



Roj: **SAP PO 1051/2012 - ECLI: ES:APPO:2012:1051**

Id Cendoj: **36038370012012100219**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2012**

Nº de Recurso: **227/2009**

Nº de Resolución: **97/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

00097/2012

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 227/09

Asunto: ORDINARIO Nº 80/08

Procedencia: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Presidente

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

Dª Mª BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 97

En Pontevedra, a siete de Marzo de dos mil doce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de Ordinario nº 80/08, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 227/09, en los que aparece como parte apelante-demandante: **D. Benedicto**, representado por el procurador D. CARLOS VILA CRESPO y asistido por el Letrado D. CARLOS PALMOU CIBEIRA, y como parte apelado-demandado: **EXCAVACIONES NOEGA S.L.U.**, representado por el Procurador Dª. SUSANA TOMAS ABAL, y asistido por el Letrado D. TOMAS SANTODOMINGO HARGUINDEY, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Sr. Vila Crespo, en nombre y representación de D. Benedicto, contra la entidad mercantil EXCAVACIONES NOEGA, S.L., absolviendo a la demandada de las pretensiones de la demanda, con imposiciones de las costas procesales a la parte actora."



SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Benedicto se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día 23.2.12 para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . La sentencia de instancia desestima la demanda en que se ejercita acción de nulidad del acuerdo social sobre ampliación de capital adoptado por la mercantil demandada en junta universal celebrada en fecha 26 octubre 2007, así como la cancelación de la inscripción del citado acuerdo y asientos posteriores que resulten incompatibles con la sentencia.

La parte actora impugna la sentencia desestimatoria. La demanda funda su pretensión de nulidad, esencialmente, en la vulneración de las normas societarias que velan por la integridad del capital social, más concretamente el art. 47.1 LSA , que considera aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada por la remisión del art. 56 LSRL , que proclama la nulidad de la creación de las participaciones sociales sino responden a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa, según la parte demandante, cuando la ampliación de capital que es cuestionada, que consistió en la creación de 100.000 participaciones con un valor nominal de un euro cada una, numeradas correlativamente de la 3.007 a la 103.006, fueron desembolsadas en realidad con dinero propio de la misma sociedad. Lo que sucede cuando el mismo día 26 octubre 2007 en que se adopta el acuerdo, el socio único de la demandada, Sr. Gerardo , retira de la cuenta de la sociedad, mediante transferencia bancaria dada su condición de administrador, la cantidad de 101.000 euros, hacia una cuenta bancaria titularidad del mencionado Don. Gerardo . Y de forma inmediata, el mismo día, Don. Gerardo procede a realizar una transferencia desde la misma cuenta de su titularidad a la cuenta bancaria a nombre de la sociedad ahora demandada.

A ello añade la parte demandante que el mencionado acuerdo es contrario al orden público por ser tomado con abuso de derecho y en claro fraude de ley, persiguiendo un resultado contrario al pretendido por la normativa sobre ampliación de capital (aportar liquidez a la sociedad), con la finalidad de defraudar los derechos de la parte demandante que, meses antes, concretamente el 8 agosto 2007, habían firmado con el socio único de la demandada un contrato de opción de compra **sobre 1.503 participaciones** sociales que en aquel momento representaban el 50% del capital social, mientras que con la ampliación de capital se reduciría a un 1,5% del mismo. Lo que relacionan también con su despido como empleados de la sociedad en enero de 2008.

La parte demandada se opone a la demanda justificando la necesidad de la ampliación de capital en la actividad empresarial que desarrolla (excavaciones), pues dada la necesidad de emplear maquinaria pesada de altísimo coste en el mercado, para concertar determinados contratos de leasing, la financiera le exigía un capital social superior a los 3.006 euros. A lo que añade que el demandante era conocedor de tal circunstancia, así como que, como se evidencia de las consultas del demandante al Registro Mercantil, cuando ejercita su opción de compra ya era conocedor de la ampliación de capital que se encontraba inscrita. Añade la parte demandada que es cierto que la ampliación de capital se hizo por medio de un préstamo de la sociedad demandada a su administrador, pero que dicha operación no contraviene ninguna norma legal ni contractual.

