



Roj: **SAP TF 2589/2006 - ECLI:ES:APTF:2006:2589**

Id Cendoj: **38038370042006100314**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **08/11/2006**

Nº de Recurso: **365/2006**

Nº de Resolución: **369/2006**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EMILIO FERNANDO SUAREZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N.º 369/06.

Rollo n.º 365/06.

Autos n.º 114/05.

Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife.

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Pablo José Moscoso Torres.

MAGISTRADOS

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a ocho de noviembre de dos mil seis.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en los autos n.º 114/2005, seguidos por los trámites del juicio Ordinario y promovidos, como demandante, por la entidad GALE-4, S. L., que ha comparecido ante este Tribunal representada por la Procuradora Doña Raquel Guerra López y dirigida por el Letrado Don José Luís Sánchez-Parodi Pascua, contra la entidad IMPORTADORA REGIONAL DE ÁRIDOS, S. L., que ha comparecido ante este Tribunal representada por el Procurador Don Juan Manuel Beautell López, y dirigida por el Letrado Don Juan Cruz Auñón Briones; ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Emilio Fernando Suárez Díaz, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrado-Juez D^a. María Olga Martín Alonso dictó sentencia el diecisiete de febrero de dos mil seis cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: SE DESESTIMA tanto la petición principal como subsidiaria de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Doña Raquel Guerra López en nombre y representación de la entidad "GALE-4, S.L.", contra la entidad "IMPORTADORA REGIONAL DE ARIDOS, S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales Don Juan Manuel Beautell López, y SE ACUERDA LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS.

Las costas se imponen a la parte demandante por imperativo legal.



Y, en base a lo dispuesto en el artº. 744.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se acuerda alzar la Medida Cautelar adoptada con el número 130/2005, y llévase testimonio de ésta Sentencia a dicho procedimiento con objeto de cumplir dicho alzamiento y enviarse los correspondientes mandamientos al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, para dejar sin efecto lo acordado en la misma.».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandante, en el que solicitaba que se tuviera por preparado recurso de apelación contra tal resolución, petición a la que se accedió por el Juzgado mediante providencia en la que se acordó, además, emplazar a dicha parte por veinte días para la interposición de tal recurso; en el plazo conferido, se interpuso por escrito dicho recurso con exposición de las alegaciones en que se fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandada, presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos y mediante providencia de uno de septiembre pasado, incoar el presente rollo y designar Ponente, y, posteriormente, señalar para la votación y fallo del presente recurso el día dos de noviembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda en que la parte actora solicitaba la nulidad de los acuerdos adoptados en el punto primero del orden del día de la junta general de socios celebrada por la entidad demandada el día 15 de marzo de 2.004. La parte actora interpone recurso de apelación contra la citada sentencia, fundamentándolo en cinco motivos: primero, que la operación se llevó a cabo sin la preceptiva verificación del balance por un auditor de cuentas, tal y como establece el artículo 82 .2 de la LSRL ; segundo, que pese a que la demandada diga otra cosa, la operación se llevó a cabo para compensar pérdidas, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 104.1, e) de la referida LSRL ; tercero, en todo caso, si se tratara de una operación efectuada con carácter voluntario con la finalidad de obtener liquidez, el artículo 71.1, 2º de la LSRL exige el acuerdo unánime de los socios; cuarto, infracción del artículo 6.3 del Código Civil , pues la operación se efectuó en fraude de ley con la finalidad de excluir a la entidad demandante de la sociedad; quinto, infracción de los artículos 1195 y 1202 del Código Civil sobre compensación de créditos.

SEGUNDO.- Definida en el artículo 79 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) la diferente finalidad que peden tener las operaciones de reducción de capital social (restitución de aportaciones o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio contable de la sociedad disminuido por consecuencia de las pérdidas), siendo reguladas las reducciones que se lleven a cabo con la primera finalidad en los artículo 80 y 81 de la referida Ley , mientras que en el artículo 82 se regulan las que tengan por finalidad la reducción para compensar pérdidas, el artículo 83 contempla un supuesto autónomo, que es la reducción y aumento del capital simultáneos -las llamadas operaciones acordeón-, acuerdo que queda sometido a unas específicas exigencias, cuyo cumplimiento en el caso que nos ocupa ya fue objeto de amplio análisis en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, que damos por reproducido.

