RANDON REYNA

Abogado: JOSE LUIS CALDERON JIMENEZ

Apelado: KASAR DE ALTAVISTA SL

Procurador: MARIA LUISA GALLUR PARDINI

Abogado: ANTONIO ZARCO MARTINEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO DOS DE MALAGA.

JUICIO ORDINARIO NÚMERO 797/2010.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 59/2014.

SENTENCIA Nº 419/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano



En la Ciudad de Málaga, a **quince de junio de** dos mil dieciséis.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario número 797 de 2010, procedentes del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Málaga, seguidos a instancia de la mercantil Kasar de Altavista S.L., representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Gallur Pardini y defendida por el Letrado Don Antonio Zarco Martínez, contra la entidad mercantil LEALFA S.L., representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Randón Reyna y defendida por el Letrado Don José Luis Calderón Jiménez, y los autos acumulados seguidos con el número 802/2010, seguidos a instancia de la mercantil KASAR DE ALTAVISTA S.L., representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Gallur Pardini y defendida por el Letrado Don Antonio Zarco Martínez, contra la entidad mercantil INVERSIONES ARAUZO S.L., que no se ha personado en esta alzada; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la demandada Lealfa S.L., contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Mercantil número Dos de Málaga dictó Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2013, en los autos acumulados de Juicio Ordinario seguidos con los números 797/2010 y 802/2010, de los que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: *"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Dña. M^a Luisa Gallur Pardini, en nombre y representación de Kasar de Altavista S.L. debo condenar y condeno a Lealfa S.L. a restituir la cantidad de 21.119,98 euros percibida a cuenta de dividendos y a la entidad Inversiones Arauzo S.L. a restituir la cantidad de 42.239,97 euros percibida como anticipo de dividendos. Todo ello con expresa imposición de las costas a las demandadas."*

SEGUNDO .- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la demandada Lealfa S.L., el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario por la actora, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día señalado, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate en apelación la sentencia dictada en primera instancia la representación procesal de la mercantil demandada Lealfa S.L., que estima que no concurren los requisitos de la acción de restitución de dividendos, y que lo pretendido por la actora con dicha acción es la restitución de dividendos a cuenta anteriores al concurso de acreedores para que el socio mayoritario y su grupo de empresas resulten resarcidos por los pagos que dice que ha tenido que hacer en dicho concurso para cumplir con el convenio propuesto y aprobado y, por tanto, para pagar deudas sobrevenidas de la sociedad que nada tienen que ver con restituir dividendos que debieron quedar saldados al interponer el concurso voluntario de acreedores en el año 2006, ya que la decisión de restitución data del año 2007. Se alega en el recurso que ha quedado probado que no se han dado todos los requisitos para que pueda prosperar la acción de restitución y en concreto:

1º) La causa de la acción de restitución es diferente a la legalmente prevista, incurriéndose en error en la valoración de la prueba al obviar el único motivo o causa de la acción planteada cual es cubrir nuevas deudas, ya que se reconoce en el acto del juicio que la finalidad es obtener recursos para pagar deudas sobrevenidas, buscando exclusivamente financiación para soportar los gastos y deudas muy posteriores a los años aprobación del reparto de dividendos a cuenta (2000 y 2001) que ni siquiera se incluyeron en el concurso de acreedores de la actora, ya que: (i) si se pretende la restitución de dividendos, la acción debe ser para reintegrarlos completamente conforme al art. 217 LSA; (ii) la reclamación no se dirige contra dos de los socios que cobraron estos dividendos; (iii) los requerimientos que comenzaron a ser enviados en 2005 a los demandados nada decían de restitución de dividendos, y sólo se solicitaban pequeñas cantidades para cubrir gastos nuevos o sobrevenidos; (iv) si se presenta concurso voluntario en 2006 por unas deudas que se pagaban con 175.176,73 €, no se explica que aparezcan en 2009 con la liquidación de deuda de 230.635,42 € más, y con los activos que incluye, lo que demuestra que se cuadran las cuentas con los dividendos a devolver; (v) basta con ver el cuadro de deudas a pagar que se presenta de contrario y el cuadro presentado a requerimiento del apelante por deudas pagadas por el Arco de Marbella para comprobar que las deudas son de los años 2005 en adelante y no de los ejercicios 2000, 2001 y 2002, y por tanto son todas ellas sobrevenidas al concurso de acreedores, concluyendo que ello en la doctrina se conoce como "pérdidas sobrevenidas".



