



Roj: **SAP C 172/2018 - ECLI: ES:APC:2018:172**

Id Cendoj: **15030370042018100029**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **19/01/2018**

Nº de Recurso: **408/2017**

Nº de Resolución: **21/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00021/2018**

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 15030 47 1 2015 0000940

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000408 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000444 /2015

Recurrente: AWACOMGAL SA

Procurador: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

Abogado: JOSE ANTONIO MONTERO VILAR

Recurrido: Samuel , Luis Angel , Alexis , Benedicto , Conrado , Enrique , Florian

Procurador: DULCE MARIA MANEIRO MARTINEZ, MARIA DEL CARMEN LOSADA GOMEZ , DULCE MARIA MANEIRO MARTINEZ , ALICIA LODOS PAZOS , AGUEDA PARDO DE VERA MORENO , AGUEDA PARDO DE VERA MORENO , AGUEDA PARDO DE VERA MORENO

Abogado: MODESTO BARCIA LAGO, MATILDE MARIA PLATAS CASTELEIRO , MODESTO BARCIA LAGO , AUGUSTO ALAEZ LEGEREN , ANA ISABEL VILLAR FERNANDEZ , ANA ISABEL VILLAR FERNANDEZ , ANA ISABEL VILLAR FERNANDEZ

**SENTENCIA**

**Nº21/18**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS FERNÁNDEZ

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**

En A CORUÑA, a diecinueve de enero de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000444 /2015, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000408 /2017, en los que aparece como parte apelante, AWACOMGAL SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO, asistido por el Abogado D. JOSE ANTONIO MONTERO VILAR, y como parte apelada, Luis Angel , representado por el Procurador SR. LOSADA GOMEZ y asistido por el Letrado SR. PLATAS CASTELEIRO; Samuel Y Alexis , representado por el Procurador SR. MANEIRO MARTINEZ y con la dirección del letrado SR. BARCIA LAGO; Conrado , Enrique Y Florian , representado por el Procurador SR. PARDO DE VERA MORENO y con la dirección del letrado SR. VILLAR FERNANDEZ; Benedicto , representado por el Procurador SR. LODOS PAZOS, asistido por el Letrado SR. ALAEZ LEGEREN, sobre RESTITUCION DE DIVIDENDOS, CAPITAL SOCIAL Y RESERVAS VOLUNTARIAS.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el XDO. DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA se dictó sentencia con fecha 18-5-17 , la expresada resolución contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"Que desestimando la demanda deducida por la entidad AWACOMGAL S.A., en liquidación, representada por el Procurador Sr. Garrido Pardo y asistida por la Letrada Sra. Pedrosa Leis, sobre RESTITUCIÓN DE DIVIDENDOS, CAPITAL SOCIAL Y RESERVAS VOLUNTARIAS; contra D. Samuel , y D. Alexis , asistidos por el Letrado Sr. Barcia Lago y representados por la Procuradora Sra. Maneiro Martínez; contra D. Luis Angel , asistido por la Letrada Sra. Platas Casteleiro, y representado por 1a Procuradora Sra. Losada Gómez; contra D. Enrique , D. Florian , y D. Conrado , asistidos por la Letrada Sra. Villar Fernández y representados por el Procurador Sr. Pardo de Vera Moreno, y contra D. Benedicto , asistido por el Letrado Sr. Aláez Leguerén, y representado por la Procuradora Sra. Lodos Pazos; debo absolver y absuelvo a los demandados.

Con imposición de costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el DEMANDANTE se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial, que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO: Del planteamiento del litigio en la alzada.-**

Es objeto del presente litigio la demanda, que es formulada por la sociedad AWACONGAL, S.A., en liquidación, contra los socios de la mentada mercantil D. Samuel , D. Luis Angel , D. Alexis , D. Enrique , D. Florian , D. Benedicto y D. Conrado , a los efectos de que se les condene a la restitución de los dividendos, capital social y reservas voluntarias, que percibieron, en ejecución de los acuerdos adoptados en juntas generales de socios de 29 de septiembre de 2003 y 24 de enero de 2004, en las concretas cantidades a las que se hace referencia en el suplico del escrito rector del proceso.

Seguido el juicio en todos sus trámites, con la oposición de los codemandados, se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña, en la que se desestimó la demanda, en atención a considerar que la acción restitutoria de los dividendos estaba prescrita por aplicación de lo dispuesto en el art. 947 del Código de Comercio , hecho excluyente alegado por los codemandados Sres. Benedicto y Luis Angel , y, con respecto a los demás codemandados, por aplicación del art. 97 de la LSC, a los efectos de evitar la vulneración del principio de igualdad de trato de los socios.

