



Roj: **SAP B 8163/2020 - ECLI:ES:APB:2020:8163**

Id Cendoj: **08019370152020101764**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/09/2020**

Nº de Recurso: **272/2020**

Nº de Resolución: **1850/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 8, 25-11-2019 ,
SAP B 8163/2020**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120198006951

Recurso de apelación 272/2020 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) 536/2019

Parte recurrente/Solicitante: Hipolito

Procurador/a: Asuncion Vila Ripoll

Abogado/a: Ricardo Hijós Gonzalez

Parte recurrida: 08950 TU INMOBILIARIA S.L.

Procurador/a: M^a Isabel Pereira Mañas

Abogado/a:

Cuestiones: Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales. Impugnación de la ejecución de un acuerdo aprobado.

SENTENCIA núm. 1850/2020

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

LUÍS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO MANUEL DIAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a catorce de septiembre de dos mil veinte.

Parte apelante: Hipolito .

Parte apelada: 08950 Tu Inmobiliaria, S.L.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 25 de noviembre de 2019.

Parte demandante: Hipolito .

Parte demandada: 08950 Tu Inmobiliaria, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Hipolito y en consecuencia:

1.- *ABSUELVO a la sociedad de capital "08950 TU INMOBILIARIA, cuantos pedimentos de habían deducido en su contra en este juicio.*

2.- *CONDENO al demandante D. Hipolito a que pague las costas procesales de la primera instancia de este juicio, con expresa declaración de temeridad a los efectos del artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."*

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose al recurso 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 30 de abril de 2020.

Ponente: José M^a Fernández Seijo.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. Hipolito interpuso demanda de juicio ordinario contra 08950 Tu Inmobiliaria, S.L. (Tu Inmobiliaria) en la que reclamaba la nulidad de los actos realizados por la administradora única de la citada mercantil en ejecución de los acuerdos sociales adoptados en junta extraordinaria de socios de la citada mercantil el 8 de octubre de 2018. Los actos cuestionados eran los referidos a la ejecución de una operación de ampliación de capital adoptados en la junta de referencia.

2. Tu Inmobiliaria se opuso a lo pretendido de contrario conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda. En su escrito hizo referencia a la validez de los acuerdos adoptados y la corrección del modo en el que fueron ejecutados por la administradora de la sociedad.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia desestimando las pretensiones de la parte demandante e imponiéndole las costas por temeridad. En la sentencia se consideró correctamente ejecutados los acuerdos aprobados por la junta de socios, concluyendo que no hubo ninguna irregularidad en la comunicación al socio demandante del plazo y condiciones para acceder a la ampliación de capital de Tu Inmobiliaria.

SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto.

4. En el fundamento primero de la sentencia recurrida se recoge la siguiente relación de hechos relevantes:

"1.1. La sociedad demandada, "08950 TU INMOBILIARIA, S.L.", celebró en fecha de 8 de octubre de 2018 una Junta General Extraordinaria, que tuvo lugar en el despacho profesional del Sr. Notario de Esplugas de Llobregat (Barcelona) D. Miguel-Ángel Rodríguez Barroso, sito en la calle Ángel Guimerá, número 138- 140, entresuelo, de dicha localidad. A dicha Junta asistieron todas las personas que ostentaban en aquella fecha la condición de socios de la compañía, a saber: D^a. Angelica -que desempeña el cargo de administradora única de la sociedad demandada desde el año 2016-, D^a. Belen , D. Severiano y el demandante D. Hipolito -que en la referida fecha era propietario de 720 participaciones sociales, representativas del 24% del capital social-. En esta Junta General Extraordinaria, en la que estuvo presente el 100% del capital social de la compañía, se adoptaron un total de cinco acuerdos, todos ellos aprobados por la mayoría de los socios, representativa del 76% del capital social (doc. núm. 21 del escrito de contestación a la demanda). El demandante, que votó en contra de todos los acuerdos adoptados en esta Junta, no ha discutido en este juicio la legalidad de la convocatoria de la misma ni la forma de su celebración.



