



Roj: **SAP M 7849/2016 - ECLI: ES:APM:2016:7849**

Id Cendoj: **28079370282016100184**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **13/06/2016**

Nº de Recurso: **433/2014**

Nº de Resolución: **232/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0125308

ROLLO DE APELACIÓN Nº **433/2014**.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 3/2012.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Parte recurrente: DENCIA, S.A.

Procuradora: D<sup>a</sup> María Luisa Montero Correal

Letrado: D. Francisco Javier Ruiz Paredes

Parte recurrida: D. Jose Ramón

Procuradora: D<sup>a</sup> Ana Caro Romero

Letrado: D. Daniel Sáez Castro

### **SENTENCIA n° 232/2016**

En Madrid, a trece de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Francisco de Borja Villena Cortés, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 3/2012 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Cuatro de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día diecisiete de febrero de dos mil catorce.

Ha comparecido en esta alzada la apelante, DENCIA, S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María Luisa Montero Correal y asistida del Letrado D. Francisco Javier Ruiz Paredes, así como la parte apelada, D. Jose Ramón, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Caro Romero y asistida del Letrado D. Daniel Sáez Castro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Ana Caro Romero, en nombre y representación de D. Jose Ramón contra DENCIA S.A., representada por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Montero Correal en materia de impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General del día 14 de julio de 2011, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo de ampliación del capital social adoptado, sin expresa condena en costas."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia



Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día nueve de junio de dos mil dieciséis.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Jose Ramón interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil DENCIA, S.A. en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales adoptados en la junta general de accionistas celebrada en fecha 14 de julio de 2011 por resultar los acuerdos nulos de pleno derecho.

En concreto se solicitó la nulidad del acuerdo de aprobación de las Cuentas Anuales del ejercicio 2010 y del acuerdo de aplicación del resultado y la nulidad del acuerdo de ampliación de capital por infracción de los requisitos para su adopción y del derecho de información.

En la demanda se señalaba además que el actor fue destituido indebidamente como miembro del consejo y que el número de consejeros que adoptó el acuerdo de convocatoria era insuficiente.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil rechazó la existencia de defecto alguno en la convocatoria de la junta en cuanto el acuerdo de una junta previa por el que se destituyó al actor no había sido suspendido, destacando además que el acuerdo del consejo de administración por el que se convocó la junta cuyos acuerdos se impugnan no solo no fue suspendido sino que ni siquiera fue impugnado.

La sentencia desestima la impugnación del acuerdo aprobatorio de las Cuentas Anuales del ejercicio 2010 pues no se concretan defectos que determinen que dichas Cuentas no respetan la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial de la sociedad ni se especifica la hipotética infracción de la normativa contable, al margen de que las Cuentas han sido auditadas con informe favorable.

Por cuanto se refiere al acuerdo de ampliación de capital las infracciones legales denunciadas se referían a la falta de indicación de los créditos que fueran a ser objeto de compensación, de si al menos el 255 son líquidos, vencidos y exigibles, ni su vencimiento, como tampoco se puso a disposición de los socios el informe de los administradores ni el certificado del auditor de cuentas exigibles. Se añadía que el aumento de capital resultaba insuficiente pues aunque fuera íntegramente suscrito no podría hacer frente a las deudas sociales y acometer el plan de negocios y además los socios mayoritarios únicamente querían incrementar su participación en la sociedad.

Señala la sentencia que el informe del consejo de administración que se adjuntó a la convocatoria y fue entregado a los socios establece la cuantía de la ampliación y la posibilidad de efectuarla mediante aportaciones dinerarias o por compensación de créditos, lo que colmaba las exigencias referidas al orden del día.

Sin embargo el aumento por compensación de créditos no cumplía con los requisitos legales puesto que no se aportó la certificación del auditor, ni tampoco el del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar según exige el artículo 301 TRLSC.

La junta delegó en el consejo la fijación de las condiciones de la ampliación en los referidos términos y finalmente el consejo optó por una ampliación de capital mediante aportación dineraria al no constar los preceptivos informes que permitieran efectuar la ampliación mediante compensación de créditos.

Considera la sentencia que la propuesta de ampliación de capital mediante compensación de créditos requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 301 TRLSC ya que el socio debe disponer de la información necesaria para decidir si procede o no la ampliación por este sistema y en ese momento no se disponía de la información prevista legalmente. La delegación tal y como se efectuó no era admisible, lo que determina la nulidad del acuerdo.

SEGUNDO. Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por DENCIA, S.A.

Tras efectuar unas alegaciones previas en las que manifiesta que el accionista demandante mantiene una estrategia de bloqueo, el primero de los motivos del recurso mantiene que el acuerdo y su ejecución cumplen con los requisitos legales establecidos.