2º) Defecto en el acuerdo de restitución de dividendos, alegando error en la valoración de la prueba al obviar el juez de instancia la existencia de un concurso de acreedores y sus consecuencias, cuando se acordó exigir la devolución de dividendos, lo que conlleva que el acuerdo de restitución no estuviera tomado en forma, y por tanto, no se dan los requisitos de dicha acción por defecto en el acuerdo, ya que Kasar de Altavista S.L. en el año 2007, cuando se toma un acuerdo exclusivamente por el socio único para compensar deudas, estaba intervenida dentro del Concurso Voluntario 313/2006 del Juzgado Mercantil número uno de Málaga, y estaba designado un administrador judicial, y por tanto, aquel acuerdo societario y su gestión por la administración de la sociedad requería de la autorización y participación del administrador concursal, y el crédito de Kasar de Altavista S.L. para restituir dividendos debió haberse ejercitado en el concurso voluntario, igual que debieron recogerse dichas deudas en el concurso ya que se entienden extinguidos todos los créditos ordinarios no incluidos en el concurso ni en el convenio pues este produce la escisión de créditos (sic).

3º) El acuerdo no era de restitución de dividendos, incurriéndose igualmente en error en la valoración de la prueba al entender como tal acuerdo de restitución es algo diferente, que se acordó por el socio mayoritario exclusivamente, sin que exista acuerdo social de restitución de dividendos, ya que el acuerdo de 2007 no aprobaba exigir la devolución o restitución de los dividendos, sino el método o forma cómo se devolverían, la compensación según se decía, lo que debió también ser apreciado de oficio por el juez, al controlar los requisitos de la acción entablada.

4º) Restitución de cuantía de dividendos proporcional o atendiendo a las deudas de la sociedad en el año 2009 y no al importe entregado en 2000 y 2001, incurriéndose igualmente en error en la valoración de la prueba al no observarse por el juzgado, pese a las evidentes pruebas, que no se daba otro de los requisitos de la acción ejercitada, concretamente que la petición no fuera por el total del reparto, sino proporcional en función a la deuda existente al año 2009, sin que haya acción, ni bien acordada por la asamblea de socios, ni bien planteada la demanda, ya que la acción de restitución de dividendos entregados a cuenta conlleva la nulidad de todo el reparto de dividendos realizado en 2000 y 2001, y por tanto del acto en sí, lo que provoca la necesaria restitución íntegra de lo percibido y no proporcional en función de las deudas que existen al 2009, que es lo que se pide en el juicio, devolver la parte proporcional para cubrir deudas sobrevenidas.

5º) Desconocimiento de lo irregular del reparto por todos los socios y administrador, incurriéndose igualmente en error en la valoración de la prueba al no observarse por el juez el desconocimiento por los socios y por el propio administrador de la irregularidad del reparto, obviando evidencias que justifican la corrección del mismo cuando se hizo, siendo una cuestión distinta, que a posteriori, una vez que el señor Moises , administrador de Kasar de Altavista S.L. paga en el concurso de acreedores para cumplir el convenio propuesto, y por tanto una vez que a él se le debe dinero, y para obtener circulante busque y encuentre defectos formales de los que nadie se percató 7 años antes, a fin de que su grupo recupere dinero, estimando que por la parte apelante se ha acreditado que: (a) se aprobó el reparto de dividendos a cuenta para ejercicios no cerrados y es evidente que en este caso eran para los ejercicios 2002 y 2003, dándose los requisitos para el reparto previo teniendo en cuenta las expectativas de ventas y el excedente de tesorería; (b) los socios no sabían que el reparto era irregular porque: las cuentas de 2001 reflejan ganancias por 2.499.977,56 euros y no pérdidas; en 2003 el balance refleja pérdidas por 0 euros y ganancias por 1.639.436,75 euros; se explica que había bastante tesorería para poder repartir; y no aparecía acrecido alguno reflejado en el concurso en 2006; siendo un requisito necesario para la acción el conocimiento por los socios de la irregularidad del reparto como señala la SAP de Baleares de 12 de diciembre de 2006 .

6º) Prescripción de la acción, incurriéndose en error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho respecto a la prescripción e interrupción de la misma, ya que las cartas enviadas y no notificadas tenían otra finalidad que no era exigir devolución de dividendos, y además no consta hasta 2007 el acuerdo de la junta de compensar, pero no la reclamación, por lo que no se puede entender interrumpida la acción, y por tanto la acción está prescrita por el transcurso de tres años.

