



Roj: **SAP CS 420/2017 - ECLI:ES:APCS:2017:420**

Id Cendoj: **12040370032017100219**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Castellón de la Plana/Castelló de la Plana**

Sección: **3**

Fecha: **31/03/2017**

Nº de Recurso: **863/2016**

Nº de Resolución: **117/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE EMILIO VIVES REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 863 de 2.016 Juzgado de lo Mercantil de Castellón

Juicio Ordinario número 115 de 2.015

**SENTENCIA NÚM. 117 de 2.017**

Ilmos. Sres.: Presidente:

Don JOSÉMANUEL MARCO COS

Magistrados:

Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

En la Ciudad de Castellón, a treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día veintiuno de marzo de dos mil dieciséis por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 115 de 2015.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Carpintería Cubedo, S.L., representado/a por el/a Procurador/a D/ª. M.ª Carmen Ballester Villa y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Pascual Emilio, y como apelado, Don Marco Antonio, representado/a por el/a Procurador/a D/ª. Elena Sánchez Rodríguez y defendido/a por el/a Letrado/a D/ª. Vicente Esbrí Portales.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don ENRIQUE EMILIO VIVES REUS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: "ESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por El/La Procurador/a Elena Sánchez Ródriguez, en nombre y representación de Marco Antonio contra CARPINTERÍA CUBEDO S.L y DECLARAR la NULIDAD de la totalidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de la meritada mercantil de 25 de junio de 2014 con imposición de costas a la demandada."

SEGUNDO. Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de Carpintería Cubedo, S.L., se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia desestimando la demanda con condena en costas a la parte demandante y con imposición de las costas causadas en la alzada en caso de oposición a la parte apelada.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando se dicte sentencia confirmando la dictada en primera instancia, con imposición de costas al apelante.



Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 1 de septiembre de 2016 se formó el presente Rollo y se designó Magistrado Ponente, se tuvieron por personadas las partes y por Providencia de fecha 20 de enero de 2017 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 15 de febrero de 2017, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por D. Marco Antonio se presentó el 20 de febrero de 2.015, demanda de juicio ordinario contra la mercantil "Carpintería Cubedo, S.L." en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales, solicitando en el suplico los siguientes pedimentos: A) Se declare la nulidad o anulabilidad de la totalidad de los acuerdos adoptados en la junta de socios extraordinaria de la mercantil demandada en fecha 25 de junio de 2.014. B) Subsidiariamente, se declare la nulidad de los acuerdos de reducción y simultánea ampliación de capital social (acuerdos 1 y 2 del acta) adoptados en la citada junta general. Se fundamenta la pretensión de la parte actora en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: La mercantil demandada Carpintería Cubedo, S.L., es una sociedad de responsabilidad limitada constituida el 30 de junio de 1.977 como sociedad anónima y transformada en sociedad limitada en escritura de fecha 5 de junio de 2.008. El demandante, es socio de la entidad poseía el 25% del capital social, sin que ostente cargo de administración. En fecha 5 de junio de 2.014, se convocó por los administradores de la mercantil demandada Junta General Extraordinaria a celebrar el día 25 de junio de 2.014, remitiendo la convocatoria por burofax a la residencia accidental del actor. En la citada Junta la sociedad demandada pretendía llevar a cabo la denominada "operación acordeón", consistente en reducir el capital social y al mismo tiempo proceder a su ampliación. El peligro de esta operación es que se utilice, como ha ocurrido en el presente caso, como pantalla con el objetivo final de cambiar los porcentajes de propiedad de los socios, contando con que su situación personal no permitirá que alguno de ellos puedan acudir a la ampliación de capital, por lo que la ley exige que esta operación sea probada en la Junta General debiendo estar plenamente justificada su utilización. El primer motivo de nulidad que se alega se fundamenta en la deficiente convocatoria por no haber tenido noticia de la celebración de la Junta, al haber remitido un burofax al domicilio en el que el actor sólo habita de forma discontinúa durante el final del verano, por lo que la convocatoria de este modo llevada a cabo infringe lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En segundo lugar, se solicita la nulidad del acuerdo de reducción y posterior aumento de capital social por no responder a una necesidad real, sino a un intento de reducir la participación del actor en el capital social, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital, así como lo dispuesto en el artículo 318.1, en relación con el artículo 286 del citado texto legal. La reducción no cumple con el requisito de que el balance que sirve de base a la reducción del capital social se refiera a una fecha comprendida dentro de los seis meses anteriores al acuerdo y que se encuentre, además de verificado, aprobado por la Junta General. En el presente caso el balance es de fecha 25 de junio de 2.014 se aprueba en la misma Junta en la que se acuerda la reducción del capital social, se forma sorpresiva, sin que conste en el orden del día. La vulneración del artículo