Contra la referida resolución judicial se interpuso por la entidad demandante el presente recurso de apelación.

**SEGUNDO: De los hechos declarados probados.**

A) La sociedad demandante se constituyó, por mor de escritura pública de fecha 25 de agosto de 2000, autorizada por el Notario de Santiago de Compostela Sr. Roger Amat, núm. 3649 de su protocolo, con un capital



social de 230.000 euros, que se distribuyeron en 10.000 acciones de 23 euros cada una de ellas. Según el art. 2º de sus Estatutos, el objeto social consistía en "la compra y venta de terrenos y solares, la construcción, promoción, venta y alquiler de edificaciones y fincas resultantes de éstas".

B) Con fecha 29 de septiembre de 2003 se celebró Junta General Ordinaria de la sociedad actora, en cuyo orden del día constaba un punto segundo relativo a la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2002-2003 y, un punto tercero, concerniente a aplicación de resultados. Dichos puntos del orden del día fueron aprobados, y, en consecuencia, se acordó la distribución de dividendos por un importe bruto de 848.148,42 euros.

C) Con fecha 24 de enero del 2004, se celebró Junta General Extraordinaria de la sociedad demandante, con el siguiente orden del día: primero, reducción del capital social, consiguiente modificación del art. 5 de los Estatutos y facultades de protocolización en su caso; y, segundo, distribución de todas las reservas legales hasta el importe del mínimo legal.

Los referidos puntos fueron aprobados en la precitada Junta, figurando el preceptivo informe de los administradores de la sociedad, en cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 144 y 164 LSA, entonces vigente, Sres. Luis Angel, Samuel, Conrado y Alexis, preciso para llevar a efecto la modificación estatutaria.

En el referido informe se explicaba la modificación del art. 5º de los Estatutos, con fundamento en la excesiva litigiosidad judicial que atravesaba la sociedad, motivada por la polarización existente en el seno de la Junta General, lo que justifica la devolución a los socios de los recursos económicos aportados con el desembolso de las acciones respectivas y que van a estar inactivos, considerando que tales recursos no deben permanecer ociosos en el patrimonio social, estimando procedente su reintegro a los socios que los aportaron a la sociedad.

Por ello se propone reducir el capital social a la cifra de 169.800 euros, quedando, en consecuencia, fijado en la cantidad de 60.200 euros.

El procedimiento mediante el cual se aprobó llevar a cabo la reducción del capital es la disminución del valor nominal de las acciones, que pasó de 23 euros a 6,02 euros cada una de ellas, que afecta por igual a todas las acciones en que se divide el capital social, por consiguiente cada socio deberá recibir 16,98 euros por cada acción, y se propuso ejecutar dicha resolución en el plazo de 40 días naturales.

D) Por medio de escritura pública de 8 de marzo de 2004, autorizada por el Notario de Santiago de Compostela Sr. Pardo García, núm. 367 de su protocolo, otorgada por D. Braulio, en nombre y representación de AWACONGAL S.A., se elevó a público el precitado acuerdo de la Junta General Extraordinaria, celebrada el 24 de enero de 2004, relativa a la reducción del capital social, quedando redactado el art. 5º de los Estatutos de la forma siguiente: "El capital social se fija en la cantidad de SESENTA MIL DOSCIENTOS EUROS, dividido en diez mil acciones nominativas de SEIS EUROS CON DOS CÉNTIMOS de valor nominal cada una, acumulables e indivisibles, numeradas correlativamente del 1 al 10.000, ambas inclusive.

A tales efectos obra en autos acta del Consejo de Administración de la entidad actora, de 8 de marzo de 2004, en el que consta, que el 24 de enero se acordó la reducción del capital social y literalmente: "Así mismo los otorgantes declaramos que ningún acreedor ha ejercido el derecho de oposición y a los efectos de lo dispuesto en el art. 170 del Reglamento del Registro Mercantil que los accionistas afectados se les ha satisfecho la cantidad acordada en la reducción de capital mediante un abono contable en su cuenta contra la sociedad y puesto a su disposición dicha cantidad en las diferentes cuentas corrientes que la sociedad mantiene con diferentes entidades bancarias", firman dicha acta D. Samuel, en condición de Presidente, y D. Luis Angel, como Secretario.

En certificación posterior de 23 de marzo de 2004, suscrita por los anteriores, se hace constar que asistieron a dicho Consejo de Administración, además de los indicados, D. Alexis y D. Braulio.