7º) La cantidad se reclama con base en deudas que no son de Kasar de Altavista S.L., incurriéndose igualmente en error en la valoración de la prueba al sostener como válidas las cuentas presentadas para reclamar la devolución de dividendos, detallando en el recurso las sumas y conceptos que no habría que haber incluido en las cuentas presentadas por Kasar de Altavista S.L. para justificar detalladamente la totalidad de la cuantía de la reclamación, y por consiguiente en las cuentas y balances presentados, para justificar el destino final que se quiere dar a la restitución de dividendos, incluyendo deudas no reconocidas de la sociedad o que no son de su responsabilidad, habiendo sido aprobadas las cuentas por el socio mayoritario con su único voto, de forma que las cuentas e informes en las que se basa la reclamación son incorrectos por incluirse deudas y facturas que no corresponde abonar a Kasar de Altavista S.L., y que se pretenden abonar con la restitución de dividendos, sin que ello pueda servir de base a dicha reclamación de dividendos.



SEGUNDO.- Dados los términos en los que aparece formulado el recurso y que en el mismo se principia alegando la improcedencia e incorrección de la acción ejercitada, que se dice trae una causa distinta de la legalmente prevista, conviene comenzar exponiendo los hechos en los que se basa la demanda frente a la apelante, en cuyo suplico se interesaba la condena de la demandada, Lealfa S.L., a la reintegración parcial de los dividendos percibidos a cuenta durante los años 2000 y 2001, al exceder lo repartido de la cantidad a la que ascendían los beneficios de la sociedad demandante, reclamando la devolución de la cantidad de 21.119,98 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, pretensión que es íntegramente acogida en instancia, y que es objeto de impugnación mediante el recurso de apelación. Se alega por la parte actora que en las Juntas de la sociedad celebradas en los años 2000 y 2001 se acordó el reparto de dividendos entre los socios por un importe total de 3.184.564,47 euros, de los cuales 159.228,22 euros correspondieron a Lealfa S.L. y 318.456,45 euros a Inversiones Arauzo S.L., resultando la improcedencia de dicho reparto según consta en informe de auditoría aportado como documento nº 5 y en Acta de la Junta General celebrada el 29 de junio de 2007, aprobada por mayoría y no impugnada, por los informes de auditoría de los ejercicios 2003, y 2004, y cuentas anuales de los ejercicios 2002 a 2007, y en el informe pericial aportado como documento 13 referido en exclusiva al reparto de dividendos. Se añade en la demanda que la sociedad actora fue declarada en concurso de acreedores, habiendo sido dictada Sentencia aprobando el convenio con fecha 8 de enero de 2009, y que la mercantil también socia, Arco de Marbella, S.L., hizo entrega a la actora de la cantidad correspondiente a su porcentaje de dividendo, del que además ha recibido un préstamo, habiendo venido comunicando durante 2004 y 2005 a las demandadas la necesidad de restituir a la sociedad los dividendos repartidos en exceso.

La legislación societaria reconoce el derecho del socio a participar en las ganancias sociales. Este es el derecho económico por excelencia, por constituir el sustrato propio y la causa última del contrato de sociedad (art. 48.2 LSA y art.93.a LSC), y los dividendos constituyen la materialización del derecho genérico del socio a participar en las ganancias sociales. En este sentido, los beneficios pueden ser objeto de reparto en concepto de dividendos en favor de los socios mediante tres formas: ordinarios, extraordinarios y a cuenta. Los dividendos ordinarios son aquellos que la junta general decide repartir en el momento de la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio inmediatamente anterior, tras la aprobación del resultado de dicho ejercicio y a modo de aplicación del resultado. Los dividendos extraordinarios son aquellos dividendos que la junta general puede repartir en cualquier momento con cargo a reservas voluntarias de la sociedad; es decir, reservas acumuladas procedentes de dividendos no repartidos en ejercicios anteriores; también podrán ser objeto de distribución en concepto de dividendos extraordinarios todas aquellas otras reservas que gocen de la calificación de reservas de libre disposición. Y en tercer lugar, se denominan dividendos a cuenta aquellas cantidades que, con cargo al beneficio del ejercicio en curso, pueden ser objeto de reparto en cualquier momento dentro del propio ejercicio por parte del órgano de administración o por la junta general de socios, siendo estos últimos los dividendos que fueron repartidos a cuenta y cuya restitución se pretende.

