



Roj: **SAP M 12741/2012 - ECLI: ES:APM:2012:12741**

Id Cendoj: **28079370282012100195**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/07/2012**

Nº de Recurso: **534/2011**

Nº de Resolución: **237/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00237/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 534/11.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 333/2.009.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Parte recurrente: "DESARROLLOS INMOBILIARIOS ITACA, S.L."

Procurador: Don José Andrés Cayuela Castillejo.

Letrado: Don Lorenzo Gutiérrez Puértolas.

Parte recurrida: "PROYECTO TOURA, S.L."

Procurador: Don Joaquín Fanjul de Antonio.

Letrado: Don Álvaro Requeijo Pascua.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº 237/2012

En Madrid, a veinte de julio de dos mil doce.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 534/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2010 dictada en el juicio ordinario núm. 333/2009 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid .



Han sido partes en el recurso, como apelante, la mercantil "DESARROLLOS INMOBILIARIOS ITACA, S.L."; y como apelada, la entidad "PROYECTO TOURA, S.L.", ambas defendidas y representadas por los profesionales antes relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la mercantil "DESARROLLOS INMOBILIARIOS ITACA, S.L." contra la entidad "PROYECTO TOURA, S.L.", en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia por la que:

"a) Se declare la nulidad de la Junta General Extraordinaria de 12 de febrero de 2009 por incumplimiento de los artículos 71 , 44.1 d), 71.1 y 75 LSRL y 164 RRM , al haber sido convocada sin los requisitos legales.

b) Se declare la nulidad de todos los acuerdos sociales adoptados en la precitada Junta.

c) Subsidiariamente, para el caso de no ser estimado el motivo anterior, se declare la nulidad del acuerdo adoptado de ampliación de capital por incumplimiento del artículo 71.1 último párrafo LSRL .

d) Ordene al Registro Mercantil la cancelación en su caso de la correspondiente inscripción en la oportuna hoja de la sociedad.

Todo ello con expresa condena a la adversa al pago de las costas generadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2010 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debo desestimar íntegramente como desestimo la demanda promovida por el Procurador Don José Andrés Cayuela Castillejo en nombre y representación de Desarrollos Inmobiliarios Itaca, S.L. contra sociedad Proyectos Toura, S.L., no habiendo lugar a ninguno de los pronunciamientos solicitados en la demanda y absolviendo a la parte demandada de cuantas pretensiones se dedujeron de contrario con imposición a la parte actora de las costas causadas."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada. Admitido el recurso de apelación por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 19 de julio de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las diversas causas de impugnación del acuerdo de ampliación de capital adoptado en la junta general de la entidad "PROYECTO TOURA, S.L.", celebrada el día 12 de febrero de 2009, la demandante, la mercantil "DESARROLLOS INMOBILIARIOS ITACA, S.L.", sólo mantiene en segunda instancia, alzándose contra la sentencia desestimatoria recaída en la instancia precedente, los dos siguientes motivos de nulidad:

a) la defectuosa convocatoria de la junta al no incluirse como punto del orden del día la modificación de la redacción del artículo 5 de los estatutos sociales, relativo al capital social, sin que, en consecuencia, la junta haya acordado dicha modificación, que no puede delegarse en el órgano de administración, todo ello con infracción de los artículos 44.1 , 48 y 71.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el artículo 164 del Reglamento del Registro Mercantil ;

b) la falta de fijación por la junta general del plazo para que los socios ejercitaran el derecho de suscripción preferente que fue establecido por el órgano de administración y, además, por plazo inferior al mínimo legal de un mes, dado que sólo se concedió 30 días -entre el 2 y el 31 de marzo de 2009-, todo ello con infracción del artículo 75.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , rechazando que la impugnación por esta causa constituya un abuso de derecho en contra de lo apreciado por la sentencia apelada.

A pesar de que el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, se precisa que las citas legales que se efectuarán en la presente resolución vendrán referidas a la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, en su caso, al también derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de



diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO.- El artículo 71.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece en su párrafo primero que: "Cualquier modificación de los estatutos deberá ser acordada por la Junta General. En la convocatoria se expresarán, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse. Los socios tienen derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta."

La convocatoria de la junta general objeto del presente procedimiento tenía como primer punto del orden del día el siguiente: "1.- Aprobación, en su caso, de ampliación de capital en la cuantía máxima de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL EUROS (155.000,00 euros), con aportación dineraria hasta un importe máximo de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL EUROS (155.000,00 euros), mediante la creación de hasta un máximo de 155.000 nuevas participaciones sociales."

