



Roj: **STS 32/2023 - ECLI:ES:TS:2023:32**

Id Cendoj: **28079110012023100008**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2023**

Nº de Recurso: **2861/2019**

Nº de Resolución: **3/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Pontevedra, núm. 1, 26-06-2018 (proc. 235/2017),
SAP PO 777/2019,
STS 32/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 3/2023

Fecha de sentencia: 10/01/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2861/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2861/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 3/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 10 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra como consecuencia de autos de juicio ordinario seguido ante el Juzgado de lo **Mercantil** núm. 1 de Pontevedra. Es parte recurrente la entidad Pescanova S.A., representada por la procuradora Rosa García González y bajo la dirección letrada de Kepa Loizaga Iruretagoyena. Es parte recurrida la entidad Nueva Pescanova S.L., representada por la procuradora Patricia Cabido Valladar y bajo la dirección letrada de Jesús Remón Peñalver y Gregorio .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Manuel Rodríguez Nieto, en nombre y representación de la entidad Pescanova S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo **Mercantil** núm. 1 de Pontevedra, contra la entidad Nueva Pescanova S.L., para que se dictase sentencia por la que:

"con estimación de la demanda:

"1º) Declare la nulidad de los acuerdos de aumento del capital social de NUEVA PESCANOVA S.L. adoptados en los puntos primero a séptimo del orden del día de su Junta General Extraordinaria de socios celebrada el día 19 de abril de 2017.

"2º) Condene a la demandada Nueva Pescanova S.L. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en particular, a dejar sin efecto todos cuantos acuerdos y actos puedan haberse realizado en virtud de aquellos acuerdos.

"3º) Ordene la inscripción de esta Sentencia en el Registro **Mercantil** de Pontevedra y la publicación de su extracto en el Boletín Oficial del Registro **Mercantil**.

"4º) Ordene la cancelación de la inscripción en el Registro **Mercantil** de Pontevedra de los acuerdos declarados nulos y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con esta declaración de nulidad.

"5º) Condene a la demandada al pago de las costas procesales".

2. La procuradora Patricia Cabido Valladar, en representación de la entidad Nueva Pescanova S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda y condene en costas a la parte actora".

3. El Juzgado de lo **Mercantil** núm. 1 de Pontevedra dictó sentencia con fecha 26 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por Pescanova, S.A., frente a Nueva Pescanova, S.L.; sin expreso pronunciamiento sobre las costas procesales".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Pescanova S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra mediante sentencia de 27 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Pescanova S.A. contra la sentencia dictada en fecha 26 de junio de 2018 por el Juzgado de lo **Mercantil** 1 Pontevedra, en el juicio ordinario nº 235/2017, confirmando la misma con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Manuel Rodríguez Nieto, en representación de la entidad Pescanova S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

El motivo del recurso de casación fue:



"1º) Infracción del art. 204.1 LSC por no haberse estimado el carácter abusivo de los acuerdos sociales impugnados, tenido dicha norma una vigencia inferior a cinco años y sin que exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".

2. Por diligencia de ordenación de 10 de mayo de 2019, la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Pescanova S.A., representada por la procuradora Rosa García González; y como parte recurrida la entidad Nueva Pescanova S.L., representada por la procuradora Patricia Cabido Valladar.

4. Esta sala dictó auto de fecha 14 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Pescanova S.A. contra la sentencia dictada con fecha 27 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 591/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 235/2017 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Nueva Pescanova S.L. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de diciembre de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

Nueva Pescanova, S.L. (en adelante, Nueva Pescanova) se constituyó como sociedad unipersonal el 30 de junio de 2015, por su único socio Pescanova, S.A. (en adelante, Pescanova).

La junta general extraordinaria de accionistas de Pescanova celebrada el 29 de septiembre de 2015 acordó por amplia mayoría determinadas operaciones de fusión y segregación. Se segregaron todos los activos y la mayoría de pasivos del Grupo Pescanova a favor de Nueva Pescanova, sociedad de la que Pescanova retenía una participación de un 20%, en tanto que el restante 80% pasaba a ser propiedad de los acreedores financieros. Entre otros pasivos segregados destaca, como elemento crucial, la deuda concursal por importe de 670 millones de euros aproximadamente, correspondiente a la llamada opción alternativa a la que se acogió la mayoría de los acreedores concursales.

El patrimonio neto de Nueva Pescanova a 31 de diciembre de 2016 era negativo.

El 30 de diciembre de 2016, Nueva Pescanova suscribió un acuerdo de refinanciación con la mayoría de sus acreedores financieros, que consistía, esencialmente, en la capitalización de una parte relevante del pasivo financiero de la sociedad a 31 de diciembre de 2016, de modo proporcional entre los acreedores, con la opción alternativa de una quita (35%). Esta capitalización suponía la realización de un aumento de capital social por compensación de los créditos de que se compone el porcentaje del pasivo financiero de la sociedad, emitiendo participaciones a su valor nominal.