En cuanto a la acción ejercitada, la parte actora en la demanda aduce la aplicación del art. 217 LSA , aplicable a la Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 84 LSRL), como también se recoge en la sentencia apelada, invocando la aplicación al caso del plazo de tres años previsto en el art. 947 del Código de Comercio . El art. 213 LSA se refiere a la aplicación del resultado, estableciendo su apartado 2 la posibilidad de repartir dividendos entre los socios con cargo al beneficio del ejercicio o a las reservas de libre disposición que existan cuando el patrimonio neto no sea o resulte como consecuencia del reparto de dividendos inferior al capital social. Cabe precisar previamente que el art. 215 LSA se refiere a la distribución de dividendos a los accionistas ordinarios (socios) que se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado (art. 215.1 LSA y art. 275.2 LSC), y en el acuerdo de distribución de dividendos determinará la Junta general el momento y la forma del pago. El acuerdo de su distribución ha de ser adoptado por la junta, formando parte del de aplicación de resultados. A falta de determinación sobre estos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo (art. 215.2 LSA y art. 276 LSC). Asimismo, el art 216 LSA (art. 277 LSC) se refiere al supuesto enjuiciado, a las cantidades a cuenta de dividendos, estableciendo que la distribución entre los accionistas (o socios) de cantidades a cuenta de dividendos sólo podrá acordarse por la Junta general o por los Administradores bajo las siguientes condiciones:

- a) Los Administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria.
- b) La cantidad a distribuir no podrá exceder 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 por Ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados.

Los fondos disponibles para dividendos son los que restan de los beneficios del ejercicio (saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias) una vez satisfechas ordenadamente las atenciones legales y estatutarias,



más las reservas de libre disposición preexistentes en la sociedad que excedan de los gastos de investigación y desarrollo, que la sociedad decida aplicar al pago de dividendos. De este modo, aun cuando no existan resultados positivos en el período, pueden distribuirse dividendos con cargo a reservas efectivas de libre disposición, siempre que con anterioridad hayan sido cubiertas las atenciones previstas en la ley y en los estatutos. Igualmente, las reservas estatutarias, aunque sean indisponibles, también pueden ser distribuidas como dividendos. Debe tenerse en cuenta a estos efectos, que, una vez cubiertas las atenciones previstas en la ley (la dotación de un 10% del beneficio del ejercicio para la reserva legal, hasta que ésta alcance, al menos, el 20% del capital social) o en los estatutos sociales (si estos contuvieran alguna previsión al respecto), sólo podrán repartirse dividendos si el valor del patrimonio neto contable no es o, como consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. Con respecto al reparto de dividendos cuando existen resultados negativos de ejercicios anteriores, el ICAC manifiesta que es posible el reparto de dividendos, siempre y cuando se cumplan las exigencias obligatorias que impone la LSC respecto a la dotación de reservas, y que el patrimonio neto no quede por debajo del capital social (ICAC consulta núm. 5, BOICAC núm. 99). En cualquier caso, para que proceda la distribución de dividendos a cuenta han de cumplirse los requisitos previstos en el citado art. 216 LSA (art. 277 LSC). Y conforme al art. 217 LSA (actual art. 278 LSC) en que se basa la demanda, "(c)ualquier distribución de dividendos que contravenga lo establecido en esta Ley deberá ser restituido por los accionistas que los hubieren percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que lo preceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla."

TERCERO.- En los diversos motivos de recurso, se alega por la parte recurrente, con argumentos en algunos casos reiterativos, que en la Sentencia se incurre en error en la valoración de la prueba, lo que nos lleva a constatar si en la apreciación conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica. Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la valoración de la prueba en la segunda instancia, manteniendo que, en principio, debe primar la realizada al efecto por el juzgador de la primera instancia al estar dotada de la suficiente objetividad e imparcialidad de la que carecen las partes a defender particulares intereses, facultad esta que si bien sustraída las partes litigantes, en cambio sí se les atribuye la aportación de los medios probatorios que queden autorizados por la ley en observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte, como recogen entre otras las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1996 y 7 de octubre de 1997, sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes, el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos del tribunal de instancia, ya que esa valoración probatoria tienen los propios límites que impone la lógica y la racionalidad. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/1994, de 11 de abril, el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen sean de hecho de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium".