La junta general oportunamente convocada -sin que tenga carácter universal por el simple hecho de que concurra todo su capital social- aprobó la ampliación de capital por importe de 154.997 euros (documento nº 9 de la demanda).

La exigencia de claridad en el orden del día de la Junta no supone que deban especificarse de forma exhaustiva los términos en que se propone la modificación estatutaria.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006 : «La expresión "debida claridad" que utiliza la Ley para conformar el contenido de la convocatoria ha sido uno de los extremos más debatidos en la doctrina y la jurisprudencia por su indeterminación, como se pone de relieve en la Sentencia de 29 de diciembre de 1999 . Ahora bien, como también se precisa en esta resolución, y se indica en otras, como las Sentencias de 4 de marzo de 2000 y 13 de febrero de 2006 , lo pretendido por el legislador, y la finalidad misma del anuncio de la convocatoria, es poner en conocimiento de los accionistas las materias o temas sobre las que va a tratar la reunión para que puedan asistir y votar en ella de forma consciente y reflexiva, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, permitir al ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos que se adopten mediante la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos que son de difícil ejercicio en caso de convocatorias incompletas, ambiguas o indeterminadas - Sentencia de 13 de febrero de 2006 -».

En similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000 , señala: "La finalidad del anuncio de la convocatoria es poner en conocimiento de los accionistas las materias o temas sobre los que va a tratar la reunión; por ello el contenido del orden del día ha de ser claro y completo, sin que se contradiga esta exigencia por el hecho de que se haga en forma sucinta, breve o sintética, porque sólo es precisa la «explicitación suficiente y adecuada del asunto a tratar» (Sentencia 18 marzo 1996), pudiendo ser, por ende, referencia bastante las indicaciones o expresiones genéricas, tal y como han declarado, entre otras, las sentencias de 14 de junio de 1994 y 29 de abril de 1985 , a lo que ha de añadirse que la doctrina general debe avenirse con las circunstancias del caso, pues el principio de la buena fe reclama en ocasiones tomar en consideración la situación de conocimiento del contenido de la Junta por parte de los socios impugnantes, ora por ponerse a su disposición la información documental oportuna, ora por tratarse de sociedades familiares cuyos miembros conocen la finalidad de reunirse, tal y como ha señalado la Sentencia de 18 de marzo de 1996 .

En el caso, el orden del día expresado en el anuncio de la convocatoria (indicando el aumento del capital social, aunque sin señalar la cifra, y la modificación del artículo de los Estatutos relativo a dicho capital) es claro y suficiente, y en absoluto ambiguo e indeterminado, aparte de que se proporcionó a los socios, aquí impugnantes, la información adecuada para conocer totalmente el concreto contenido. Por lo que resulta evidente la carencia de fundamento del motivo examinado."

Por otra parte, como indicamos en nuestra sentencia de fecha 19 de noviembre de 2010 : "Tampoco es nueva la necesidad de evitar una interpretación de los requisitos formales de manera excesivamente rigurosa. El propio Tribunal Supremo ya lo mantenía en la interpretación de la Ley de 1951 (STS de 7 de febrero de 1984 , entre otras) basándose en el conocido criterio jurisprudencial de que el principio sancionado por el artículo 6.3 del Código civil debe ser interpretado con criterio flexible y no rígido, sin que quepa pensar que toda disconformidad con la ley o cualquier omisión de formalidades con arreglo al acto de que se trate hayan de llevar consigo la sanción de nulidad, que solo procede cuando existan razones trascendentes que lo justifiquen. Precisamente la doctrina jurisprudencial referida al derecho de información en relación a la convocatoria y orden del día, y en concreto a los requisitos de la modificación de estatutos, reiteradamente ha declarado que la finalidad de los requisitos legales es proporcionar el ejercicio consciente del derecho al voto (SSTS de 13 de octubre de 1994 y 22 de marzo de 2000) por lo que la existencia de suficiente información (STS de 17 de mayo de 1995 , y las que cita) excluye la posibilidad impugnatoria (STS de 9 de octubre de 2000), habiéndose estimado cumplido el requisito de la debida claridad cuando en la convocatoria se hace referencia



a los artículos de los estatutos que deben ser modificados o a la materia de que se trate (SSTS de 14 de junio de 1994 y 29 de diciembre de 1999). Lo que no se permite son las referencias genéricas, y sin otra especificación."