El 19 de enero de 2017, el consejo de administración de Nueva Pescanova se reunió para aprobar y ratificar el Acuerdo de Refinanciación. Los consejeros de Pescanova y de Gestión de Participaciones Ría de Vigo S.L., se abstuvieron, haciendo expresa reserva de acciones legales.

El 26 de enero de 2016 se invitó a Pescanova, en cuanto acreedora de créditos no financieros, a adherirse al acuerdo de refinanciación y ejercitar las opciones de capitalización o quita. Después de varias peticiones de aplazamiento, y tras sopesar si le interesaba, la junta general de Pescanova rechazó esta posibilidad (22 de marzo de 2017).

El acuerdo de refinanciación fue homologado judicialmente por auto de 13 de febrero de 2017, sin que fuera luego objeto de impugnación.

El 19 de abril de 2017, se celebró la junta general de Nueva Pescanova en la que se adoptaron seis acuerdos por los que se aumentaba el capital social con amortización de créditos. Los seis aumentos de capital se realizaron mediante la emisión de 135.426.453 participaciones sociales de 1 euro de valor nominal cada una.



Los seis acuerdos de aumento de capital se adoptaron con el voto favorable de las entidades financieras acreedoras, que representaban del 79,91% del capital social y el único voto en contra de Pescanova que representaba el 20% del capital social.

La verificación de este aumento de capital daba lugar a que Pescanova pasara de ostentar el 20 % del capital social de Nueva Pescanova, a quedarse con el 1,65 %. Y, consecuencia de lo anterior, la junta general de Nueva Pescanova celebrada el 27 de junio de 2017 acordó el cese de Pescanova y de Gestión de Participaciones Ría de Vigo S.L. como administradores de la sociedad.

2. Pescanova, por medio de la demanda que inició el presente procedimiento, impugnó los seis acuerdos de aumento de capital adoptados por la junta general de Nueva Pescanova celebrada el 19 de abril de 2017, por haber sido adoptados de forma abusiva y con lesión del interés social de Nueva Pescanova. En la demanda argumentaba que concurrían los tres requisitos legales que acreditaban que su adopción se había llevado a cabo de forma abusiva por la mayoría y, en consecuencia, merecían la sanción de nulidad que impone la Ley:

i) Los acuerdos no responden a la satisfacción de una necesidad razonable de la sociedad (Nueva Pescanova), ii) se adoptaron por la mayoría de los bancos acreedores en un manifiesto conflicto de intereses entre el suyo propio y el interés social de Nueva Pescanova, resuelto por la mayoría en interés propio, y iii) se adoptaron en detrimento injustificado de Pescanova.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. El primer lugar porque consideró que Pescanova carecía de legitimación para impugnar estos acuerdos sociales porque habían sido adoptados en ejecución de los acuerdos de refinanciación, que la ley no le legitimaba para impugnar. Entiende que Pescanova si no estaba de acuerdo, debía haber impugnado el acuerdo del consejo de administración de Nueva Pescanova que aprobaba el acuerdo de refinanciación, y no lo hizo.

A pesar de lo cual, el juzgado entró a analizar los motivos de la impugnación y los desestimó. Por una parte, después de analizar la prueba, concluye que no había quedado acreditado que Nueva Pescanova hubiera creado artificialmente una situación de desequilibrio patrimonial como paso previo para justificar una refinanciación, y la posterior ampliación de capital. Entiende que, *a priori*, sí que existía una necesidad razonable para la sociedad para refinanciarse. Lo cual impedía que pudiera prosperar la acción de impugnación de los acuerdos por la vía del art. 204.1, párrafo 2º, de la LSC, sin necesidad de entrar a valorar si concurrían los otros dos requisitos legales.

Finalmente, en relación con el **derecho** de adquisición preferente, el juzgado advierte que la Ley de Sociedades de Capital no concede el **derecho** de suscripción preferente en supuestos como este de aumento de capital por compensación de créditos, razón por la cual no podía haber irregularidad alguna por el hecho de que no le hubiese sido concedido a Pescanova en las ampliaciones de capital de que aquí se trata.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Pescanova. La Audiencia examina la cuestión de la legitimación activa para impugnar y, en contra de lo decidido por el juzgado, concluye que la demandante sí podía impugnar los acuerdos adoptados por la junta general de socios, al tener la condición de socio, y no estar afectada esta facultad por la restricción de la legitimación para impugnar los acuerdos de refinanciación.