En el primer motivo de recurso la parte apelante se dedica a atacar la acción ejercitada por estimar que la misma responde a una finalidad distinta de la legal, aduciendo en síntesis que ha acreditado que es ejercitada con base en un acuerdo adoptado por el socio mayoritario que pretende resarcirse de las cantidades abonadas por el mismo o sociedades de su grupo para el cumplimiento del convenio de acreedores, y que estamos ante un caso de "pérdidas sobrevenidas". Estas alegaciones carecen de virtualidad para desestimar la acción. El art. 217 LSA aplicable al caso, prevé la reclamación al socio de cualquier distribución a cuenta de dividendos que contravenga lo establecido en dicha Ley, cuando la sociedad pruebe que lo preceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla. La figura del dividendo a cuenta, contemplada en el vigente artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital, permite la distribución entre los socios de cantidades "a cuenta" de los dividendos ordinarios del ejercicio, lo que se considera como una poderosa herramienta para potenciar el atractivo de las acciones/participaciones como valores de inversión. En definitiva, se trata de atribuir cantidades a los socios con cargo al beneficio total repartible que se prevé obtener, que se determinará al cierre del ejercicio en curso; pero en tanto que implica un riesgo económico para la sociedad, el reparto de dividendos a cuenta está sujeto al cumplimiento de las condiciones previstas en el art 216 LSA (hoy art. 277 LSC). La legitimación activa para el ejercicio de la acción la tiene la sociedad a la que incumbe la carga de la prueba conforme al art. 217 LEC y art. 217 LSA de acreditar las circunstancias exigidas para el ejercicio de la acción y obtener la restitución, esto es que no se cumplieron los requisitos legales o las condiciones previstas en art. 216 LSA (art. 277 LSC). Si hay una motivación para que la sociedad decida ejercitar la acción en un determinado momento ello no puede ser obstáculo para que la acción prospere si se acreditan las condiciones exigidas en los indicados preceptos, siempre que la acción se ejercite dentro del plazo legalmente previsto y por tanto la misma no haya prescrito, y con independencia de que un eventual cambio en la titularidad del capital social haya podido suponer un cambio en la adopción el acuerdo respecto del ejercicio o no de la acción. También es cierto que habiendo sido declarada la actora en concurso de acreedores, pudo igualmente ser ejercitada la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC,



habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo en supuestos de dicho ejercicio (SSTS de 24 de julio de 2014 y 17 de abril de 2015), siempre que se trate de rescindir actos llevados a cabo en el plazo de dos años anteriores para la declaración de concurso, pero en este caso, nos encontramos con un supuesto diverso, en el que la restitución de dividendos se reclama tras la declaración de concurso. Precisamente sobre el acuerdo de reparto de dividendos se ha pronunciado el Tribunal Supremo, a propósito del ejercicio de una acción rescisoria concursal, precisando en la Sentencia de 17 de abril de 2015 , que como señaló la STS núm. 428/2014, de 24 de julio , "tanto la adopción del acuerdo de distribución de dividendos como los pagos en ejecución del mismo, son actos jurídicos distintos, razón por la cual pueden ser considerados de forma independiente y puede ser que el acuerdo de reparto de dividendos , aunque formalmente adoptado con los requisitos exigidos por el ordenamiento societario, su ejecución o los pagos que tal reconocimiento supone al accionista, "son actos jurídicos de disposición que pueden ser objeto de una acción rescisoria concursal, aunque no lo sea aquel previo acuerdo de la junta que reconoció el derecho a un concreto dividendo". Y en la misma STS de 24 de julio de 2014 se indica que **el acuerdo de reparto de dividendos adoptado en junta general es el que legitima el cobro de los dividendos, esto es, el que hace nacer el derecho de los accionistas a recibirlos, frente a la sociedad, que dicha Sentencia considera que es un acto de disposición patrimonial, en cuanto que reconoce un derecho a favor de los socios, "que conlleva un sacrificio patrimonial para la sociedad, pues supone un detrimento de su masa activa, y puede ser susceptible de rescisión concursal siempre y cuando se haya adoptado dentro del periodo sospechoso (dos años antes de la declaración de concurso) y se constate su falta de justificación, desde la perspectiva de los intereses protegidos con el concurso de acreedores", argumenación la entrecomillada que no resulta de aplicación porque no estamos ante una acción rescisoria, lo que como el mismo Tribunal Supremo admite, no impide el ejercicio de otras acciones de impugnación, como las de **impugnación de acuerdos sociales**, y en la misma Sentencia aclara que la exigencia legal del art. 217 LSA no debe operar en el caso de la acción rescisoria concursal, pues se trata de una acción propia, que se funda en el elemento objetivo del perjuicio, de tal forma que el art. 71.1 LC excluye expresamente cualquier elemento subjetivo.**

En el presente caso, la acción se ejercita una vez declarado el concurso y aprobado el convenio por Sentencia de fecha 8 de enero de 2009 , por lo que de conformidad con el art. 133 LC , cesan las limitaciones del concurso, y entre ellas las limitaciones para la legitimación por la sociedad del ejercicio de acciones, sin que resulte necesaria por tanto autorización de la administración concursal para el ejercicio de la presente acción, que cesó con dicha aprobación.