E) Los acuerdos adoptados en las referidas Juntas de 29 de septiembre de 2003 y 24 de enero de 2004 fueron declarados nulos, por sentencia de fecha 16 de febrero del año 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santiago de Compostela, en los autos de Juicio Ordinario núm. 93/2004, la cual fue confirmada por Sentencia 197/2012, de 10 de septiembre, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, puesto que se infringió el derecho de voto de los demandantes Dña. Cristina y la entidad Suárez Gestal Asociados S.L., al no haberles reconocido la titularidad de las acciones, que habían sido previamente adquiridas de otros socios.

F) Por Dña. Rosa Cristina y la entidad Suárez Gestal Asociados S.L. se promovió, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, procedimiento judicial de convocatoria de Junta General de Accionistas, que se registró con el nº 115/2014, y finalizó por auto de 24 de noviembre de 2014 estimatorio de tal pretensión,



convocándose Junta a celebrar, en primera convocatoria, el 12 de enero de 2015 y, en segunda convocatoria, el 13 de enero siguiente, con este orden del día: Primero, nombramiento del órgano de administración, y, segundo, otorgamiento de facultades para elevación a público de los acuerdos adoptados.

La referida Junta se celebró, en presencia de los dos socios promoventes, que representan el 53,40% del capital social, siendo designados administradores, por un plazo de cinco años, Dña. Lorena , D. Leopoldo y Suárez Gestal Asociados S.L.

G) Con data 7 de abril de 2015, por el Consejo de Administración de la entidad demandante AWACOMGAL S.A., se celebró reunión, con la finalidad de formular las cuentas anuales de los ejercicios cerrados del 31 de marzo de 2011 a 31 de marzo de 2015, y convocatoria de la correspondiente Junta General, a los efectos de examen y aprobación, si procede, de las referidas cuentas anuales, así como informe sobre la situación administrativa, financiera, económica y patrimonial de la sociedad y disolución de la misma, por la causa del art. 363.1 a) de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC): "Por cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año", entre otros puntos del orden del día.

H) El 28 de mayo de 2015 se celebró la referida Junta, en la que se aprobaron las cuentas y se acordó la disolución de la mentada mercantil.

En el acta notarial levantada para dejar constancia de la celebración de la misma y acuerdos adoptados, se lee: "De conformidad con lo acordado en Consejo de 12 de enero de 2015, se ha procedido a reclamar extrajudicialmente -mediante burofax, los cuales obran en autos- a todos los socios la devolución de las cantidades pagadas por la sociedad en concepto de reducción de capital social y reparto de dividendos y reparto de reservas en virtud de los acuerdos sociales que fueron anulados por Sentencia judicial firme, para la integración de dichas cantidades en el patrimonio societario. Ninguno de los socios ha procedido a reintegrar a la sociedad las citadas cantidades ni se ha puesto en contacto con la sociedad, por lo que se acordó por unanimidad de los miembros del Consejo encomendar al despacho de abogados Rivas & Montero las reclamaciones judiciales para la reintegración de las cantidades en el patrimonio societario".

Igualmente en la precitada acta se hace constar que por la Presidenta se pone de manifiesto que, en enero de 2015, se encontró la sociedad en una situación de irregularidad contable y fiscal, con dificultades para la elaboración de la correspondiente contabilidad de los últimos ejercicios, que se confeccionó partiendo del impuesto de sociedades del ejercicio cerrado el 31 de marzo de 2011, que sí había sido presentado, y también se tuvo en cuenta el IVA del cuarto trimestre de 2011.

I) Así las cosas el 7 de septiembre de 2015 se presentó la demanda cuya resolución nos corresponde en la alzada, tras la interposición del correspondiente recurso de apelación por la parte demandante.

### **TERCERO: Sobre la prescripción alegada y acogida por la sentencia apelada.-**

En efecto, por dos de los demandados los Sres. Benedicto y Luis Angel se alega el juego de la prescripción del art. 947 del Código de Comercio , conforme al cual "las acciones que asisten al socio contra la sociedad, o viceversa, prescribirán por tres años, contados, según los casos, desde la separación del socio, su exclusión, o la disolución de la sociedad. Será necesario, para que este plazo corra, inscribir en el Registro Mercantil la separación del socio, su exclusión, o disolución de la sociedad".