1.2. Entre los acuerdos adoptados en la Junta de 8 de octubre de 2018, dicho sea muy resumidamente, se hallaba un acuerdo por el que se disponía realizar una "operación acordeón", consistente en la reducción del capital social de la compañía a cero euros y simultáneo aumento del capital social a 5.400 participaciones sociales de un euro de valor nominal cada una, con una prima de asunción unitaria de 46 euros por cada participación social. El demandante votó en contra de esta "operación acordeón". Como consecuencia de esta operación devino la unipersonalidad de la sociedad demandada.

1.3. No consta en este juicio que el demandante haya deducido demanda para impugnar judicialmente ninguno de los acuerdos sociales adoptados en la citada Junta General Extraordinaria de 8 de octubre de 2018.

1.4. Para facilitar la asunción de las nuevas participaciones sociales se acordó en la Junta de 8 de octubre de 2018 un procedimiento con "dos vueltas", en concreto: una primera vuelta (o periodo de asunción preferente), en la que en caso de aprobarse el acuerdo de ampliación de capital social el administrador único de la compañía enviaría una comunicación escrita a cada socio, disponiendo cada socio de un plazo improrrogable de un mes, contado desde la fecha de envío de la comunicación, para ejercitar el derecho de asunción preferente, que se habría de extinguir de forma automática si transcurrido dicho plazo no se hubiese ejercitado (vid. pp. 29 y ss. del documento público obrante al documento 21 del escrito de contestación a la demanda); y una segunda vuelta (o periodo de asunción adicional; pp. 37 y ss. del mismo documento).

1.5. En esta Junta, los socios acordaron expresamente, por la mayoría representativa del 76% del capital social (es decir: todos los socios -3 de 4- excepto el demandante) autorizar la delegación de facultades sociales a favor de la administradora única a fin de que ésta realizase, entre otros actos, la determinación de los requisitos de formulación de las comunicaciones para la asunción de las participaciones sociales y para adoptar cuantas actuaciones fueran convenientes o necesarias para el envío de la comunicación escrita a cada socio para el ofrecimiento de la asunción de las nuevas participaciones sociales.

1.6. La administradora única, en el ejercicio de las facultades que expresamente le habían sido delegadas por la Junta, decidió que la comunicación escrita e individual a cada socio para llevar a efecto la ejecución de los acuerdos adoptados en la referida Junta así como para ejercitar, en su caso, el derecho de asunción preferente, se hiciese a través de correo postal certificado con acuse de recibo; y encargó de modo específico la realización de este envío al despacho de abogados "Rousaud Costas Durán (RCD), S.L.P.", que es el despacho de abogados que habitualmente desempeña el asesoramiento legal de la sociedad demandada. En la citada Junta de 8 de octubre de 2018, por igual mayoría de socios que la anterior (representativa del 76% del capital social) y con el expreso voto en contra del demandante, se autorizó que estuvieran presentes en la misma las abogadas del referido despacho de abogados D^a. Covadonga, D^a. Dulce y D^a. Elisa (pp. 13 y 14 del mismo documento).

1.7. La comunicación postal certificada con acuse de recibo se envió al domicilio indicado por el demandante a la compañía (doc. núm. 25 del escrito de contestación a la demanda), que es el mismo al que se comunicó al demandante la convocatoria de esta Junta, sito en la calle Jesús, 33, 1^o, 3^a, de la localidad de Calafell (Tarragona). La convocatoria de esta Junta se realizó de igual forma, es decir, mediante carta certificada con acuse de recibo. El sobre con la documentación fue entregado en y tramitado por la sucursal núm. 14 de Barcelona de la compañía pública de Correos (SECT, S.A.), en donde se pesó y dicho pesaje arrojó una cifra de 35 gramos. El sobre fue admitido en esta oficina el 10/10/2018, y en esta misma fecha se introdujo en el sistema de entrega; se dispuso para su reparto el posterior 17/10/2018, se intentó entregar los días 17 y 18/10/2018; fue devuelto el 2/11/2018, se intentó repartir dos veces el día 9/11/2018 y finalmente fue devuelto al remitente en esta última fecha.

1.8. El demandante no recogió la comunicación postal antedicha ni ha explicado en este juicio los motivos por los cuales no la recogió."

