



Roj: **SAP B 7224/2013 - ECLI: ES:APB:2013:7224**

Id Cendoj: **08019370152013100190**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/06/2013**

Nº de Recurso: **438/2012**

Nº de Resolución: **263/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JORDI LLUIS FORGAS FOLCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DÉCIMOQUINTA**

Rollo núm. 438/2012-2ª

Juicio Ordinario núm. 3/2011

Juzgado Mercantil núm. 5 Barcelona

**SENTENCIA núm. 263/2013**

#### **Ilustrísimos Señores Magistrados:**

D. LUIS GARRRIDO ESPA

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a veinte de junio de dos mil trece.

**VISTOS** en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número Cinco de esta ciudad, por virtud de demanda de Sonsoles contra CORALIA SL, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la sentencia que dictó el referido Juzgado el día siete de marzo de dos mil doce.

Han comparecido en esta alzada la parte apelante Sonsoles, representada por el procurador de los tribunales Sr. Ignacio López Chocarro y defendida por el letrado Sr. José Félix Alonso Cuevillas, así como la demandada en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Ángel Montero Brusell y defendida por la letrada Sra. María LLuisa Quart Sintés.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: FALLO: << *Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Sonsoles contra CORALIA SL con imposición de costas a la parte demandante* >>.

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día veintitrés de enero pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH.

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**



**PRIMERO** . El objeto del proceso de que dimana el presente recurso está constituido por el ejercicio de una acción de impugnación por parte de Sonsoles de los acuerdos sociales 1º, 3º, 4º, 5º y 7º adoptados en la junta general extraordinaria de 25 de noviembre de 2010 de CORALIA SL. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la acción ejercitada y frente a ella recurre la mentada demandante.

**SEGUNDO** . En cuanto al primer punto del orden del día, *examen y aprobación, si procede, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio 2009* , la parte apelante reitera la existencia de infracción del derecho de información del socio y por ello pretende su nulidad.

La sentencia de primera instancia señaló, al respecto, que no existía vulneración de aquel derecho por cuanto, tal y como quedó acreditado en el acta notarial de la junta impugnada, la totalidad de los documentos solicitados por la demandante le fueron facilitados con anterioridad a la celebración de la junta, incluidos los informes del órgano de administración relativos al aumento del capital social.

Para contextualizar el presente procedimiento se debe recordar que, como la propia parte apelante señala en su recurso, el accionariado de CORALIA SL tiene un marcado carácter familiar ya que sólo está compuesto por la actora y su hermano. También debe resaltarse, aunque no es un hecho controvertido, que el único activo de la sociedad demandada es una vivienda unifamiliar situada en la Costa Brava, de ahí que los únicos apuntes contables se refieran a los ingresos por arrendamiento de los socios y los gastos corrientes de suministros o impuestos.

El día 8 de noviembre de 2010 se entregó a la recurrente, el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2009, un ejemplar de las cuentas anuales de 2009 y el informe del órgano de administración sobre las propuestas de acuerdos de los aumentos de capital social a efectuar, por aportaciones dinerarias y por compensación de créditos (docs. 14, 15 y 16 de la demanda). El día 13 de noviembre de 2010 y mediante burofax, la actora solicitó, a fin de verificar las cuentas anuales, el examen en la sede social de los documentos contables que daban soporte a las mismas. Ello, si bien se denegó en un principio (el lunes 15 de noviembre doc. 20 -fs.176 y 177-), posteriormente, el 19 de noviembre de 2010, mediante burofax remitido en la misma fecha se autorizó (doc. 22 de la demanda,-f.183-) a que el lunes día 22 del mismo mes y año a las 11 horas pudiera examinar, no en la sede social que se hallaba en obras en aquel momento sino en Paseo Sant Joan núm. 104 2º/2ª de esta ciudad, *todos los documentos que han servido de soporte y antecedentes de las cuentas anuales que podrá trasladar al experto contable de su confianza* . No consta que la parte demandante hiciera uso de la facultad. El día 23 de noviembre consta la entrega a un representante de la actora de: *Facturas recibidas de suministros y servicios identificados con el número de registro 1 al 31; Extracto de la cuenta corriente en La Caixa con núm. NUM000 ; Justificante de pago a cuenta de acreedores; Recibo de impuesto de Bienes Inmuebles; Libro Diario Balance de situación y Balance pérdidas y ganancias* . En el acuse de recibo de dicha entrega constan las manifestaciones del representante en las que se indica que *falta la información solicitada en los burofaxes de 12 de febrero* . En particular y por lo que respecta al ámbito de la presente impugnación, en el referido burofax de 13 de febrero (y no del 12), se requería la entrega de soportes documentales y antecedentes que han servido para formalizar los asientos contables y posteriormente confeccionar las cuentas, los contratos de alquiler, los de suministros y justificantes de cuentas corrientes con socios y administrador. Sin embargo, en cuanto al primer apartado de la información requerida, se halla dentro de la facultad contenida en el art 272.3 LSC de la que no consta que se hiciera uso y en cuanto a lo segundo en la diligencia de entrega del 23 de noviembre de 2010 se constata que sí se hizo entrega de lo requerido. Todo ello además de la puesta a disposición de la actora el día 8 de noviembre de 2010 de la documentación ya referida.