A tal efecto señala que el acuerdo de ampliación de capital permitía que fuera efectuado mediante aportaciones dinerarias "o bien" mediante la compensación de créditos (lo que denomina "propuesta de ampliación de capital mixta"). El Consejo de Administración reconoció durante la ejecución que no era posible la ampliación de capital por la vía de la compensación de créditos por lo que se decide efectuar la ampliación por la vía de la aportación dineraria, y así se ejecutó. Entiende la parte recurrente que aun pudiendo ser nula



la propuesta de ampliación de capital mediante compensación de créditos no lo es la propuesta mediante aportación dineraria.

Como segundo de los motivos del recurso se alega la caducidad de las acciones por haberse ejercitado más allá del plazo de cuarenta días que prevé el artículo 205.2 TRLSC por cuanto la propuesta de ampliación de capital mediante aportación dineraria no es nula.

El escrito de oposición al recurso presentado por D. Jose Ramón rechaza la pretendida actuación obstruccionista señalando que expresó, junto con otros socios, su rechazo a continuar aportando fondos si previamente no se aportaba un plan de viabilidad sobre unas cuentas revisadas que permitiesen conocer la verdadera situación de la sociedad pues el negocio no era rentable y la sociedad estaba abocada al cese de actividad e incluso al concurso. Rechaza también que la ampliación de capital fuera condición necesaria para obtener la refinanciación del crédito suscrito con Caixa Galicia, pues fue anterior al acuerdo impugnado y se obtuvo por la concesión de una garantía hipotecaria.

Reitera el escrito de oposición el incumplimiento de los requisitos previstos legalmente para la adopción de un acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos y añade que el Consejo de Administración acordó que la ampliación se llevase a cabo mediante la aportación dineraria y al mismo tiempo que los importes en concepto de préstamo realizados por los accionistas que acudan a la ampliación serían devueltos conforme se reciban los ingresos de la ampliación, de manera que la capitalización del crédito se sustituye por la aportación dineraria con devolución del préstamo del socio. Se consigue por la vía de los hechos lo que no podía efectuarse por no cumplir los requisitos legales. Señala también que el consejo no podía completar un acuerdo que adolecía de los requisitos legales y finalmente modificó la propuesta.

TERCERO. La propuesta de ampliación sometida a los socios en la Junta celebrada en fecha 14 de julio de 2011, según el informe justificativo, consistía en la ampliación de capital en la cifra de 154.264,68 euros con la emisión de nuevas acciones bien mediante aportaciones dinerarias o bien mediante la compensación de créditos. Se propuso también facultar al Consejo de Administración para fijar las condiciones de la ampliación.

El acuerdo fue aprobado con el voto favorable de accionistas que representaban el 53,11585 del capital.

El Consejo de Administración aceptó la delegación de facultades y en su reunión de 19 de julio de 2011 acordó que la ampliación se efectuase por medio de aportaciones dinerarias "al no existir el informe necesario para llevar a cabo la compensación de créditos". Añade dicho acuerdo que "Los importes en concepto de préstamo realizados por los accionistas que acudan a la Ampliación, serán devueltos conforme se reciban los ingresos de la Ampliación".

Con carácter previo hemos de precisar que ni la propuesta de ampliación de capital ni el acuerdo adoptado se refieren propiamente a un aumento de capital mixto. Se trata de un acuerdo que delega en el consejo de administración la decisión sobre el contravalor, bien mediante aportaciones dinerarias o bien mediante compensación de créditos.

También hemos de precisar que la nulidad no recae sobre la propuesta ni sobre la ejecución del acuerdo sino sobre el acuerdo mismo. Es éste el que debe ajustarse a los requisitos legales cuya inobservancia determina su nulidad.

#### 1. El aumento de capital por compensación de créditos.

Los requisitos establecidos en el artículo 301 TRLSC para la adopción de acuerdos de capital por compensación de créditos imponen, en el caso de las sociedades anónimas, que un veinticinco por ciento de los créditos a compensar resulten líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no pueda ser superior a cinco años. De este modo, "al tiempo de la convocatoria" - apartado segundo del citado precepto - debe ponerse 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 acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que necesariamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social.

Igualmente, en la sociedad anónima, "al tiempo de la convocatoria" - apartado tercero del citado precepto - se debe poner a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuantas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores.

Tanto la información específica a facilitar a los accionistas por el órgano de administración como la información sobre el control externo efectuado resultan esenciales para la validez del acuerdo.