La Audiencia advierte que en atención a las razones aducidas en el motivo de impugnación, la contravención del interés social vendría determinada por el supuesto del párrafo segundo del art. 204.1 LC, por tratarse de un acuerdo impuesto de manera abusiva de la mayoría. Y como concluye en un momento determinado:

"Acción que no puede prosperar por cuanto estaba fundada en la existencia de unos deterioros de activos que consideraba contablemente injustificados y cuya única finalidad era crear una situación económica y contable artificial para enlazar con unos acuerdos sociales de ampliación de capital que, por la forma en que se lleva a cabo, compensación de créditos, reduciría al mínimo la participación de la apelante en la sociedad demandada.

"Atendiendo a la prueba documental, pericial y testifical practicadas no puede tenerse por probado tales hechos, especialmente el hecho base que es la alteración artificial de la contabilidad, y mucho menos la intencionalidad y finalidad de tal supuesta alteración, sobre la que ninguna prueba se ha practicado".

Respecto de la vulneración del **derecho** de suscripción preferente, la Audiencia aclara lo siguiente:

" (...) ni existe un **derecho** de suscripción preferente que haya sido desconocido por los acuerdos impugnados, ni la forma o modalidad de aumento de capital puede decirse que tuviera por finalidad diluir la participación de un socio minoritario al descartarse un interés social como fundamento de los acuerdos, lo que no es el caso, como se ha examinado con anterioridad. Los aumentos de capital impugnados tienen por finalidad capitalizar la sociedad en ejecución de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente para permitir la viabilidad económica de la sociedad en situación de crisis, incurra incluso en causa de disolución, según ha quedado



reflejado contablemente en las cuentas anuales del ejercicio 2015 y del ejercicio 2016, que no consta fueran alteradas en modo alguno para crear una situación de crisis económica de forma artificial".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 204.1 LSC "por no haberse estimado el carácter abusivo de los acuerdos sociales impugnados".

En el desarrollo del motivo el recurrente aclara que a lo largo del procedimiento había sostenido que los acuerdos objeto de impugnación no respondían a una necesidad razonable de Nueva Pescanova por dos razones: porque la ampliación estaría fundada en una situación financiera que habría sido expresamente formada por los socios mayoritarios para justificar la ampliación; y porque la forma de ampliación elegida (contra compensación de créditos) en sí misma no respondía a una necesidad razonable de la sociedad frente a otras alternativas de instrumentación de la ampliación, como la ampliación mediante aportaciones dinerarias de los socios o una ampliación mixta que permitiera a Pescanova mantener su porcentaje de participación en el capital social del 20%.

Admite que el primero de los motivos ha sido desestimado tras una valoración exhaustiva por los tribunales de instancia de las pruebas periciales, y se centra ahora en el segundo motivo.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación

2. *Desestimación del motivo.* Para resolver el motivo es muy relevante tener en cuenta las circunstancias en torno a las cuales la junta general de Nueva Pescanova adoptó los acuerdos impugnados.

Los acuerdos impugnados eran de ampliación de capital social por compensación de deudas y con ellos se daba cumplimiento al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, al amparo de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal (en adelante, DA4ª LC), entonces vigente. Se trataba de unos acuerdos alcanzados por el deudor, en este caso Nueva Pescanova, y la mayoría cualificada de sus acreedores financieros.

El acuerdo de refinanciación contenía una capitalización de deuda, la conversión de créditos (financieros) en participaciones de la sociedad deudora, y alternativamente una quita (35% de la participación en cada uno de los tramos del pasivo financiero). Para ello, en ejecución del acuerdo de refinanciación, bajo la normativa entonces en vigor (apartado 3, letra b), ordinal 3º de la DA4ª LC), era necesario que la junta de socios de la entidad adoptara el preceptivo acuerdo de ampliación de capital social.

Concurre la circunstancia de que, como Nueva Pescanova es una sociedad creada en la reestructuración realizada antes del grupo Pescanova, la mayoría del capital social de Nueva Pescanova era titularidad de entidades financieras.

El motivo de impugnación de los acuerdos sociales de ampliación de capital social por compensación de créditos era que habían sido adoptados con abuso de la mayoría, conforme a la nueva regulación del art. 204.1 LSC, introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Este precepto vigente cuando se adoptaron los acuerdos impugnados prescribe lo siguiente:

"1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

"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".

La norma extiende la originaria causa de "lesión al interés social" (en beneficio de uno o varios socios o de terceros), a los acuerdos impuestos "de manera abusiva por la mayoría", aunque no se cause un daño al patrimonio de la sociedad. Para facilitar su aplicación, la propia norma aporta algunas pautas para su apreciación, en concreto requiere la concurrencia de tres requisitos: que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad; que se haya adoptado por la mayoría en interés propio; y que ocasione un perjuicio injustificado a los demás socios. Estos tres requisitos deben concurrir cumulativamente.