TERCERO. Motivos de apelación.

5. Recurre en apelación el demandado, Hipolito . Su principal motivo de apelación es el error en la valoración de la prueba, por lo que solicita que los medios de prueba practicados en primera instancia sean revisados y se dicte sentencia revocando el pronunciamiento inicial y estimando la demanda. Defiende el recurrente que los acuerdos adoptados por la junta de socios de 8 de octubre de 2018 no fueron ejecutados en la forma aprobada por la junta y prevista en los estatutos sociales.

El Sr. Hipolito interpuso primero la demanda y ahora el recurso por considerar que no se le comunicó correctamente el modo en el que debía proceder para adquirir en primera vuelta la ampliación de las participaciones sociales acordada en la junta. No recibió en ningún momento el envío postal acordado por la propia junta y previsto en los estatutos de la compañía.

En el recurso se destacan algunos errores que, a juicio del Sr. Hipolito , comete la sentencia de instancia. El primero de ellos se refiere a la fecha en la que el servicio de correos intentó la entrega de la carta que contenida la documentación para la adquisición de las participaciones, la fecha reseñada en la sentencia (9 de noviembre



de 2018) no es la de intento de entrega de la carta, sino el de devolución al remitente. Se observa esa misma discrepancia en un segundo intento de envío.

Como segundo error cometido por la sentencia de instancia, el recurrente destaca que en diversos pasajes de su demanda inicial explicó las razones por las que nunca le fue entregada la documentación que le permitía acceder a la ampliación de capital; también explicó que, en todo momento, intentó adquirir las participaciones que le correspondían por la ampliación de capital.

En tercer lugar, denuncia que la ejecución del acuerdo social infringía el artículo 6 de los estatutos de la compañía, que exigían que cualquier comunicación hecha a los socios debía asegurar la recepción por todos ellos. En este punto, el recurrente hace mención de distintas resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado y de distintos tribunales que avalarían la correcta interpretación de los estatutos sociales.

En el cuarto punto de su recurso, el Sr. Hipolito argumenta que una carta certificada con acuse de recibo no garantiza en modo alguno la recepción de la misma.

También se denuncia que los estatutos sociales, artículo 6, exigen que la comunicación la realice personalmente el órgano de administración de la compañía, no un despacho de abogados.

Se cuestionan las consideraciones que realiza la sentencia recurrida sobre cuál debe ser el estándar medio de diligencia del socio en la sociedad, defendiendo que la voluntad del actor no era la de obstaculizar el normal funcionamiento de la sociedad, sino de poder participar en la ampliación de capital para mantener su cuota como socio.

Hace también referencia el recurso al modo en el que se han valorado detalles de la comunicación y su nula trascendencia en cuanto a la prueba de la correcta recepción por el Sr. Hipolito .

Por último, se cuestionan las referencias que la sentencia hace a la voluntad "espúrea" del demandante, por considerar que no hay prueba alguna de esa voluntad y que el juez se extralimita en sus valoraciones. Cuestionado con ello también la condena en costas al actor por temeridad.

CUARTO. Sobre la comunicación al socio de la ejecución un acuerdo adoptado por la junta de socios.

6. El Sr. Hipolito destaca serie de errores o imprecisiones cometida por la sentencia dictada en primera instancia. Considera el recurrente que una correcta valoración de la prueba practicada determinaría que la sociedad hubiera infringido las normas legales y estatutarias referidas al modo en el que debe garantizarse la comunicación al socio.

Decisión del tribunal.

7. Conforme al artículo 456 de la LEC, no hay ninguna limitación legal para poder revisar las pruebas practicadas en primera instancia, por lo tanto, podemos entrar a analizar la prueba practicada.

8. Consideramos que es importante destacar que en los presentes autos no se ejercita una acción de impugnación de acuerdos sociales, no se solicita la nulidad de los acuerdos referidos en la demanda. El Sr. Hipolito acudió a la junta en la que se adoptaron los mismos, conoció con detalle el contenido de los acuerdos y votó en contra. Por lo tanto, no estamos ante un problema que afecte a los posibles vicios en convocatoria de la junta o en la adopción de los acuerdos, sino de un problema que, en su caso, afectaría a la ejecución de esos acuerdos que eran perfectamente conocidos por el deudor.