No resulta controvertido que dichos requisitos no se habían cumplido, de manera que el acuerdo de aumento de capital no cumplía con los presupuestos legales para su adopción.

2. La delegación en el órgano de administración de la facultad de fijar las condiciones del aumento de capital.

Al margen de los supuestos de capital autorizado, el artículo 297 TRLSC contempla la posibilidad de que en las sociedades anónimas la junta general pueda delegar la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo de aumento de capital deba llevarse a efecto y de "fijar las condiciones del mismo en lo no previsto en el acuerdo de la junta".

No es admisible que la junta delegue en el consejo de administración la posibilidad de efectuar el aumento de capital por compensación de créditos si los requisitos legales no se han cumplido, no tanto por la imposibilidad de efectuar delegaciones para integrar el acuerdo de aumento de capital sino porque, sea cual fuese la actuación del consejo, el acuerdo ya sería nulo.

En definitiva, la delegación se efectúa en relación a un acuerdo ya adoptado, de manera que no es posible que el órgano de administración pueda convalidar un acuerdo nulo. En ningún caso podría "integrar" un acuerdo nulo.

Resulta por tanto irrelevante si el consejo decidió optar por un contravalor u otro. Las normas imperativas que regulan los aumentos de capital con cargo a reservas ya se habían vulnerado.

Tampoco es posible ex post modificar el acuerdo tal y como se adoptó, de manera que se divida en dos acuerdos, uno de aumento por medio de aportaciones dinerarias - válido - y otro de aumento por compensación de créditos - nulo -.

El acuerdo es uno, y permitía efectuar el aumento por compensación de créditos sin cumplir con los requisitos impuestos legalmente para su adopción. Esto ya supone la nulidad del acuerdo, sea cual sea la opción que adopte el consejo sobre el contravalor. Si la facultad de delegación se refiere a un acuerdo nulo sigue siendo nulo dicho acuerdo. La facultad de delegación no convalida un acuerdo nulo ni es posible tampoco que la delegación permitiera eludir los requisitos establecidos al efecto, completando posteriormente presupuestos de información que eran exigibles al tiempo de la convocatoria.

En definitiva, las facultades de delegación establecidas en el artículo 297 TRLSC para integrar el acuerdo de aumento de capital son amplias pero no sirven para convalidar un acuerdo que es nulo en el momento de su adopción, en cuanto se adoptaba un acuerdo que permitía el aumento de capital por compensación de créditos sin cumplir los requisitos establecidos legalmente.

Pero es que, además, tampoco existió realmente una opción del consejo por el contravalor consistente en las aportaciones dinerarias, como veremos a continuación.

3. Compensación circunstancial vs. Aumento por compensación de créditos encubierto.

Es posible que, acordado el aumento de capital con aportaciones dinerarias y emitidas las acciones, algún suscriptor pueda alegar la compensación de la cantidad que deba aportar con el crédito que ostente frente a la sociedad. Es esta una compensación circunstancial en principio admisible sin perjuicio de que deba examinarse cada caso concreto para evitar fraudes.

Sin embargo no es lo que aquí sucedió.

El consejo expresamente reconocía que no era posible proceder al aumento de capital por compensación de créditos ya que no se cumplían los requisitos impuestos legalmente: "al no existir el informe necesario". En realidad no se cumplían cuando se adoptó el acuerdo de aumento de capital, lo que determinaba su nulidad.

Es el consejo quien simultáneamente con la opción por aumentar el capital mediante aportaciones dinerarias, acuerda que "Los importes en concepto de préstamo realizados por los accionistas que acudan a la Ampliación, serán devueltos conforme se reciban los ingresos de la Ampliación".

En realidad, lo que acuerda finalmente el consejo de administración es una compensación encubierta.

Bajo una aparente opción por la aportación dineraria, en realidad se procede a extinguir créditos en la medida en que se aumenta el capital. Se canjean créditos por acciones y se reduce el pasivo exigible. Esto es lo acordado, por mucho que se quiera denominar de otra forma.

Finalmente, el motivo del recurso relativo a la caducidad de la acción debe ser igualmente rechazado. La impugnación se fundaba en que el acuerdo era nulo de pleno derecho y la nulidad se sustenta en la infracción legal, de manera que resulta aplicable el plazo de caducidad de un año previsto para la impugnación de acuerdos nulos - artículo 205.1 TRLSC, en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 -.

Visto lo expuesto el recurso debe ser desestimado.



CUARTO. Las costas derivadas del recurso deben ser impuestas a la parte recurrente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

#### **FALLAMOS**

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por DENCIA, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Cuatro de Madrid en el proceso del que dimanán las actuaciones, y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas derivadas del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ .

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ . De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

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