



Roj: **SAP C 1138/2019 - ECLI: ES:APC:2019:1138**

Id Cendoj: **15030370042019100188**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **16/05/2019**

Nº de Recurso: **215/2019**

Nº de Resolución: **191/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

A CORUÑA

SENTENCIA: 00191/2019

RPL: 215/2019

N10250

DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

AM

**N.I.G.** 15030 47 1 2017 0001062

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000215 /2019**

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

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000488 /2017

Recurrente: Jeronimo

Procurador: JAVIER CARLOS SANCHEZ GARCIA

Abogado: BEGOÑA TRILLO NOUCHE

Recurrido: BRISAS GALICIA, S.L.

Procurador: MARIA DOLORES LUISA VILLAR PISPIEIRO

Abogado: FILOMENA CASAL GOMEZ

**SENTENCIA**

**Nº 191/2019**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**Sección Cuarta Civil-Mercantil**

Ilmos. Magistrados-Jueces Sres.:

D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, Pte.

D. ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS y FERNÁNDEZ

D. PABLO SÓCRATES GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN



En A CORUÑA, a dieciséis de mayo de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000488/2017, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000215/2019, en los que aparece como parte apelante, D. Jeronimo , representado en ambas instancias por el Procurador de los tribunales, D. JAVIER CARLOS SÁNCHEZ GARCÍA, asistido por la Abogada D<sup>a</sup>. BEGOÑA TRILLO NOUCHE, y como parte apelada, "BRIS AS GALICIA, S.L.", representada en ambas instancias por la Procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup>. MARÍA-DOLORES-LUISA VILLAR PISPIEIRO, asistida por la Abogada D<sup>a</sup>. FILOMENA CASAL GÓMEZ; versando los autos sobre impugnación de acuerdos sociales.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, se dictó sentencia con fecha 03/10/2018 , en el procedimiento del que dimana este recurso, que contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: " Que **debo desestimar y desestimo** íntegramente la demanda presentada por **DON Jeronimo** representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez García, y contra **BRISAS GALICIA, SL** representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Villar Pispieiro, y en consecuencia **debo absolver y absuelvo** a **BRISAS GALICIA, SL** de todas las pretensiones deducidas contra ellos en este procedimiento. Ello con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la parte actora. " .

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia fue recurrida por la parte demandada, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, fue señalada audiencia para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

**TERCERO.-** Es Magistrado Ponente el Ilmo. **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG** .

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Se aceptan los de la sentencia apelada, y**

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

Es objeto del presente litigio la demanda que es formulada por el actor D. Jeronimo , en la que impugna el acuerdo de la mercantil BRISAS GALICIA, S.L, adoptado en la Junta General Extraordinaria, convocada por el Administrador don Jesús María , que se celebró el día 2 de noviembre de 2017, en la que se aprobó, con el voto en contra del actor, el siguiente acuerdo social:

*1.- Ampliación del capital en la cantidad de CIENTO VEINTE MIL EUROS (120.000 €) mediante la creación de 24.000 nuevas participaciones iguales de CINCO EUROS (5,00 €) de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente de la NUM000 a la NUM001 , ambas inclusive, sin prima de emisión y con la consiguiente modificación estatutaria del artículo 5 de los Estatutos Sociales. El importe del nominal suscrito será satisfecho mediante aportaciones dinerarias desembolsado con la suscripción.*

*2.- Modificar el artículo 5 de los Estatutos Sociales, para adaptar el capital social al importe que finalmente resulte de la ampliación de capital.*

*3.- Delegación en la administración de las facultades precisas para ejecutar los acuerdos adoptados por la Junta, así como para proceder a su elevación a público e inscripción en el Registro Mercantil, procediendo en su caso, a su subsanación".*

En la demanda y en la sentencia, por simple error, se hace referencia al acuerdo de ampliación del capital social en la cantidad de 79.999,11 euros, mediante la creación de 13.311 participaciones sociales, que es el referente a la mercantil PROMOCIONES RÍO LÉREZ S.L., si bien tal error no tiene trascendencia resolutoria.

La demanda se fundamenta sucintamente en que la entidad Brisas Galicia, S.L. tiene orden judicial de embargo por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Coruña de las participaciones de don Benito , que posee un porcentaje actual en la sociedad de un 25%, el mismo que tenía cuando se emitió orden de embargo.

En la actualidad, está designado perito judicial de avalúo de las participaciones sociales para sacarlas a subasta.

De llevarse a cabo dicha ampliación la participación de Benito en el momento del embargo de ser de un 25% pasaría a un 1,19%, puesto que es evidente que Benito no concurrirá a la ampliación de capital.