3. En nuestro caso, quien impugna los acuerdos de ampliación de capital social es una socia minoritaria, Pescanova, que ostentaba el 20% del capital social. Entiende que los socios mayoritarios, entidades financieras



que están directamente interesadas en el acuerdo de refinanciación y en la opción de capitalización de deuda mediante la conversión de créditos en participaciones de la sociedad, han impuesto esta fórmula que permite diluir la presencia de Pescanova en la sociedad, que tras la capitalización de deuda pasaría a tener un porcentaje muy reducido (1,65%).

Es cierto que los socios mayoritarios que votaron a favor de los acuerdos de ampliación de capital social son entidades financieras, que a su vez tenían créditos financieros frente a la sociedad Nueva Pescanova, y que a través de esta forma de refinanciación reforzaban su participación en el capital social en la entidad. Pero esto, por sí solo, no determina o muestra que el acuerdo se haya impuesto con abuso de la mayoría.

Entre los requisitos legales antes destacados, no concurre el primero, pues los acuerdos impugnados de ampliación de capital por amortización de deuda constituyen una ejecución del acuerdo de refinanciación homologado. Respondían a una necesidad inmediata y mediata de la sociedad. Había una necesidad inmediata de dar cumplimiento al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, por ser el único cauce para lograrlo, y su no adopción frustraría el acuerdo de refinanciación, con las consecuencias para la compañía que podría quedar abocada a la disolución y, en su caso, liquidación concursal. El acuerdo de refinanciación había sido ratificado por el consejo de administración de la sociedad en su reunión del día 19 de enero de 2017, a la que asistieron dos consejeros designados a instancia de Pescanova, quienes se limitaron a abstenerse. Y el acuerdo del consejo de administración no fue impugnado.

Y, al hilo de lo anterior, existía también una necesidad mediata pues, como ya ha quedado claro y no se discute, el acuerdo de refinanciación respondía a una situación de crisis económica de la compañía que por deudas, esencialmente financieras, tenía fondos propios negativos. De tal forma que había una necesidad real de refinanciación.

4. La circunstancia de que hubiera podido optarse por otras fórmulas alternativas de refinanciación, más acordes con el interés de Pescanova de que no se diluyera su participación en Nueva Pescanova, como la ampliación de capital con cargo a aportaciones, o por tramos, que conciliara los intereses de los socios financieros de ampliación con conversión de créditos y de Pescanova de ampliación con cargo a aportaciones, no es tan relevante en este caso como para excluir la necesidad de los acuerdos.

En primer lugar, porque existía la reseñada necesidad de dar cumplimiento al concreto acuerdo de refinanciación homologado judicialmente. Esta necesidad tenía un respaldo legal. Como un incentivo negativo, el art. 165 LC tipificaba como una presunción *iuris tantum* de concurso culpable la negativa, sin causa razonable, a dar cumplimiento a los acuerdos de refinanciación que conllevaran la capitalización de deuda, mediante la adopción de los preceptivos acuerdos sociales de ampliación de capital social, siempre que con ello se hubiera frustrado el acuerdo de refinanciación y se hubiera acabado abriendo el concurso de acreedores.

En segundo lugar porque, existiendo una necesidad real de refinanciación para evitar la insolvencia de la compañía, aunque hubiera varias opciones lícitas, está en la legítima voluntad de la mayoría optar por la que se acomode mejor a sus intereses y no por otra que podría ajustarse mejor a los intereses del socio minoritario. Además, el acuerdo de refinanciación alcanzado fue sometido a la ratificación del consejo de administración (el 19 de enero de 2017), en el que el socio minoritario estaba representado, sin que los consejeros por él designados hubieran votado en contra (se abstuvieran), ni se hubiera impugnado el acuerdo del consejo. Todo ello con carácter previo a la homologación judicial (13 de febrero de 2017).

Por otra parte, consta que se invitó a Pescanova, en cuanto acreedora de créditos no financieros, a adherirse al acuerdo de refinanciación y ejercitar las opciones de capitalización o quita (26 de enero de 2016), y tras sopesar si le interesaba lo rechazó (en la junta de 22 de marzo de 2017), por el sacrificio patrimonial que le implicaba (como al de cualquier acreedor financiero sometido o arrastrado por el acuerdo).

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, se imponen las costas del recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Pescanova, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) de 27 de marzo de 2019 (rollo 591/2018), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo **Mercantil** núm. 1 de Pontevedra de 26 de junio de 2018 (juicio ordinario 235/2017).



2.º Imponer las costas del recurso de casación a parte recurrente.

3.º Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