La sentencia de instancia desestima la demanda al considerar acreditado que la finalidad de ampliación de capital era poder suscribir contratos de leasing de maquinaria de alto coste, y que dicha ampliación no vulnera el interés social, que no debe confundirse con los particulares intereses del demandante. De igual modo no contempla la sentencia la conculcación de normas legales o estatutarias en sede de adopción del acuerdo de ampliación, introduciendo además la doctrina de los actos propios pues el demandante, antes de ejercitar su derecho de opción era cabal conocedor de la ampliación de capital llevada a cabo.

También considera la sentencia de instancia que, a pesar de reconocerse la forma de desembolso de las participaciones sociales asumidas por el socio único previa retirada de la cantidad de una cuenta de la sociedad demandada, e inmediata aportación de esa misma cantidad a la sociedad en tal concepto de desembolso, no se vulneran las normas sobre ampliación de capital establecidas en el art. 73 LSRL .

Finalmente, no aprecia ejercicio abusivo de los derechos por parte del socio único.

SEGUNDO . Contra la sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandante quien considera que existe un error en la valoración de la prueba dado que el acuerdo impugnado sí que lesiona los intereses de la sociedad en beneficio de uno de los socios, pues de una manera burda el administrador de la sociedad procedió a retirar fondos de la empresa para volverlos a aportar mediante una ampliación de capital ficticia, como si fueran fondos del administrador, cuando ello no era así.



Este motivo debe rechazarse en cuanto parece pretender la impugnación del acuerdo societario por lesión del interés social en beneficio de uno o varios accionistas, lo cual, además de contradictorio con el inicio del propio recurso en que recuerda que no se ejercitó con carácter subsidiario la acción de anulabilidad sino que únicamente se ejercitó acción de nulidad del acuerdo, resulta improcedente al haber caducado la acción de anulabilidad (arts. 115.1 y 2 y 116.2 LSA por remisión del art. 56 LSRL).

A continuación, dentro del mismo motivo, cuestiona la parte apelante la aplicación de la doctrina de los actos propios. La sentencia aplica esta doctrina al considerar que si el demandante ejercitó la opción de compra de las participaciones sociales una vez que era conecedor de la ampliación de capital, asumía y se conformaba con la misma.

Dicha técnica de los actos propios, como señala la STS 6 abril 2006 , aparece perfectamente delimitada en la *sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2000* que sintetiza la jurisprudencia, cuando en ella se dice que: "La impugnante pretende ignorar además la constante y tradicional doctrina de los actos propios , pues para aplicarse tal doctrina es preciso tener en cuenta que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada - *sentencias de 6 de abril y 4 de julio de 1962* -". Como ha señalado también la reciente *sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2000* "el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el *art. 7.1 del Código Civil* que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas *sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996 ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999*) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (*sentencias de 23 julio 1997 y 9 julio 1999*), o carecen de la transcendencia que se pretende para producir el cambio jurídico, tanto más, en el caso de autos, que no tiene ninguna explicación técnica la desaparición (destrucción o deterioro) de las piezas escultóricas.".- En todo caso, es preciso que envuelvan verdaderas declaraciones de voluntad en orden a crear, modificar o extinguir relación de derecho - *sentencia de 10 de abril de 1963* -". Y en el presente caso no ha habido, ni mucho menos, un comportamiento de la parte demandante destinado a avalar o reconocer todas las actuaciones de las sociedad previas a su entrada en la misma en calidad de partícipe mediante el ejercicio de una opción de compra, y menos una declaración de voluntad con plena conciencia de crear o definir una determinada situación jurídica, en el sentido de lo tenido por aceptado en la sentencia de instancia.