Se añade también que del mismo modo que existe un embargo de las participaciones de Benito en Brisas Galicia, también hay una orden de embargo sobre sus participaciones en Promociones Río Léz.

La demanda se fundamenta jurídicamente en el art. 204.1 de la LSC, según el cual: "Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros".

En el suplico de la demanda se instó se declarase nulo el acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria celebrada el 2 de noviembre de 2017, sobre Ampliación de Capital.

Seguido el juicio, en todos sus trámites, con la oposición de la entidad demandada, se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, que desestimó la demanda, pronunciamiento judicial contra el que se interpone el presente recurso de apelación, el cual no ha de ser estimado.

#### **SEGUNDO: Sobre la causa de impugnación del acuerdo social adoptado.-**

La STS 87/2018, de 15 de febrero, proclama que: "El vigente art. 204 TRSLC, resultante de la reforma que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, legislación citada que se interpreta, prevé una modalidad específica de acuerdo impugnado por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente art. 204.1 TRSLC prevé a este respecto:

"La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

Es posible que algunos casos de "abuso de la mayoría", más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el "abuso de la mayoría" revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil, legislación citada puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario".

Es necesario partir de la base de que el interés social es el interés propio de los socios, en tanto en cuanto las compañías mercantiles se configuran como agrupación de personas que pretenden un fin común (art. 1665 del CC). En principio, la concreción del interés social compete a la mayoría dado el principio democrático por el que se rigen las sociedades de capital. No corresponde a los titulares de la jurisdicción entrar a analizar las decisiones estratégicas de la sociedad, ni inmiscuirse por consiguiente en la gestión social, ni en los márgenes de discrecionalidad que requiere. Lo que posibilita el precitado art. 204 de la LSC es que se declaren ineficaces los acuerdos sociales que sean desleales, bien con la propia sociedad o con la minoría. Se pretende con ello vedar conductas que persigan intereses particulares a costa de la sociedad, con infracción del exigible deber de fidelidad frente a la propia compañía y el resto de los consocios.

El art. 204.1 II de la LSC permite la impugnación de los acuerdos que siendo neutros para la sociedad -no causando daño al patrimonio social- son expropiatorios para la minoría.

Una situación de tal naturaleza se puede dar en los casos de un incremento del capital social desproporcionado a las necesidades de la sociedad, cuando se emitan acciones o participaciones sociales a un valor manifiestamente inferior al real, se efectúe en momentos en los cuales los socios minoritarios no puedan o no les resulte atractivo ejercitar el derecho de suscripción preferente entregando fondos propios para la gestión de la mayoría, se lleve a cabo con infracción del derecho de información, o cuando la mayoría acuda a la ampliación por medio de una asistencia financiera de la propia sociedad.

Ahora bien, dicha tipología de casos, que sirven como botón de muestra para determinar la concurrencia de tal causal de nulidad de los acuerdos sociales, no se constató concurrente en el caso que nos ocupa.

En primer lugar hemos de convenir, con la sentencia apelada, que el incremento del capital social estaba justificado, y que, por lo tanto, no respondía a una finalidad artificiosamente creada para diluir deslealmente la participación del actor en el capital social, el cual gozaba además del correspondiente derecho de suscripción preferente, que podía o no ejercitar. Ni tampoco para desvirtuar el supuesto embargo trabado. Benito no impugna dicho acuerdo societario. Y, en el fundamento de derecho III de la demanda, relativo a la legitimación, el demandante invoca como título su condición de socio y no de tercero acreedor de un socio.

Se cumplieron escrupulosamente los requisitos legales para llevar a efecto dicha ampliación de capital social, que primitivamente ascendía tan sólo a la suma de 6020 euros, constandingo en el informe de los administradores



al que se refiere el art. 286 de la LSC , que aquel tenía por objeto captar recursos para fortalecer el balance, mejorando la estructura de recursos propios y con ello garantizar el pago de la deuda financiera contraída. Los resultados obtenidos en los últimos años a pesar de ser positivos no consiguen alcanzar el importe necesario, que conlleve la devolución de la deuda. El importe actual destinado a la devolución del capital de la misma asciende a más de 18.000 euros y con los beneficios generados no se hace otra cosa que ahondar en otro tipo de endeudamiento más costoso. En los dos últimos ejercicios, se ha suscrito una póliza de crédito, para atender a posibles desajustes financieros, y en la fecha actual ha aumentado el saldo dispuesto con respecto a los ejercicios anteriores. Por ello actualmente se aúnan, tanto el problema de la no generación de recursos para afrontar el endeudamiento contraído, como el próximo vencimiento de la póliza de crédito, que actualmente se encuentra cercana a los 85.000 euros.