Pues bien, en el caso presente, no se da el supuesto de hecho que permita el juego normativo del mentado precepto, toda vez que ni los demandados han sido excluidos de la sociedad, ni ejercieron su **derecho de separación** -todos reconocen en su declaración en el acto del juicio seguir ostentando la condición de socios de la demandante- ni tampoco la sociedad se ha disuelto, pues la anterior disolución acordada en Junta de 13 de junio de 2007, fue declarada nula, cesando el liquidador D. Jose Pedro de su cargo. De nuevo se acordó la disolución de la sociedad, en Junta de 28 de mayo de 2015, a la que hicimos puntual referencia en la declaración de hechos probados de esta sentencia, y es obvio que, desde tal data, no ha transcurrido el falta plazo prescriptivo.

Por otra parte, la nulidad de los acuerdos sociales de 29 de septiembre de 2003 y 24 de enero de 2004, relativos respectivamente a la distribución de dividendos, cantidades correspondientes a la reducción de capital social y reservas, fueron declarados nulos por sentencia de 10 de septiembre de 2012, dictada por la sección 6ª de esta Audiencia Provincial, que no adquirió firmeza hasta transcurridos veinte días, plazo legal de interposición del correspondiente recurso de casación ( arts. 207.2 y 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en adelante LEC). Ya, en acta notarial levantada para dejar constancia de la celebración de la Junta de 28 de mayo de 2015, se advirtió a los socios del ejercicio de acciones judiciales, al no haberse atendido a los requerimientos extrajudiciales de restitución llevados a efecto por medio de burofax.



Por consiguiente, presentada la demanda, el 7 de septiembre de 2015, no transcurrió el plazo de los tres años, desde que las acciones, que nos ocupan, pudieron ser ejercitadas, según la doctrina de la "actio nata", derivada del art. 1969 del CC, que refleja el criterio general del comienzo del cómputo del plazo de la prescripción, como así lo ha declarado la jurisprudencia (SSTS 15 de julio de 2005, 21 de julio de 2006 o 26 de febrero de 2007 entre otras), y de la misma forma, en aplicación del art. 947 del Código de Comercio, la STS 440/2016, de 29 de junio.

No se vulnera con ello la doctrina de la STS 199/2015, de 17 de abril, dictada en un asunto totalmente distinto, relativo a un incidente concursal de rescisión del acuerdo social de distribución de dividendos, que fue estimado por tratarse de un acto dispositivo a título oneroso a favor de persona especialmente relacionada con el concursado. En dicha resolución, se citaba la STS 428/2014, de 24 de julio, jurisprudencia citada en la que se señaló, que 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".

Es evidente, por lo tanto, que no se da el requisito de la sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes con la cuestión litigiosa que nos ocupa, que versa sobre el "dies a quo" del inicio del cómputo del plazo prescriptivo, que nada tiene que ver con el ejercicio de la acción rescisoria concursal en función de la cual se hicieron las expuestas consideraciones, que, en modo alguno, son extrapolables al caso que nos ocupa. Si un acuerdo es nulo, devienen, en principio y con carácter general, ineficaces los actos ejecutados en cumplimiento del mismo.

Por todo ello, este motivo de apelación ha de ser estimado.

#### **CUARTO: Vulneración del principio de igualdad de trato entre los socios del art. 97 de la LSC.**

El artículo 97 de la LSC norma que: "La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas".

La STS 406/2015, de 15 de julio, delimita restrictivamente el ámbito de tal precepto, al señalar que: "1. Nada tiene que ver el artículo invocado en el motivo, si no es con los derechos, privilegios y prohibiciones a que se refieren los artículos que le preceden en relación a la diversidad de derechos (art. 94.II), a las distintas clases de acciones y series, o la creación de participaciones o acciones privilegiadas frente a las ordinarias (art. 95 LSC) o las prohibiciones en materia de privilegios (art. 96 LSC). Cierra el Capítulo II, Sección 1ª, del Título IV, sobre los derechos del socio, con el citado art. 97 LSC (antes art. 50 bis LSA), proclamando el principio de igualdad de trato a los socios que se encuentren en condiciones idénticas, pero refiriéndose a cuando se encuentren en los concretos supuestos contemplados en los artículos anteriores", y no con respecto a un caso distinto de supuesto trato discriminatorio.

En cualquier caso, tampoco consideramos que fuera de tal ámbito se haya lesionado el derecho de trato igualitario, que tiene plurales manifestaciones normativas a lo largo del articulado de la LSC, a título de mero ejemplo en los arts. 107.2 c), 109.3, 188, 275, 304.1, 307.1, 320, 329 entre otros, como expresión de un principio general del derecho societario, manifestación del deber de buena fe y de fidelidad de la sociedad con los socios.