Si se examina el contenido de la petición de información por parte de la actora en el acta de la junta, se debe concluir que no existió falta de información pues los pagos computados en ese ejercicio social son: (i) el pago de 10.000 € a cuenta de la factura definitiva por instalaciones de medidas de seguridad y vigilancia en el inmueble propiedad de la sociedad, se ha justificado tanto su motivo (doc. 4 de la contestación) como su contabilización (en la documental aportada en el acto de la audiencia previa) y (ii) el plano topográfico de la finca necesario para el deslinde la zona marítimo terrestre (doc. 6 contestación), cuya factura a cargo de la sociedad la emitió el topógrafo Sr. Candido . Toda esta documentación, junto con el extracto bancario de la única cuenta corriente abierta por la sociedad demandada, se entregó a la recurrente en su día previamente a la celebración de junta impugnada. Por último la alegación de que no se entregaron los originales de los documentos sino su fotocopia, no repercute en el derecho de información del socio.

Señala la STS de 26 de mayo de 2008 que " *El derecho de información del socio ha sido configurado por esta Sala como "[de] naturaleza pública y, por tanto, de carácter imperativo" ( SSTS de 8 noviembre 2007 ) , además se trata de un derecho "inderogable e irrenunciable, se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar los datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día" ( STS de 22 febrero 2007 y las allí citadas, así como las de 28 marzo y 8 noviembre 2007 )"* .



En las presentes actuaciones no se prueba una falta de información sobre las cuentas anuales a la parte demandante por lo que no existe una infracción de los arts. 93.1 d) y 196 LSC ya que ante la solicitud de la parte actora se proporcionó, de manera suficiente, la información interesada. Por otro lado, tampoco consta que se denegara el ejercicio de la facultad establecida en el art 272.3 LSC, que debe entenderse con total independencia al derecho del socio minoritario que se practique una auditoría a fin y efecto de verificar las cuentas anuales. Esto último, en nuestro caso, ya se había llevado a cabo pues, a petición de la propia actora, se nombró por el Registro Mercantil un auditor a fin y efecto de informar sobre las cuentas de 2009. En el doc.14 se aporta el informe del auditor designado por el Registro Mercantil, Sr. Edmundo , sobre las cuentas anuales de 2009, en el que se emite opinión de que *" las cuentas anuales del ejercicio 2009 adjuntas, expresan todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y la situación financiera de CORALIA SL a 31 de diciembre de 2009...y contienen la información necesaria y suficiente para la interpretación y comprensión adecuada, de conformidad con los principios y normas contable generalmente aceptados que guardan uniformidad con los aplicados en el ejercicio anterior"* .

La referida STS de 26 de mayo de 2008 señala al respecto que *"De este modo, un informe en el que el auditor se reserva la opinión por no haber obtenido él mismo la información necesaria para llegar a las conclusiones adecuadas, produce al mismo tiempo la falta de información del socio, por lo que debe concluirse que se ha vulnerado este derecho al faltar claramente informe sobre las cuentas"*. En este sentido, a sensu contrario, no habiéndose puesto de relieve ninguna irregularidad en las cuentas auditadas que se iban a aprobar y constado la puesta a disposición de la actora la información relativa al asunto que conformaba el primer punto del orden del día no procede la impugnación formulada.