de la LSC ha tenido lugar al no contar el acuerdo de reducción y posterior ampliación del capital social con el informe de los administradores justificando la necesidad del acuerdo. Se ha infringido el artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital por vulneración de los derechos del socio en cuanto a la suscripción preferente de la emisión de nuevos títulos por falta de notificación personal y publicidad, al haberse remitido la comunicación del derecho de adquisición preferente por burofax a un domicilio que no se corresponde y no se procede a publicar el anuncio de la oferta de asunción de nuevas participaciones en el BORM.

La mercantil demandada contestó a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora, solicitando se desestimara la demanda, lo que fundamenta en los siguientes hechos, expuestos en síntesis: La remisión de la convocatoria de la junta general extraordinaria de fecha 25 de junio de 2.014, se hizo al domicilio del socio que consta a la sociedad demandada desde el año 2.008, por lo que no es cierta la alegación de que se efectuara deficientemente la comunicación al demandante de la citada convocatoria. El acuerdo de aprobación del balance auditado de fecha 25 de junio de 2.014 no se incluyó en el orden del día por cuanto se trata de un acuerdo instrumental o inherente al acuerdo de reducción de capital y la Ley de Sociedades no exige expresamente que deba incluirse como punto del orden del día. La convocatoria expresa y concreta claramente la cifra de reducción del capital, la finalidad de la reducción y el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarla a cabo, tal como está previsto en los artículos 317 y 318 de LSC, así como respecto al aumento de capital regulado en el artículo 295 y siguientes, incluyendo, por tanto, toda la información necesaria para



conocer los temas a debatir y acordar en su caso. El balance que sirve de base al acuerdo de reducción de capital social cumple con todos los requisitos legales y así se ha aceptado por el Registro Mercantil al proceder a su inscripción. Dicho balance está auditado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo y está expresamente aprobado en la propia Junta, no siendo necesario aprobarlo en junta anterior. La sociedad demandada es una sociedad limitada en la actualidad y no una sociedad anónima por lo que no es necesario el informe de los administradores. No se han vulnerado los derechos del socio en cuanto a la suscripción preferente por cuanto las participaciones sociales son nominativas y se procedió a la comunicación al domicilio del socio.

La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda declarando la nulidad de la totalidad de los acuerdos adoptados en la Junta General extraordinaria de la mercantil demandada de fecha 25 de junio de 2.014, con fundamento en que si bien el actor fue debidamente convocado a la Junta, debe declararse la nulidad de los acuerdos adoptados por cuanto el acuerdo de reducción previo a la ampliación que caracteriza a la operación acordeón debe ir precedido de un acuerdo formal de aprobación por la Junta de un Balance que le sirva de base, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, verificado por el auditor de cuentas de la sociedad o nombrado por los administradores de la sociedad y que debe ir incluido en el orden del día, lo que no se ha cumplido en el presente caso. A mayor abundamiento, dicha nulidad procede igualmente por cuanto el acuerdo no iba acompañado de un informe justificativo de su necesidad elaborado por el órgano de administración social, informe que es preceptivo al implicar la reducción o ampliación de capital social la modificación de los estatutos de la sociedad (artículo 318.1 en relación con el artículo 286 de la LSC). Nulidad que afectaría también al tercero de los puntos del orden del día, toda vez que tampoco respecto del cambio de domicilio figura el referido informe.