Como consecuencia de ello, es obvio que el requisito exigido en el apartado 2 del artículo 82 sólo será aplicable a las operaciones contempladas en dicho precepto, es decir, aquéllas operaciones de reducción de capital -acompañadas o no de un aumento simultáneo del mismo- que se realicen con la finalidad de compensar pérdidas.

Es en este punto donde los motivos primero y segundo del recurso de apelación se conectan, porque la parte actora apelante mantiene que la situación de la entidad demandada era tal que estaba incurso en la causa de disolución prevista en el apartado e) del artículo 104.1 de la LSRL , es decir, por consecuencia de las pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal, no quedándole otra posibilidad a la demandada -si quería evitar el concurso- que proceder a realizar dicha operación -aumento o reducción del capital social en la medida necesaria para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio contable-, que es la operación prevista en el artículo 82 de la LSRL, siendo de aplicación necesaria, por tanto, lo dispuesto en su apartado 2 .

La parte actora apelada esgrime que el motivo segundo del recurso encierra una "mutatio libelli", pues proclamar ahora que la demandada estaba incurso en causa de disolución legal contradice lo manifestado en la demanda.



Efectivamente, analizada la demanda, resulta que, de un lado, parte de lo que ahora se dice no fue contemplado allí, y, de otro, se dijo todo lo contrario de lo que ahora se dice; así, nada se alegó sobre que la sociedad estuviera incurso en una posible causa de disolución, es más, en el hecho expositivo cuarto "in fine" lo que se dice es que nos encontramos ante una "operación acordeón", cuya inicial reducción carece de justificación alguna, realizada con la única intención de excluir a la actora, operación que supone un auténtico fraude de ley, y en el fundamento de derecho noveno, reasaltado en negrita, se añade que "la sociedad no atravesaba una mala situación económica por lo que resulta innecesaria la reducción del capital social", "no se comprende la necesidad de reintegrar a los socios las aportaciones, para luego, con esas mismas aportaciones desembolsar el aumento de capital simultáneo" y que "si era preciso capitalizar la sociedad, por qué no se acordó directamente el aumento de capital". Así pues, si bien la infracción del artículo 6.3 del Código Civil por realizarse la operación en fraude de ley se esgrime como causa de la nulidad del acuerdo con carácter subsidiario, del relato de hechos de la demanda cabe deducir que la auténtica y genuina "causa petendi" que se esgrime para anularlos es que la operación llevada a cabo por la demandada se realizó en fraude de ley para excluir a la actora. Es verdad que en el apartado II de los fundamentos jurídicos, referidos a aspectos jurídicos sustantivos se denuncia la infracción del artículo 83 en relación con el 82.2 de la LSRL, pero ahí también se insiste en que la llamada operación acordeón se constituye como un instrumento de saneamiento de la empresa.

En todo caso, la finalidad pretendida con la operación objeto de la contienda ha sido perfectamente explicada por la entidad demandada, tanto en el escrito de contestación a la demanda como en el de oposición al recurso de apelación, en el que se expone razonadamente que la finalidad de la operación tenía que ver con la necesidad de liquidez ante un importante endeudamiento, pero no con las pérdidas; así, según se deduce de las cuentas anuales aportadas con el escrito de contestación a la demanda, y más concretamente de los balances abreviados resulta que, por una parte, el pasivo de la entidad a 31 de Diciembre de 2.003 -balance aprobado por la junta general de accionistas, que sirve de base para la operación adoptada en el acuerdo impugnado de marzo de 2.004- ascendía a casi cinco millones de euros, siendo exigible a corto plazo más de cuatro millones y medio, de los que 682.440 euros se adeudaban a Bancos, habiéndose obtenido a través de los acuerdos impugnados unos ochocientos mil euros adicionales, que cubrían las necesidades de tesorería; por otra parte, en ninguno de los ejercicios anteriores las pérdidas habían dejado reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, así las pérdidas acumuladas alcanzaban a esa fecha quinientos setenta y siete mil euros, que dejaban reducido el patrimonio contable a novecientos veinticinco mil euros, por lo que siendo el capital social de un millón y medio de euros, para que la sociedad estuviera en causa de disolución el patrimonio contable debería ser inferior a setecientos cincuenta mil euros.