A estos efectos, tampoco cabe estimar la oposición relativa a que en el concurso no se incluyera el derecho de crédito en el inventario, tratándose de una acción que puede ejercitar la sociedad al amparo del art. 217 LSA , que pese a lo que se dice en el recurso, la misma también se dirigió frente a otro socio cuyo procedimiento se acumuló, que no ha apelado, y a un tercer socio, habiendo sido aportada otra Sentencia recaída en aquel procedimiento que no fue acumulado, alegando además que el otro socio ha pagado.

CUARTO.- Sentadas las anteriores precisiones sobre la acción ejercitada, y no cuestionándose por la parte actora que la decisión de reclamación judicial obedece a la necesidad que se dice de cumplir el convenio aprobado en el concurso de acreedores, aun cuando constan reclamaciones anteriores a su declaración, compartimos plenamente las argumentaciones de la Sentencia apelada en orden a la no prescripción de la acción que no se plantea como excepción en las contestaciones a la demanda, sino que a propósito de contestar el plazo para su ejercicio y el precepto invocado por la parte actora (art. 947 C. de C.) se alega que el plazo es de tres años, no habiendo sido cuestión controvertida en la audiencia previa aun cuando se realizaran alegaciones en fase de conclusiones, sin que proceda declarar prescrita la acción, al constar como se dice en la Sentencia apelada reclamaciones a los socios, y en concreto a la apelante, en 2004 y 2005 (folios 209 a 222), además de constar en el acta de la Junta General celebrada el 30 de junio de 2004, de aprobación de cuentas anuales de 2003 (folio 751); e incluso es una cuestión que se plantea en el sexto motivo de recurso de forma somera, compartiendo la fundamentación de la Sentencia apelada en cuanto a su falta de invocación en forma.

Se confunde igualmente en el recurso la acción ejercitada al amparo del art. 217 LSA al estimar que la misma no procede si no se reclama la totalidad de los dividendos percibidos a cuenta, así como con las referencias a la nulidad de acuerdo de reparto de dividendos. No se trata de una acción de impugnación o nulidad del acuerdo de la Junta General de pago de dividendos a cuenta, sino de una restitución de dividendos a cuenta para supuestos en los no se cumple con los requisitos legales y siempre que se cumpla lo preceptuado en el art. 217 LSA , pudiendo reclamar la sociedad una parte de los dividendos repartidos a cuenta, como se hace por la parte actora a la vista del informe en que se basa, que acompaña como documento 13 con la demanda frente a la apelante.



QUINTO.- Debemos centrar el recurso en si se ha incurrido en error en la valoración de la prueba en la instancia al apreciar la concurrencia de los presupuestos del art. 217 LSA , a efectos de valorar la procedencia de la restitución reclamada, sin perjuicio de precisar que no cabe ahora que la parte apelante cuestione la validez de cuentas anuales aprobadas en Junta General, en su mayoría con el voto a favor de dicha parte y en cualquier caso, sin que fueran impugnadas. Como ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de julio de 2014 , el derecho al cobro de los dividendos, si bien se apoya en la condición de socio y guarda relación con el grado de participación en el capital social, depende para su nacimiento de que se hayan dado los presupuestos legales, entre los que se encuentra la obtención de beneficios por parte de la sociedad, de tal forma que el derecho al dividendo no nace sino con el acuerdo de reparto de dividendos. Y aduce también que el acuerdo de distribución de dividendos será "irregular", ya sea porque se apoya total o parcialmente en beneficios netos inexistentes, ya sea porque no se han respetado las normas legales y estatutarias sobre reservas o la previsión del art. 213 TRLSA (que se corresponde con el actual art. 273 LSC).