9. Las circunstancias descritas en la demanda y referidas en la sentencia reflejan un conflicto societario que va más allá de la actividad de la propia sociedad. Se constata la desconfianza existente entre el actor y una de las socias de la compañía, Angelica , con la que estaba casado.

Sin embargo, esa situación de conflicto no ha determinado que el Sr. Hipolito cuestione las causas por las que se adoptó el acuerdo de reducir el capital social y realizar una ampliación del mismo para abordar una situación de pérdidas de la compañía. Tampoco se cuestiona la convocatoria de la junta por vicios o errores en las comunicaciones a los socios

Por lo tanto, el demandante conocía el acuerdo que se estaba ejecutando, lo conoció con carácter previo a la celebración de la junta, y sabía que era un acuerdo útil para la sociedad. El Sr. Hipolito fue convocado a esa junta y acudió para el ejercicio de sus derechos como socio.

El propio Sr. Hipolito solicitó judicialmente la disolución de la compañía por pérdidas (autos 407/2018 seguidos por el Juzgado Mercantil nº 11 de Barcelona), pretensión que fue desestimada por haberse realizado la operación "acordeón" que permitió superar las pérdidas por medio de una ampliación de capital. El Juzgado Mercantil 11 dictó auto el 21 de enero de 2019, confirmado por resolución de esta misma Sección en resolución de 25 de julio de 2019 (Rollo 535/2019-2ª, Auto nº 147/2019).

10. El problema que se plantea en las presentes actuaciones y se traslada al recurso es el de establecer cuál debe ser el alcance que debe darse al deber, referido en los estatutos, de garantizar que el socio recibe las comunicaciones de la sociedad.

Según el artículo 6 de los estatutos, si no pueden utilizarse medios telemáticos que aseguren la recepción mediante firma electrónica, la sociedad debe garantizar en esas comunicaciones a los socios que sea individualizada, que se realice por escrito y que se asegure la recepción por los socios.

En el supuesto de autos la sociedad remitió la comunicación referida a la suscripción de la ampliación de capital por correo con acuse de recibo al domicilio que le constaba del socio y no consta que el Sr. Hipolito pasara por la oficina de correos para retirar la carta remitida.

La carta remitida por la sociedad, a través del mismo despacho de abogados que había defendido los intereses de los socios mayoritarios en la junta, se realizó dentro de las semanas siguientes a la adopción del acuerdo (la junta se celebró el 8 de octubre de 2018 y la comunicación se remitió en la primera semana de noviembre de aquel año).

11. Es cierto que la sentencia de instancia puede ser imprecisa en cuanto a la determinación de la fecha en la que el empleado de correos acudió al domicilio del Sr. Hipolito, pero no puede ponerse en duda que la sociedad remitió la carta, que el envío fue individualizado y que el sistema elegido permitía al socio acudir a recoger la carta a la oficina de correos en caso de no encontrarse en su domicilio cuando se intentó la entrega.

No hay elementos de prueba que permitan dudar de que el domicilio que indicaba la carta era el del Sr. Hipolito. Tampoco es posible dudar de la diligencia del empleado de correos al intentar entregar la carta. En definitiva, no hay elementos de juicio que permitan considerar que lo que refleja el empleado en sus actuaciones es que el aviso quedó a disposición del destinatario.

A partir de esos elementos, correspondía al demandante acreditar la concurrencia de alguna circunstancia excepcional que probara o bien que no recibió el anuncio, o bien que no pudo ir a recoger la carta por causa que no le fuera imputable.

El demandante no sólo conocía el contenido del acuerdo que se ejecutaba, sino también el modo en el que debía ejecutarse la ampliación de capital, sometida a plazos que habían sido discutidos en la junta. No en vano, acudió a esa junta y votó en contra de la adopción de esos acuerdos.