TERCERO.- El tercer motivo del recurso nos conduce al mismo problema, la infracción del párrafo 2º del apartado 1 de l artículo 71 de la LSRL nunca fue objeto de debate ni de alegación por la parte demandante apelante en la primera instancia. Es cierto que el tema fue tratado en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia al socaire de que el acuerdo impugnado suponía la modificación de un artículo de los estatutos sociales, pero en eso se excedió el tribunal de primera instancia -incongruencia "extra petita"-, probablemente forzado por la alusión realizada en el auto de medidas cautelares, en el que, indiciariamente, se había apuntado la posibilidad de la aplicación al caso del citado precepto; pero, en todo caso, La Sala confirma los razonamientos contenidos en el citado fundamento jurídico, de los que el tribunal concluye que no hubo infracción del citado precepto porque no era necesario el consentimiento del socio demandante al no implicar la modificación nuevas obligaciones para los socios o afectar a sus derechos individuales. En cualquier caso, el motivo del recurso no se plantea en esos estrictos términos, sino que amparándose en determinada doctrina -fundamentalmente una sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa- se sostiene la tesis de que si la operación tenía un carácter voluntario con la finalidad de obtener liquidez, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 71.1, 2º de la LSRL, que requiere el acuerdo unánime, lo cual constituye una nueva "mutatio libelli" al desviarse el motivo del recurso, también, de lo que fue objeto de análisis en la sentencia. En este sentido, no está por demás señalar que el apartado 2 del artículo 79 de la LSRL, en el ámbito concreto de las operaciones de reducción de capital social, señala que cuando la reducción no afecte por igual a todas las participaciones -lo que no es el caso- es cuando único será preciso el consentimiento de todos los socios.

CUARTO.- En cuanto al cuarto motivo del recurso, La Sala hace suyos los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso. Los argumentos contenidos en el recurso constituyen simples apreciaciones de parte, sin que exista prueba alguna de la finalidad defraudatoria que se apunta; en todo caso, esas apreciaciones han sido refutadas en el hecho expositivo quinto del escrito de oposición al recurso de apelación, cuyas explicaciones resultan más verosímiles que las de la actora apelante, resultando evidente, en todo caso, que la demandada se desvinculó voluntariamente de una operación realizada con la intención de dar continuidad a la empresa.



QUINTO.- Finalmente, respecto a la infracción de los artículos 1195 y 1202 del Código Civil, es cierto que el tema no fue objeto de análisis en la sentencia recurrida, pero es que el planteamiento que se hizo del mismo en primera instancia tampoco permitía más. El demandante se limitó a señalar en el apartado undécimo de los fundamentos jurídicos que se aplicó por la actora de forma unilateral una compensación de créditos cuyos requisitos no concurrían, "como demostraremos en su momento", se añadía. Es la hora en que esa falta de concurrencia de los requisitos legales sigue sin demostrarse, ni tampoco concretarse, ello, probablemente, porque la cuestión trasciende a las causas que pueden motivar la nulidad de un acuerdo social (ser contrario a la ley, a los estatutos, o lesionar en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad), lo que nunca podrá predicarse de una compensación de créditos aplicada irregularmente, que, en todo caso, dará lugar a las acciones específicas tendentes a reclamar lo ilícitamente compensado.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas del recurso de apelación se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad "Gale 4 S.L.", se confirma la sentencia dictada en primera instancia y se condena a la parte apelante al pago de las costas del recurso.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.