**TERCERO.** En cuanto al tercer punto del orden del día de la junta impugnada, esto es *examen y aprobación, si procede, de la gestión del órgano de administración durante el ejercicio 2009*, en el recurso se reitera la imputación a la administración social de que actuó sin la diligencia debida y que incluyó gastos que no corresponden a ese ejercicio. Sin embargo no hay prueba de tales alegaciones. En el propio escrito de demanda, al fundamentar la impugnación de ese acuerdo, no se hace mención a documento o a otro medio de prueba, que justifique esa impugnación. Al respecto se alega en la demanda, de una forma genérica, una falta de diligencia por parte del órgano de administración y se anuda, en el escrito de demanda (f. 17), a la infracción del derecho de información que fundamenta la impugnación del primer punto del orden día que ya hemos examinado, por lo que procede desestimarla.

**CUARTO.** La impugnación del punto cuarto del orden del día referido a la adopción del acuerdo del aumento del capital social por aportaciones dinerarias mediante la emisión de nuevas participaciones sociales, se fundamentó en la infracción del derecho información del art 196 LSC, por cuanto (i) no quedaba justificada la necesidad de la ampliación del capital social, (ii) por ser contrario a la Ley en cuanto infringía los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil (CC) al actuar con abuso de derecho y fraude de Ley y, por último, (iii) por resultar anulable al perjudicar los intereses sociales en beneficio exclusivo de un socio.

En primer lugar se debe tener en cuenta que se propuso como punto cuarto del orden del día de la junta impugnada, el aumento del capital social por un importe de 324.479,90 euros mediante la emisión y puesta en circulación de 5.399 nuevas participaciones sociales por su valor nominal de 60,10 euros cada una, sin prima de emisión. El contravalor consistiría en aportaciones dinerarias y las participaciones emitidas quedarán suscritas y desembolsadas.

Se debe recordar que, aun no siendo obligatorio (ya que la Ley de Sociedades de Capital no lo previene así, como antes tampoco la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -LSRL-), el órgano de administración de CORALIA SL emitió un informe, para la junta objeto de impugnación, al efecto de dar mayor información a los socios respecto de la necesidad de dicho acuerdo.

En este sentido debemos indicar que las obras de rehabilitación de la finca, que era la razón que justificaba la ampliación del capital, tienen un carácter de inversión por lo que el aumento real del valor de la finca tiene esa consideración. La necesidad de acometer las obras se constató por el oficio remitido por el Ayuntamiento de Sant Feliu de Guixols, y ante la falta de efectivo en las arcas sociales se acordó el aumento. En el informe elaborado por la administración social se indicaba que el aumento se enmarcaba en *" la necesidad de proceder a una profunda reforma del inmueble de la sociedad dada la antigüedad de su construcción que data de los años setenta del paso siglo, para lo cual es preciso una inyección de efectivo metálico"* (f.123). La anterior información resulta suficiente dadas las particulares características de la sociedad. No es un hecho controvertido que la propia actora ha utilizado y disfrutado de la finca y conoce su estado por lo que la información facilitada resulta suficiente.

Tanto el abuso de derecho como el fraude ley necesitan de la prueba oportuna. En primer lugar ya hemos señalado que se justificó en la medida necesaria el aumento del capital. Tampoco el hecho de que la



ampliación se propusiera sin prima de emisión abunda en la idea del abuso de derecho o del fraude de ley que se tipifican en el Título Preliminar del Código Civil, ya que la prima de emisión no es obligatoria por lo que la no emisión con esas características no defrauda norma alguna ni habilita el abuso de de derecho. Por ello no se advierte que el acuerdo de aumento de capital social cause un perjuicio a la socia minoritaria, la cual, por otro lado, admite que acudió a suscribir el aumento. Cada socio acudió a la ampliación de acuerdo a la proporción de su participación en el capital social de ahí que ello no derive en una lesión del interés social en el beneficio exclusivo del otro socio. Por lo procede desestimar esa impugnación.

**QUINTO.** También se impugna el acuerdo correspondiente al quinto del orden del día relativo al aumento de capital social por compensación de créditos. Tanto en el informe remitido a los socios accionistas como en la propia junta se justificó el aumento de capital por compensación de créditos por la existencia de una aportación de la anterior socia y madre de la actora, Serafina y del otro socio Obdulio , por un importe de 25.591,65 euros de los que se consideró conveniente capitalizar 25.542,50 euros y se añadió que las participaciones que se emitieran, como consecuencia de dicho aumento, serian adjudicadas en su totalidad a Obdulio quien ostentaba el crédito contra la sociedad por haberlo recibido en herencia de su madre y, finalmente, que era un crédito líquido y exigible y cuyos datos concordaban con la contabilidad social, y se acordaba la exclusión del derecho de suscripción preferente de la actora.