El ejercicio de la opción de compra de participaciones, aún cuando el apelante tuviera ya conocimiento de la ampliación de capital, no determina su plena aceptación, su conformidad con la misma y su renuncia a la posible impugnación, como no se le puede atribuir un efecto de asunción y reconocimiento de cualquier otro acto que haya llevado a cabo la sociedad, y del que pudiera tener conocimiento. El negocio jurídico llevado a cabo por la parte actora tiene los efectos que le son propios a dicho negocio, integrando al demandante en la sociedad en calidad de partícipe con sus derechos y obligaciones, pero sin que del mismo pueda deducirse la conformidad y aceptación que se pretende, y que va mucho más allá de lo querido con el referido negocio.

TERCERO . Como segundo motivo de apelación se titula la aplicación incorrecta de los arts. 47.1 LSA , 55 y 40.5 LSRL , y de la jurisprudencia que los interpreta.

El motivo si debe ser estimado. La sentencia se limita a considerar que no se vulneran las normas sobre ampliación de capital recogidas en el art. 73 LSRL .

Como dato de hecho relevante y no controvertido debe apuntarse que el socio único celebra una junta universal el 26 octubre 2007 en la que se acuerda el aumento de capital mediante la creación y emisión de nuevas participaciones, concretamente 100.000 participaciones con un valor nominal de un euro cada una, numeradas correlativamente de la 3.007 a la 103.006. Tales participaciones fueron desembolsadas en realidad con dinero propio de la misma sociedad. El mismo día 26 octubre 2007 en que se adopta el acuerdo, el socio único de la demandada, Don. Gerardo , retira de la cuenta de la sociedad, mediante transferencia bancaria, dada su condición de administrador, la cantidad de 101.000 euros, hacia una cuenta bancaria titularidad del mencionado Don. Gerardo . Y de forma inmediata, el mismo día, Don. Gerardo procede a realizar una transferencia desde la misma cuenta de su titularidad a la cuenta bancaria a nombre de la sociedad ahora demandada.



La consecuencia de lo anterior es que no ha existido desembolso real y efectivo, ni aportación de ningún tipo. No ha existido el contravalor que en el presente caso consistiría en nuevas aportaciones dinerarias a que se refiere el art. 73.2 LSRL . Aún cuando el aumento del capital social tiene una finalidad primigenia de financiación de la sociedad, es cierto que pueden concurrir otras finalidades diferentes como aparecer en el mercado con mayor solvencia y mejorar su crédito empresarial. De todas formas, la LSRL, al igual que la LSA (cuyas normas se mantienen en lo esencial en la Ley de sociedades de capital, texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/2010), tratan de garantizar la realidad y efectividad del contravalor, es decir, de los bienes y derechos de contenido patrimonial que respaldan la cifra en que se aumenta el capital social. Entre los principios ordenadores del capital social están los de integridad y realidad, oponiéndose la Ley a capitales ficticios, por eso se establece en el art. 1 LSRL que el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones sociales de todos los socios, y el art. 47.1 LSA establece la nulidad de la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Precepto que encuentra su par en el art. 59 de la LSC con la supuesta novedad de ampliar su contenido a la sociedad de responsabilidad limitada. Pero como bien señala la doctrina tal novedad es más aparente que real por cuanto dicha prohibición ya se consideraba vigente para la sociedad de responsabilidad limitada pues no constituye sino manifestación del principio de realidad e integridad del capital social. Como expresión de dicha norma, además de lo dispuesto en el art. 73.2 LSRL , pueden citarse los arts. 1 , 4 , 18 y 19 LSRL . Se trata de procurar el equilibrio entre patrimonio y capital desde el momento de su fundación, asegurando que el valor nominal de las participaciones tenga una contrapartida patrimonial real, no ficticia. Límite que se extiende a todas las operaciones de emisión o creación cualquiera que sea el momento en que se realicen.