Examinada la documental contable obrante en autos relativa a los ejercicios en los que se reparten los dividendos y posteriores cuentas anuales, no podemos sino concluir como se hace en la instancia, que el reparto de dividendos fue irregular y que no se cumplió con las previsiones legales, ni para dicho reparto (art. 213 LSA), ni para que pudieran repartirse a cuenta (art. 216 LSA). En las cuentas anuales de 1999 ya constaban unos fondos propios negativos de -41.728.432 pesetas y en el ejercicio 2000, de -176.481.882 pesetas, siendo el capital social de 1.000.146 pesetas, existiendo pérdidas en ambos ejercicios (al folio 695 vuelto). En el pasivo del balance de las cuentas anuales de 2001 y 2002 (al folio 70), con el mismo capital social ya renumerado a euros (6.011), constan unos fondos propios negativos de -1.265.253,85 euros, en 2001, y de -2.078.473,81 euros, en 2002. En el ejercicio 2001, no consta cantidad alguna en concepto de reservas, que se dotan en el ejercicio 2002, siendo su importe de 1.202,20 euros, correspondiente al mínimo legal, como se indica en el folio 174. Es decir, se acuerda el reparto de dividendos a cuenta en 2000 y 2001, a sabiendas de que los fondos propios eran negativos, y que la sociedad arrastraba pérdidas. En la Nota 3 de la Memoria de las cuentas anuales de 2002 se recoge que la Junta General ha venido aprobando la distribución de dividendos a cuenta. En el Informe de Auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2002 (folios 52 y 53) se indica expresamente en su apartado 6: "La Junta General ha venido aprobando la distribución de dividendos a cuenta, tal y como se recoge en la nota 3 de la Memoria. Al 31.12.2002 el pasivo del Balance de Situación recoge un saldo negativo por este concepto ascendente a 3.184.564,47 euros, lo que hace que los Fondos Propios al cierre del ejercicio auditado estén negativos en 2.078.473,81 euros.

Estos acuerdos se han tomado sin cumplir estrictamente los requisitos formales y materiales establecidos en la legislación vigente para la distribución de dividendos a cuenta, que requerirían la materialización de la venta y por tanto, del beneficio, en el ejercicio en el que se distribuyan. La Junta General ha decidido aprobarlos al haberse realizado operaciones con las que se ha conseguido una inyección de tesorería que ha permitido disponer de liquidez para realizar el reparto, y contar con un volumen de ventas contratadas y pendientes de formalizar con las que se obtendrían beneficios suficientes para cubrir el importe distribuido".

En el Informe de Auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2003 (folios 56 a 60) se reitera y recoge expresamente en el apartado 6: "Como se recoge en la nota 3 de la Memoria, durante los ejercicios 2001 y 2002 la Junta General acordó distribuir dividendos a cuenta por un total de 3.184.564,77 euros, decisión en la que no fueron tenidos en cuenta los requisitos formales y límites para el reparto que la legislación vigente establece para esas operaciones, lo que derivó en unos fondos propios negativos al 31.12.2002 de - 2.078.473,81 euros.

El excedente de tesorería proporcionado por operaciones realizadas en esos ejercicios favoreció la toma del acuerdo, así como disponer de una cartera de ventas contratadas y pendientes de formalizar que, según las previsiones con las que se contaban en aquellos momentos, aportaría beneficios suficientes para cubrir el reparto."

Y ello es reiterado en el Informe de Auditoría de las cuentas anuales de 2004 en su apartado 5 en los siguientes términos (folio 64): "Como se indica en la nota 3 de la Memoria, durante los ejercicios 2001 y 2002 la Junta General aprobó distribuir dividendos a cuenta por un total de 3.184.564,77.- euros, decisión en la que no fueron tenidos en cuenta los requisitos formales y límites para el reparto que la legislación vigente establece para estas operaciones.

El excedente de tesorería proporcionado por operaciones realizadas en esos ejercicios favoreció la toma del acuerdo, así como el disponer de una cartera de ventas contratadas y pendientes de formalizar que, según las previsiones con las que se contaban en aquellos momentos, aportaría beneficios suficientes para cubrir el reparto. Sin embargo, los resultados obtenidos desde el ejercicio 2001 no han sido suficientes para cubrir dicho reparto, lo que ha venido provocando una situación de déficit patrimonial por tercer año consecutivo."