El acuerdo en cuestión indicaba que el administrador único de la sociedad enviaría a cada uno de los socios la información relativa a la ampliación. En esa decisión de la junta se establecía que el acuerdo se ejecutaría con el mero envío de la documentación necesaria, dado que los socios ya conocían que esa ampliación se iba a realizar. Los socios también sabían que contaban con un mes para suscribir esa ampliación y que debían comunicar su derecho de adquisición preferente por escrito. Por lo tanto, nada impedía al Sr. Hipolito haber enviado su voluntad de suscribir la ampliación incluso antes de haber recibido la comunicación formal de la sociedad.

12. Los pasos dados por la sociedad son los acordes con el contenido de los propios estatutos. Aunque la comunicación se haya hecho por un despacho de abogados, no por ello deja de ser una comunicación hecha por la sociedad puesto que el despacho remitente lo hace por mandato de la sociedad. Además, ese mismo despacho era el que había intervenido en la junta en la que se adoptaron los acuerdos.

13. El actor hace referencia a la infracción de la doctrina sentada por varias resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) y del propio Tribunal Supremo; estas resoluciones no son de aplicación al supuesto de autos por cuanto parten de supuestos de hecho distintos del que aquí enjuicamos.

13.1. Resolución de 26 de febrero de 2014. Hace referencia a la convocatoria de la junta de ampliación y las posibles imprecisiones en la convocatoria de la junta por no establecer el plazo para ejecutar el acuerdo. Las consideraciones de la Dirección General no son trasladables al supuesto de autos en el que no se cuestiona la validez y la suficiencia de la convocatoria. Es más, la Resolución en cuestión indica que no puedan interpretarse con rigidez las omisiones formales que afectan exclusivamente al modo en el que se debe ejecutar un acuerdo de ampliación de capital (por ejemplo la omisión del plazo para ejecutar el acuerdo).

13.2. Resolución de 25 de octubre de 2018. También hace referencia a los defectos en la convocatoria de la junta en la que se debatirá la ampliación de capital, no se refiere a la ejecución de un acuerdo adoptado en una junta válidamente convocada.

13.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 3 de noviembre de 2016, Sección 4ª (ECLI:ES:APC:2016:2656). El supuesto de hecho del que se parte es distinto ya que lo que se establecía era



el modo de comunicación de la ejecución del acuerdo a un socio que no había asistido a la junta en la que se había aprobado dicho acuerdo.

14. Respecto de la referencia que se hace al artículo 198.4.2º del Reglamento del Registro Mercantil, referido a la inscripción de la escritura de aumento de capital, ese precepto exige comunicación escrita a cada uno de los socios, sin indicación alguna al modo en el que debe realizarse la comunicación.

15. En definitiva, pese a que el relato de hechos probados de la sentencia pudiera contener alguna imprecisión respecto de la fecha en la que el servicio de correos comunicó al Sr. Hipolito que había recibido una carta con acuse de recibo que quedaba a su disposición en la oficina, lo cierto es que las mismas no determinan la nulidad de la ejecución del acuerdo impugnado.

QUINTO. Sobre las costas.

16. En primera instancia la condena en costas se hizo apreciando la temeridad del demandante, por considerar que sus pretensiones eran "manifiestamente" infundadas y contraria a la buena fe.

El Sr. Hipolito recurre también este pronunciamiento de la sentencia.

17. Conforme al artículo 394 de la LEC, la desestimación de la demanda determinaba la condena en costas al demandante por aplicación del principio del vencimiento objetivo en materia de costas, sin embargo, no compartimos los argumentos del juez de instancia para apreciar temeridad o mala fe en el demandante, la situación de conflicto observado entre los accionistas y la trascendencia del acuerdo que se ejecutaba y determinaba la completa dilución del Sr. Hipolito en sus participaciones sociales justifican que quisiera agotar las vías legales para combatir la ampliación, aunque sus pretensiones finalmente no prosperaran.

18. La desestimación del recurso de apelación lleva a condenar al recurrente al pago de las costas de la segunda instancia, de conformidad con el artículo 398 de la LEC, en relación con el ya citado artículo 394 del mismo texto legal.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Hipolito contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de fecha 25 de noviembre de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, excepto en lo referido a la apreciación de temeridad en la condena en costas, revocando este concreto pronunciamiento e imponiendo al recurrente las costas en primera y segunda instancia. Ordenando la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

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.