Ello es así, en tanto en cuanto se reconoce por la sociedad que los socios no interpelados, que a la sazón son sus liquidadores, no se niegan a efectuar la restitución de lo percibido, a diferencia de los codemandados, que expresamente solicitan la desestimación de la demanda, los cuales además naturalmente deberán restituir lo por ellos percibido, en igualdad de condiciones, que los socios interpelados en el presente litigio.

Por otra parte, tampoco se puede construir el juego del principio de igualdad sobre la base del incumplimiento de las obligaciones y en la inobservancia de lo dispuesto en una sentencia firme, con autoridad de cosa juzgada material, cuyo cumplimiento se impone a las partes por la fuerza expansiva del art. 222.3 III de la LEC, según el cual las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieran litigado.

Una cosa es que a los socios se les dispense el mismo trato en el ejercicio de sus derechos y otra bien distinta e injustificable que se constituya un consorcio de incumplidores, que impida la restitución de la legalidad societaria.

#### **QUINTO: Supuesta vulneración del art. 278 de la LSC.-**

Dicha norma, relativa a la restitución de dividendos, dispone que: "Cualquier distribución de dividendos o de cantidades a cuenta de dividendos que contravenga lo establecido en esta ley deberá ser restituida por los



socios que los hubieren percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla".

Este precepto se refiere a la irregularidad en la percepción de dividendos, ya sean aquéllos cuya distribución se hubiera acordado por la junta general ordinaria (art. 164.1 LSC), como en el supuesto de entrega de cantidades a cuenta de dividendos del art. 277 del referido texto legal.

Se exige que el reparto de dividendos "contravenga lo establecido en esta ley", lo que debe comprender los supuestos en que los referidos acuerdos hubieran sido declarados judicialmente nulos, entre otros casos por la violación de las reglas de formación de la voluntad del ente societario, y siempre que no hubieran sido sustituidos por otros posteriores válidos conforme a la ley (art. 204 LSC).

En este caso, concurren tales requisitos pues los acuerdos relativos a la distribución de dividendos, reservas y reducción de capital social, con entrega de las cantidades correspondientes, fueron declarados nulos por privación del derecho de voto, que correspondía a las acciones legítimamente adquiridas por sendos socios de la mercantil SUAREZ GESTAL ASOCIADOS, S. L. y DOÑA Lorena , con lo que la voluntad del ente societario se había formado irregularmente, lo que provocó la declaración de nulidad de las juntas, en las que se adoptaron los mentados acuerdos, por mor de sentencia firme de 10 de septiembre de 2012 de la sección 6ª de esta Audiencia Provincial.

Ahora bien, este art. 278 de la LSC, que incorpora lo previsto en el art. 16 de la Segunda Directiva, exige que la irregularidad fuera conocida por los perceptores o no pudieran ignorarla, lo que debe ser demostrado por la sociedad, y, en el caso que enjuiciamos, consideramos que la precitada irregularidad no podía ser desconocida por los demandados, en función de las consideraciones siguientes:

En primer término, dado que nos encontramos con una sociedad anónima con un número reducido de socios, actualmente diez, en el que los avatares y la problemática societaria trasciende con facilidad.

En segundo lugar, por el contexto de excesiva litigiosidad judicial que atravesaba la sociedad, motivada por la polarización existente en el seno de la Junta General. Situación expresamente mencionada de tal forma, en el preceptivo informe de los administradores de la sociedad, en cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 144 y 164 LSA , entonces vigente, Sres. Luis Angel , Samuel , Braulio y Alexis , preciso para llevar a efecto la modificación estatutaria de reducción de capital social, acordada en Junta de 24 de enero del 2004.

En tercer lugar, dado que los mentados acuerdos fueron adoptados desconociendo ilegítimamente el derecho de voto correspondiente a las 356 acciones, que la entidad SUÁREZ GESTAL ASOCIADOS, S.L. adquirió del socio D. Felicísimo , en escritura pública de 25 de noviembre de 2002, autorizada por el notario de A Coruña Sr. Jurjo Otero, nº 2224 de su protocolo, y de las acciones adquiridas, en escritura pública de 24 de febrero de 2003, autorizada por la notaria de Ourense, Dª María José Rodríguez Tourón, nº 212 de su protocolo, concretamente 712 acciones que le vende D. Pascual ; y, con relación a la accionista Dª. Lorena , 1068 acciones, que adquirió de D. Tomás (356 acciones), de D. Jesus Miguel (356 acciones) y de D. Adriano (356 acciones), lo que desde luego influyó en la adopción de tales acuerdos, ya que computadas las acciones adquiridas, con las que ya ostentaban con anterioridad dichos socios, tendrían la mayoría en la adopción de acuerdos sociales.