En la Memoria de las cuentas anuales de 2012 (al folio 78) se recoge: "El 12 de febrero de 2002 la Junta General reunida con el carácter de Universal acordó por unanimidad ampliar el dividendo ya entregado a cuenta anteriormente y efectuar una nueva distribución de 480.010,00.- €, toda vez que durante el ejercicio han tenido lugar operaciones que han permitido la entrada de liquidez para cubrirla y que, una vez finalizadas, se materializarán en beneficios futuros suficientes para compensar la distribución." Y en el Informe de Gestión de dicho ejercicio (al folio 88) en "Política de dividendos", hay una remisión a la nota 3 de la Memoria. En la Memoria de las cuentas anuales de 2003 (al folio 96), se reitera lo acordado el 12 de febrero de 2002 en la Junta General reunida con el carácter de Universal, y se añade que "queda finalmente el dividendo entregado a cuenta entre los ejercicios 2011 y 2002 en 3.184.564,77.- €. Estos repartos fueron acordados al disponer de unos excedentes de tesorería proporcionados por operaciones realizadas en esos ejercicios y bajo la presunción de que el volumen de ventas contratadas aportarían beneficios suficientes para cubrirlos." Y a continuación se indica: "Durante el presente ejercicio se han materializado la totalidad de las operaciones comerciales de la sociedad. Pero los resultados obtenidos no han alcanzado las expectativas y no han permitido compensar en su totalidad el dividendo a cuenta, lo que ha provocado que los fondos propios negativos de -2.078.473,81.- € con los que se cerró el ejercicio, sigan por segundo año manteniéndose negativos en -439.037,06.- €, aunque minorados gracias a los beneficios".

En el informe pericial aportado con la demanda como documento 13, con base en los datos contables, se llega a la conclusión de que como consecuencia de la política de reparto de dividendos en ejercicios precedentes, se procedió al reparto entre los socios de un dividendo no distribuible por importe de 422.399,69 euros (folio 178), concluyendo que en proporción a la participación en el capital social a la apelante le corresponde devolver la cantidad de 21.119,98 euros, que es el importe a cuyo pago se le condena en la sentencia apelada.

Las cuentas anuales de 2000, 2001 y 2002 fueron aprobadas por unanimidad (folios 691 a 693). En el acta de la Junta General correspondiente a las cuentas anuales de 2001 (folios 692 vuelto y 739) consta como acuerdo 3º en lo relativo a la definición del importe destinado a dividendos a cuenta, que se acuerda efectuar una primera distribución por importe de 150.000.000 pesetas, y que conforme se vayan materializando los cobros de las ventas a lo largo del ejercicio, se procederá a distribuir dividendos adicionales. En el acta de la Junta General correspondiente a las cuentas anuales de 2002 (folio 693 vuelto y 742), en el acuerdo relativo a la definición del importe destinado a dividendos a cuenta, se acuerda una distribución por importe de 480.010 euros. En la Junta general de 30 de junio de 2004 (al folio 751), se acuerda por unanimidad y con la asistencia de ambas codemandadas que el resultado del ejercicio se compense contra dividendos entregados en periodos anteriores. Y en la celebrada el 29 de junio de 2007 de nuevo se acuerda que el resultado negativo del ejercicio se compense contra dividendos entregados en periodos anteriores, si bien en este caso las codemandadas votaron en contra del mismo (folio 759).

De todo lo anterior no podemos sino compartir la valoración probatoria realizada en instancia. Hubo reparto de dividendos a cuenta irregular pese a la constancia de la existencia de pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores y de fondos propios negativos, que se hacen con base en ventas pendientes de cobrar y en una previsible tesorería. Estamos no sólo ante un reparto irregular de dividendos a cuenta sino además, no se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 216 para que el mismo proceda, que exige según hemos expuesto las dos siguientes condiciones: a) Que los administradores formulen un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución, estado que ha de incluirse posteriormente en la memoria; 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 por Ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados.

Ninguna de dichas condiciones como queda expuesto en la relación fáctica con base en la contabilidad, fue cumplida, y estimamos que concurren los presupuestos para la restitución de dividendos percibidos a cuenta prevista en el art. 217 LSA, ya que estamos ante una distribución de dividendos que contraviene lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (aplicable al caso), y la sociedad actora ha probado que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla, teniendo en cuenta que las cuentas anuales de 1999, 2000, 2001 y 2002 son aprobadas por unanimidad, con el voto a favor del hoy apelante, constando todas ellas con pérdidas y fondos propios negativos, e incluso no se dota la reserva legal hasta el ejercicio 2002, y la justificación que se da en las Juntas Generales en las que se acuerda en modo alguno cumple con los presupuestos legales, y a dichas Juntas comparece el hoy apelante, y además cuando las cuentas anuales comienzan a ser auditadas, se hace constar la irregularidad en todos los informes de auditoría, conforme se ha expuesto. Ninguna de las extensas alegaciones del apelante desvirtúan esta argumentación y la correcta valoración de la prueba realizada en la instancia, debiendo ser por todo lo expuesto, desestimando el recurso y la Sentencia confirmada.



SEXTO .- Desestimado el recurso de apelación, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la LEC , las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad mercantil LEALFA S.L., frente a la Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Málaga , en los autos de Juicio Ordinario número 797 de 2010, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

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

E/