Al respecto se precisa en el recurso (alegación quinta del mismo), que se impugna el acuerdo por falta de información precisa; falta de justificación de exigibilidad y realidad del crédito a compensar así como de la necesidad de la supresión del derecho de suscripción preferente (art. 308 LSC). Analizada ya la ausencia de información en general, debe anudarse esa ausencia de información a los motivos concretos que justifican esa impugnación.

1. En cuanto a la infracción del art. 301 de la LSC debemos recordar que este precepto señala que " 1. Cuando el aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada se realice por compensación de créditos, éstos habrán de ser totalmente líquidos y exigibles... 2. Al tiempo de la convocatoria de la junta general se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social". En el doc. 12 de la demanda, consistente en el informe emitido al respecto por el administrador de la demandada y remitido con anterioridad a la junta a la actora, se exponen la naturaleza y características de los créditos, se identifican las aportaciones así como la concordancia de los créditos con la contabilidad social y la cantidad de cada uno de los créditos a compensar. El informe no infringe el derecho de información a la socia demandante con relación al mencionado precepto, ya que se da cumplimiento al mismo pues éste exige que exista una concordancia, y así debe constar, entre los datos relativos a los créditos con la contabilidad social y en la contabilidad social. Efectivamente en el supuesto de ampliación por compensación sí que es preciso el informe de la administración social y, en nuestro caso, se da la concordancia requerida entre la contabilidad social (contabilidad social auditada sin reproche alguno) y el informe, ya que en la cuenta de socios que figura en el balance del ejercicio 2009, representa un crédito líquido y exigible contra la sociedad por un importe de 25.542,50 euros y se refiere a los pagos de suministros e impuestos, por cuenta de la sociedad, efectuados por la anterior socia, Serafina , de ahí que resulta suficiente para advenir la realidad, liquidez y exigibilidad del crédito a compensar, por lo que, en este sentido, ni resultó infringido el precepto ni puede afirmarse que con ello se conculque el derecho de información de la accionante.

2. Ha de recordarse que en el caso de ampliación del capital por compensación de créditos, el socio extingue la obligación ( art. 1156 CC ) que para él deriva del contrato de suscripción de las participaciones con la sociedad que se pone en marcha con el acuerdo de aumento de capital mediante su declaración de voluntad de extinguir el crédito que ostenta contra la sociedad, esto es, compensando el crédito que ostentaba contra la sociedad con el crédito que nace para la sociedad como consecuencia del aumento de capital.

De acuerdo con el art. 304 LSC, los socios de una sociedad anónima o una limitada solo tienen derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital contra aportaciones dinerarias. Como el aumento de capital contra aportaciones dinerarias y el aumento por compensación de créditos están regulados en preceptos distintos (arts. 299 y 301 LSC respectivamente) y el art. 304 LSC se refiere a los aumentos contra " aportaciones dinerarias " exclusivamente para reconocer la existencia de derecho a asumir las nuevas participaciones, se suele concluir que no hay derecho de asunción/suscripción preferente en el caso de aumentos de capital por compensación de créditos.

La exclusión legal del derecho de preferencia en los aumentos de capital por compensación de créditos puede derivar en una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada por el interés de la sociedad. La



STS de 27 de marzo de 2009 ya señala que la supresión del derecho de suscripción preferente en un acuerdo de ampliación del capital social no debe evidenciar una maniobra para modificar la distribución del capital social en perjuicio de determinados accionistas sino que necesariamente debe estar presidida por un interés de la sociedad que así lo exija. En las presentes actuaciones no se ha evidenciado la existencia de una maniobra para modificar la distribución del capital social en perjuicio de la parte actora que supondría una infracción directa del art 308.1 LSC que requiere, inexorablemente, la presencia de ese interés social, ya que no se advierte disfunción alguna al respecto.

La impugnación del acuerdo 7º del orden de día se desestima en la medida en que queda anudado inexorablemente a la impugnación de los acuerdos 3º y 5º del orden del día de la junta.

Todo lo dicho lleva a desestimar el recurso.

**SEXTO.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Sonsoles contra la sentencia del Juzgado Mercantil número Cinco de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.