Pues bien, interpuesta la correspondiente demanda por la entidad SUÁREZ GESTAL ASOCIADOS, S.L. y Dª. Lorena , para dilucidar sobre la titularidad de todas las acciones nominativas discutidas, y cuya legitimidad les fue denegada, se promovió juicio ordinario nº 384/2003, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santiago, procedimiento en el cual se dictó sentencia firme por la sección 6ª de esta Audiencia Provincial, de fecha 16 de mayo de 2008, aclarada por auto de 13 de noviembre de 2008, en el rollo de apelación nº 49/2006, en la que, estimando en parte el recurso de apelación formulado, se revoca la sentencia dictada por el referido Juzgado, reconociendo a los demandantes la titularidad de dichas acciones nominativas.

Pues bien, en el referido procedimiento judicial fueron parte los codemandados D. Samuel , D. Luis Angel , D. Alexis , D. Florian , D. Benedicto y D. Conrado .

Es cierto que no aparece como demandado D. Enrique y sí D. Braulio , que era miembro del Consejo de Administración, en cualquier caso es realmente impensable que, en el contexto impuesto, desconociera la irregularidad en la adopción de los acuerdos sociales y la pendencia del proceso judicial litigioso. En cualquier caso, es necesaria la observancia de un deber de diligencia mínima sobre el control y legalidad de la distribución de dividendos, pues una ignorancia culpable no libera del deber de restituir.

En definitiva, quienes forman parte de una sociedad de pequeñas dimensiones, quienes adoptan el criterio de desconocer la titularidad real de las acciones que la entidad SUÁREZ GESTAL ASOCIADOS, S.L. y Dª. Lorena habían adquirido legítimamente, negándose a inscribirlas en el Libro Registro de Acciones Nominativas, como



eran los administradores D. Samuel , D. Luis Angel y D. Alexis , máxime cuando éstos pretendieron ser titulares de una parte de esas mismas acciones en el litigio mantenido en los autos 384/2003, y quienes además fueron codemandados en este último procedimiento, difícilmente pueden ignorar la existencia de la irregularidad en la adopción de los acuerdos de distribución de dividendos, reservas y reducción de capital social mediante reintegro de aportaciones.

En las circunstancias expuestas invocar el juego normativo del art. 278 de la LSC, como si los codemandados fueran simples inversores exclusivamente interesados en la percepción de dividendos, sin participar y con desconocimiento de la vida societaria y sus incidencias, no es desde luego de recibo, por lo que este motivo obstativo a la prosperabilidad de la acción deducida debe ser igualmente rechazado.

#### **SEXTO: Consideraciones previas sobre las facultades valorativas de las pruebas por parte de este Tribunal.-**

La apelación se configura como una "revisio prioris instantiae" o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda, el control de lo actuado en la primera, con plenitud de cognición, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio &); y, en este sentido, podemos citar las SSTs de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010 , 7 de enero y 14 de junio de 2011 , 15 de febrero , 11 de julio y 2 de noviembre de 2012 o 734/2015 , de 30 de diciembre, entre otras muchas.

En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2009 :

"el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia".

Lo que reitera la STS de 13 de septiembre de 2013 , con cita de las SSTs 1163/2001, de 7 diciembre y la STC 212/2000, de 18 septiembre . Los únicos límites del Tribunal ad quem son los que dimanaban del principio prohibitivo de la «reformatio in peius» y de los pronunciamientos que las partes hubieran consentido ( SSTs de 19-11-1991 , 13-5-1992 , 4-6-1993 , 25- 3-1994 , 14-3-1995 , 11-3-2000 y 18 de octubre de 2011 ).

O dicho en palabras de la STS 746/2015, de 22 de diciembre :

"En nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que la Audiencia Provincial hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido por el Juez de Primera Instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del tribunal revisor en relación con los del Juez de Primera Instancia".

Más recientemente SSTs 269/2016, de 22 de abril y 676/2016 , de

16 de noviembre, se expresan, como no podía ser de otra forma, en el mismo sentido.