La ampliación de capital, por definición, es una operación jurídica por la cual se eleva la cifra de capital social que figura en los estatutos. En consecuencia, la inclusión en el orden del día de la propuesta de ampliación de capital implica y explicita por sí misma la propuesta de modificación del precepto estatutario que refleja la cifra de capital social, sin que, en el supuesto enjuiciado, ofrezca la menor duda o incertidumbre el contenido de la redacción del precepto resultante de la ampliación de capital que vendrá determinada por la simple suma del importe de la ampliación al capital primitivo, así como por el incremento del número de las participaciones sociales cuyo número será el resultado de la simple suma de las primitivas y las creadas con motivo de la ampliación.

En consecuencia, no se aprecian defectos en la redacción del orden del día determinantes de la nulidad del acuerdo de ampliación de capital con la consiguiente modificación estatutaria, ni la modificación estatutaria ha sido acordada por el órgano de administración, en tanto que la ampliación de capital fue acordada por la junta general, estando determinada la redacción del precepto estatutario por el resultado de dicha ampliación, por lo que debe rechazarse la infracción de los artículos 44.1 y 71.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el artículo 164 del Reglamento del Registro Mercantil .

TERCERO.- En el segundo de los motivos del recurso de apelación se denuncia la infracción del artículo 75.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al no haberse fijado por la junta, al adoptar el acuerdo de ampliación de capital, el plazo para que los socios ejercitaran el derecho de suscripción preferente que, luego, fue determinado por el órgano de administración y, además, por plazo inferior al mínimo legal de un mes, al conceder 30 días entre el 2 y el 31 de marzo de 2009, rechazando que la impugnación por esta causa constituya un abuso de derecho en contra de lo apreciado por la sentencia apelada.

La junta general que aprobó el acuerdo de ampliación de capital no fijó el plazo durante el cual los socios podían ejercitar el derecho de suscripción preferente, haciéndolo con posterioridad el administrador único que, además, fijó el plazo de 30 días, todo ello con infracción del artículo 75. De la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

Sin embargo, no puede prosperar la impugnación por resultar contraria a la reglas de la buena fe (artículos 7.1 del Código Civil y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por las siguientes razones:

a) la parte actora se había comprometido en la junta general de socios de 27 de noviembre de 2008 a hacer las aportaciones, vía préstamos y/o, en su caso, ampliación de capital, para completar las necesidades de tesorería de la sociedad, correspondiendo aportar a la demandante la suma de 15.593 euros (documento nº 2 de la contestación al demanda);

b) la ampliación de capital se acuerda por importe de 154.997 euros, correspondiendo suscribir a la parte actora en ejercicio de su derecho de preferencia, precisamente, la cantidad de 15.593 euros, tal y como se especifica en el cuadro anexo al acta de la junta (documento nº 9 de la demanda);

c) la parte actora ya manifestó en el acto de la junta que se oponía a la ampliación de capital mientras no se capitalizara la prima de emisión de las anteriores ampliaciones de capital, sin mostrar el menor interés en ejercitar su derecho de suscripción preferente, ni preocuparse para que en la junta se fijara el plazo para ejercitarlo;

d) la demanda se presenta el día 24 de marzo de 2009, antes de que expirara el plazo concedido para ejercitar el derecho de suscripción preferente que vencía el día 31 de marzo (documento nº 10 de la demanda), manifestando la parte actora expresa y categóricamente en su propia demanda que: "Mi representada no va a ejercitar el derecho de suscripción preferente que se le ha concedido por medio de la carta aportada."

Dada la decidida voluntad de la parte demandante de abstenerse de concurrir a la ampliación de capital, manifestada en la demanda como una afirmación apodíctica -y no, desde luego, como una mera argumentación dialéctica- tratando de fundar que dicha ampliación de capital le causaba un grave perjuicio, las irregularidades relativas a la fijación del plazo para concurrir a la ampliación de capital ningún perjuicio pudieron causar al demandante hasta el punto de presentar la demanda cuando aún podía haber ejercitado su derecho de preferencia y, en consecuencia, la impugnación por esta causa debe ser rechazada en aplicación de los artículos 7.1 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , máxime cuando en una junta anterior los socios se habían comprometido a hacer dicha aportación a la sociedad vía préstamos o, en su caso, como ampliación de capital ante las necesidades de tesorería de la sociedad.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada.



CUARTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don José Andrés Cayuela Castillejo en nombre y representación de la entidad "DESARROLLOS INMOBILIARIOS ITACA, S.L." contra la sentencia dictada el día 29 de octubre de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid , en el procedimiento núm. 333/2009 del que este rollo dimana.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.