Se emitió igualmente informe por la sociedad auditoria de Brisas Galicia S.L., a los fines previstos en el art. 295 de la LSC , en el que se indica que han verificado el acuerdo de los administradores de incremento del capital social con las normas de auditoría y que a su juicio se ofrece información adecuada al respecto.

Igualmente, en otro informe, se señala que la ampliación de capital ha permitido reducir considerablemente las deudas de la sociedad, ha dotado a la mercantil de una mayor capacidad para hacer frente a las deudas tanto a corto como a largo plazo, con unos fondos propios que se han triplicado con respecto del año anterior, consiguiendo una mayor capacidad de pago frente a terceros, mejorando considerablemente la solvencia y los ratios de endeudamiento del ejercicio de 2017.

No se demostró que se adoptase tal acuerdo en un momento de penuria económica o especialmente delicado para el consocio impugnante, con la finalidad de perjudicarlo. La ampliación del capital social se llevó a efecto mediante la adquisición de las participaciones emitidas por parte de otra sociedad de la que el demandante era igualmente socio.

Los socios gozaban del derecho de adquisición preferente, en proporción al porcentaje que ostentaban en la sociedad, que, en el caso del actor y del deudor embargado, era del 25%, que podría ser ejercitado en el plazo de un mes. Transcurrido ese primer plazo, los socios que hubieran concurrido a la ampliación de capital, gozaban de un nuevo plazo de 15 días, para suscribir el valor del resto de participaciones objeto de ampliación, que no hubieran sido suscritas en el primer plazo. Se contempló también la posibilidad de que la cuantía de la ampliación de capital quedase circunscrita al valor nominal de las nuevas particiones sociales emitidas y efectivamente suscritas, en el caso de que el aumento de capital propuesto no fuere suscrito íntegramente.

En la ampliación del capital social participó exclusivamente la sociedad Promociones Río Lérez -titular del 50% de las participaciones sociales de Brisas-, que desembolsó la cantidad de 40.145 euros, porcentaje en el que se incrementó el capital social. A Brisas no se le puede hacer responsable de que no participasen los otros socios en la misma. El hecho de que tal capital no fuera desembolsado, lo que se niega por la demandada, conforma un hecho nuevo no susceptible de conocimiento judicial en esta alzada.

Tampoco contamos con una prueba pericial acreditativa de que el valor de la emisión de las nuevas participaciones sociales fuera notoriamente inferior al valor real.

No conforma dato decisivo que la sociedad suscriptora del capital social, la cual no obtuvo fondos de Brisas para participar en la ampliación de su capital, fuera deudora de la sociedad demandada a largo plazo, máxime si sus deudas no eran actualmente exigibles, lo que desde luego no se justificó.

Carece de especial significación, al menos no se explica, que ambas sociedades tengan el mismo administrador y socios comunes. El hecho de que se diluya la participación del socio es inherente a la ampliación del capital social y a la no participación en tal acto jurídico mediante el ejercicio del derecho de suscripción. No resultó probado que el acuerdo impugnado se hubiera adoptado con una finalidad desleal y abusiva contraria, ajena o neutra al interés social de la entidad demandada.

El interés protegido en el art. 204.1 II de la LSC es el de los socios, no de los acreedores del socio. En el decreto de 10 de julio de 2014, de mejora de embargo con respecto de las participaciones sociales de Benito , figura como ejecutante el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (ver documento tres de la demanda), si bien en la diligencia de valoración de las participaciones sociales figura como ejecutante el actor (ver documento nº 4). La ampliación del capital social de Brisas y con ello la notoria mejoría de su situación económica revaloriza el importe de las participaciones sociales embargadas.

En cualquier caso, no consideramos lesionado el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros ( art. 204.1 LSC ). El interés societario ha sido satisfecho mediante el acuerdo de ampliación del capital social, que estaba debidamente justificado. No existe el más mínimo atisbo de que el acuerdo adoptado e impugnado por el actor conformase un ejercicio antisocial de derecho, para obtener la ineffectividad o la desvaloración de un embargo trabado sobre las participaciones sociales de un consocio, en condiciones que desconocemos, y,



entre ellas, las de la inexistencia de otros bienes para hacer honor a una deuda, cuyas concretas características y origen igualmente ignoramos.

Por todo ello, el recurso de apelación no ha de ser estimado en virtud del conjunto argumental antes expuesto.

**TERCERO: Sobre las costas procesales de la alzada.-**

Por lo que respecta a las costas de la alzada se imponen al Banco al haber sido desestimado su recurso ( art. 398 LEC ).

Con respecto a la pérdida y restitución del depósito se estará a 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**

Confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Esta resolución no es firme en Derecho y contra ella cabe recurso de casación, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal a interponer en el plazo de 20 días en este mismo tribunal para su conocimiento por 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 Ilmos. Sres. que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia doy fe.