#### **SÉPTIMO:Sobre el error en la valoración de la prueba**

Las partes niegan haber percibo las cantidades cuya restitución se pretende en demanda. Argumento que no podemos aceptar con base en las consideraciones siguientes:

En primer lugar, por el acta del Consejo de Administración de la entidad actora, de 8 de marzo de 2004, en el que consta, que el 24 de enero de dicho año, se acordó la reducción del capital social y literalmente señala: "Así mismo los otorgantes declaramos que ningún acreedor ha ejercido el derecho de oposición y a los efectos de lo dispuesto en el art. 170 del Reglamento del Registro Mercantil que los accionistas afectados se les ha satisfecho la cantidad acordada en la reducción de capital mediante un abono contable en su cuenta contra la sociedad y puesto a su disposición dicha cantidad en las diferentes cuentas corrientes que la sociedad mantiene con diferentes entidades bancarias".

Por consiguiente, por los propios administradores, codemandados en este proceso se reconoce haber ejecutado el acuerdo de reducción del capital social, que igualmente resulta de la testifical de D. Jose Pedro , que había sido designado liquidador de la sociedad, el cual manifiesta, al responder a la pregunta 12 (f 995 y 1080), que recuerda que el capital social rondaba los 60.000 euros.

En segundo lugar, porque obra en autos igualmente prueba documental, consistente en certificación de la AEAT, acreditativa del pago de parte de los dividendos con la retención practicada y declaración de su percepción en el impuesto de la renta de las personas físicas por parte de los demandados, siendo impensable que se haya realizado una declaración virtual de tales ingresos y que el acuerdo social de reparto no se hubiera ejecutado, máxime cuando tampoco consta que el dinero correspondiente estuviera depositado en alguna cuenta social.

Y así consta con respecto D. Samuel , abonados 31.491,27, retención 4723,69 euros; D. Luis Angel , 31.403,06 euros y 4710,46 de retención ingresada, D. Alexis , 31.403,06 euros y 4710,46 respectivamente, D. Enrique ,



31.403,06 euros y 4710,46 por tales conceptos, D. Florian , 31.358,96 euros y 4703,84 euros, D. Benedicto , 31.403,06 euros y 4710,46 euros, y D. Conrado , 31.358,96 euros y 4703,84 euros de retención.

Por otra parte, carece de explicación que la ejecución de los acuerdos sociales fuera sólo parcial, y que no constara protesta y reclamación alguna por parte de los socios acreedores a la distribución acordada.

En tercer lugar, porque en el escrito de interposición del recurso de apelación contra la sentencia de 17 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad , formulado por D. Samuel y D. Alexis se reconoce expresamente que se depositó en cuenta de la sociedad la parte proporcional a las 2136 acciones discutidas, titularidad de los actores SUÁREZ GESTAL ASOCIADOS, S.L. y D<sup>a</sup>. Lorena en concepto de dividendos, reducción de capital social y distribución de reservas (f 296 vuelto), lo que implica también que se satisfizo por los referidos administradores en aquella época, en ejecución de los mentados acuerdos sociales, la parte correspondiente a los otros socios, otra explicación carece de sentido, sin que conste en autos ninguna protesta por parte de éstos en sentido contrario.

Es más, en su interrogatorio, en el acto del juicio así lo reconocen la Sra. Lorena , el Sr. Alexis , y el Sr. Luis Angel , éste último señalando que los dividendos los cobró.

Por último, la forma en la que se expresaron en la contestación de la demanda, señalando D. Enrique , D. Florian y D. Conrado que "no obstante, si bien a fecha actual esta parte no puede precisar con exactitud el importe total, dado el tiempo transcurrido, el cobro de tales cantidades no es cierto" (f 462), sin embargo en sus declaraciones fiscales por rendimientos de capital mobiliario resulta D. Enrique un importe íntegro de 31.403,06 euros; Conrado de 44.625,84 y retenciones de 4848,20 euros y Florian de 69,575,23, retención 7464,24 euros, señalando que pudieran provenir del importe de rendimientos obtenidos de otras entidades, que desde luego no precisan participen en ellas y se hayan distribuido dividendos en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria ( art. 217.7 LEC ), volviendo añadir más tarde "de lo anterior se colige que a esta parte no le es posible a fecha actual, determinar con exactitud las cantidades realmente percibidas" (f 463).

Por su parte, D. Luis Angel , en su escrito de contestación, tras señalar que, "los dividendos, el capital y las reservas fueron repartidos" (f 688), señala que "la cantidad exacta mi mandante no logra recordarla, ni conserva documentación bancaria o fiscal que le permita comprobar cuáles fueron las cantidades que en su día le fueron abonadas. En todo caso afirmamos que D. Luis Angel percibió exclusivamente los importes correspondientes a las acciones de las que era titular (712)" (f 690).