En el supuesto que nos ocupa puede decirse que existió una simulación absoluta del acto de desembolso en efectivo del importe de las participaciones, pues con la operación de hecho llevada a cabo por el administrador y socio único de dos transferencias en el mismo día, sin documentar nada al respecto y teniendo en cuenta la inmediatez temporal de tales operaciones, se evidenció el carácter ficticio y no real de la aportación, ya que ningún incremento patrimonial se produjo. La actuación del socio único realizando las dos transferencias tenía como única finalidad cumplir la formalidad de pretender acreditar la realidad del desembolso ante el Notario obteniendo previamente la correspondiente certificación bancaria de haber depositado las cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, como exige el art. 19.2 LSRL . Aparentando así una realidad del desembolso que nunca se ha producido por cuanto simplemente devolvía a la sociedad la cantidad que en el mismo día había retirado de su patrimonio mediante transferencia bancaria.

De esta forma se produce la nulidad del negocio de suscripción o asunción, por inexistencia de desembolso, y por ello mismo, de la ampliación de capital, que no puede existir sin aquél (arts. 4 , 73 y 77 LSRL).

CUARTO . A igual conclusión llegaríamos si pudiera considerarse que la primera transferencia realizada de la cuenta de la sociedad a la cuenta del socio único tenía la consideración de préstamo. Atendiendo a las circunstancias, especialmente temporales y la casi identidad de la cuantía, en que se realizan las transferencias, no queda duda alguna que la asistencia financiera tiene como finalidad la adquisición de las participaciones. De esta forma cae bajo la prohibición establecida en el art. 40.5 LSAR (en la actualidad reiterado en el art. 143.2 LSC) que prohíbe a la sociedad anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones. Prohibición que se configura en la sociedad de responsabilidad limitada en términos absolutos. Y la infracción de tal prohibición, ante el silencio de la norma, debe ser la nulidad de pleno derecho de la referida operación, en aplicación del art. 6.3 CC . Nulidad que se comunica también al negocio adquisitivo de las propias participaciones, dada la vinculación causal entre uno y otro.

La nulidad de pleno derecho de tales negocios, con la inexistencia del desembolso de las aportaciones dinerarias, determina igualmente la ineficacia de la ampliación de capital.

Aún cuando el actual art. 78 LSC resulta más claro y enuncia por primera vez las reglas de asunción y desembolso íntegros de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada, tales reglas ya estaban en los arts. 4 y 77 LSRL , aplicables al caso al estar en vigor en el momento de realizarse los hechos enjuiciados, de forma que tanto antes como ahora resulta fundamental el íntegro desembolso como uno de los principios que sustentan la doctrina del capital social impidiendo que puedan formar parte del capital de la sociedad cantidades correspondientes al valor nominal de aquellas participaciones que, aun habiendo sido creadas, no han sido, sin embargo efectivamente asumidas y totalmente desembolsadas.

QUINTO . Llegados a este punto, se hace ya innecesario el examen del abuso de derecho y fraude de ley en que también sustentaba la parte apelante su recurso, dado que, por lo hasta razonado, éste debe ya estimarse, con la consiguiente estimación de la demanda. Y en cuanto esto implica la nulidad de un acuerdo inscribible, la sentencia, una vez firme, deberá inscribirse en el Registro Mercantil, y se cancelará la inscripción del aumento



de capital cuya nulidad se declara, y los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella (art. 122 LSA por remisión del art. 56 LSRL).

SEXTO . La estimación del recurso conlleva la no imposición de costas en esta alzada (art. 398.2 LEC). Si bien, dada la estimación de la demanda, las costas de primera instancia deben ser impuestas a la sociedad demandada (art. 398.1 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Benedicto contra la sentencia dictada en fecha 1 diciembre 2008 por el Juzgado de lo Mercantil 1 Pontevedra, en el juicio ordinario nº 80/2008 , revocando la misma y en su lugar estimar la demanda interpuesta por D. Benedicto contra EXCAVACIONES **NO** EGA SLU y declarar:

a)La nulidad del acuerdo social de ampliación de capital de la mercantil demandada, adoptado en junta de fecha 26 octubre 2007.

b)La inscripción de la sentencia, una vez firme, en el Registro Mercantil, así como la cancelación de la inscripción del acuerdo nulo y de los asientos posteriores contradictorios con la sentencia.

Todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Las costas de primera instancia deben imponerse a la parte demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.