Con similar indeterminación se expresa D. Samuel , en su contestación, cuando señala en el hecho tercero: "Tampoco es posible a nuestro representado precisar las cantidades percibidas . . . admite tan solo haber recibido algunas cantidades y para determinar su monto concreto se remite, por ello, a lo que resulte de la contabilidad societaria" (f 828).

De igual forma D. Alexis , cuando en dicho escrito de contestación, señala: "Tampoco es posible a nuestro representado precisar las cantidades percibidas, de modo que no admite las que se indican en la demanda como le hubieran sido abonadas a él; tan sólo recuerda vagamente haber percibido algunas cantidades y para determinar su monto concreto se remite, por ello, a los que resulta de la contabilidad societaria" (f 883).

Lo expuesto es importante, dado que, conforme a lo señalado en el art. 405.2 LEC , en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor; pues el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Y si conjugamos tales alegaciones en las que los codemandados, a los efectos de no incurrir en responsabilidades incluso penales, no se muestran categóricos sobre la percepción de las sumas de dinero reclamadas en ejecución de los anulados acuerdos sociales, en las circunstancias antes analizadas, permiten también al tribunal obtener, en una valoración conjunta de la prueba como exige el art. 218.2 de la LEC , la conclusión fáctica de que los hechos de la demanda han sido debidamente acreditados.

Todo ello, con una concreta salvedad, dado que al Sr. Luis Angel se le reclama el importe equivalente a 1068 acciones, cuando no consta que sea titular de más de 712, como se reconoce en el hecho primero de la demanda, y cuando en el burofax remitido tan solo se le pedía la restitución de 81.102,26 euros, que se elevan a 112.343,99 euros sin la debida y demostrada justificación, sin que conozcamos el concreto concepto al que corresponde el apunte de 8 de junio de 2005 (f 252), al que se hace referencia en demanda.

Considera el Tribunal que no procede la devolución de las cantidades retenidas a las que se refiere la certificación de Hacienda folios 1059 y ss., ya ingresadas en el erario público por dividendos percibidos y cuya restitución procede.





Los intereses se devengarán desde la reclamación por parte de la sociedad por medio de burofax (f 317 y ss).

Las sumas a restituir serán, por lo tanto, las que figuran en el cuadro obrante en demanda en el hecho tercero (f 8), sobre el valor bruto, descontando únicamente las cantidades retenidas que constan en la certificación de Hacienda, de lo que resultan las sumas siguientes:

D. Samuel : 75.106,37 - 4723,69 = 70382,68 euros.

D. Luis Angel : 74.895,44 - 4710,46 = 70184,98 euros.

D. Alexis : 74.790,81 - 4710,46 = 70080,35 euros.

D. Enrique : 37.448 - 4710,46 = 32737,54 euros.

D. Florian : 74.895,44 - 4703,84 = 70191,6 euros

D. Benedicto : 74.790,81 - 4710,46 = 70080,35 euros

D. Conrado : 74.895,44 - 4703,84 = 70191,6 euros.

Igualmente los socios liquidadores deberán ingresar el importe de las sumas por los mismos percibidas en los mismos términos.

#### **OCTAVO: Sobre las costas procesales y depósito.-**

Las concretas circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes, hasta el punto de la que la propia parte actora consideraba improcedente la imposición de las costas, unidas a la estimación parcial de demanda y recurso de apelación determinan que las mismas no se impongan a las partes litigantes ( arts. 394 y 398 LEC ).

También procede acordar la devolución del depósito constituido por dicha recurrente de conformidad con la disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

#### **FALLAMOS**

Con estimación del recurso de apelación interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, dictándose otra en su lugar por mor de la cual estimando en parte la demanda deducida por la entidad AWACONGAL S.A., en liquidación condenamos a los demandados a restituir a la mentada mercantil las cantidades siguientes:

D. Samuel : 70382,68 euros.

D. Luis Angel : 70184,98 euros.

D. Alexis : 70080,35 euros.

D. Enrique : 32737,54 euros.

D. Florian : 70191,6 euros

D. Benedicto : 70080,35 euros

D. Conrado : 70191,6 euros.

Todo ello con los intereses legales correspondientes desde la fecha de remisión de los burofax reclamando la restitución.

Todo ello sin hacer especial condena sobre las costas devengadas en ambas instancias.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal para la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los lltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.