Contra la referida sentencia interpone recurso de apelación la mercantil demandada solicitando su revocación y, en su lugar, se desestime la demanda contra ella formulada.

SEGUNDO. El recurso de apelación se articula en tres motivos. En el primero y en el segundo se alega la infracción del artículo 286 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, respecto, en cuanto al primero de los motivos, del acuerdo de reducción y ampliación de capital, y en cuanto al segundo de los motivos, del acuerdo del cambio de domicilio. En el tercer motivo del recurso se alega la infracción de los artículos 317, 318 y 295 de la Ley de Sociedades de Capital, respecto del acuerdo de reducción y ampliación de capital.

El primero y el tercer motivo del recurso viene a impugnar el pronunciamiento de la sentencia recurrida en virtud del cual se declara la nulidad del acuerdo de reducción y aumento simultáneo del capital social. El citado pronunciamiento de la sentencia se fundamenta en dos motivos. El primero y principal, por cuanto dicho acuerdo debe ir precedido de un acuerdo formal de aprobación por la Junta de un Balance que le sirva de base, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, verificado por auditor de cuentas y que debe ir incluido en el orden del día, lo que no ha tenido lugar en el presente caso. El segundo, como fundamento de refuerzo, por cuanto el acuerdo no iba acompañado de un informe justificativo de su necesidad elaborado por el órgano de administración social.

El primer motivo del recurso viene a combatir ese fundamento de refuerzo que, como obiter dicta, se recoge en la sentencia de primera instancia. Argumenta la parte apelante que siendo la sociedad demandada una sociedad de responsabilidad limitada no se exige la emisión de ese informe al que hace referencia la sentencia recurrida, como así establece el artículo 286 de la LSC.

La parte actora apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación alega que el artículo 286 de la LSC resulta de aplicación tanto a las sociedades de responsabilidad limitada como a las anónimas, por lo que debe aportarse ese informe al que hace referencia el citado precepto.

El artículo 286 de la LSC, recogido en el título VIII, capítulo I de la citada Ley, bajo el título de la modificación de los estatutos sociales, es del tenor literal siguiente: "Los administradores o en su caso, los socios autores de la propuesta deberán redactar el texto íntegro de la modificación que proponen y, en las sociedades anónimas, deberán redactar igualmente un informe escrito con justificación de la misma".

La literalidad del precepto es clara y no ofrece dudas interpretativas, al indicar expresamente que únicamente en las sociedades anónimas es cuando se deberá redactar un informe escrito con justificación de la misma.

Si bien la actual Ley de Sociedades de Capital ha venido a derogar el sistema dual de regulación del régimen jurídico de las sociedades mercantiles, sustituyéndolo por una regulación unitaria, viene también a consignar, dentro de cada capítulo, sección o artículo las especialidades de cada forma social. Pues bien, esto último es lo que sucede con el artículo 286, al recoger como especialidad en las sociedades anónimas esa exigencia de redactar un informe escrito con justificación de la modificación estatutaria que se propone.



En consecuencia, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada no se exige que los administradores redacten un informe por escrito con justificación de la propuesta de modificación de los estatutos, por lo que no puede declararse la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General por no haberse redactado ese informe.

El motivo principal en que se fundamenta el pronunciamiento de la sentencia recurrida para declarar la nulidad de los acuerdos de reducción y simultáneamente de ampliación del capital social reside en que el citado acuerdo debe ir precedido de un acuerdo formal de aprobación por la Junta de un Balance que le sirva de base, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, verificado por el auditor y que debe ir incluido en el orden del día. En el presente caso no sólo no figuró en el orden del día que dicho balance iba a ser sometido a votación, sino que la aprobación del balance no fue objeto de acuerdo respecto del acuerdo de reducción.

En relación a la cuestión ahora controvertida, el artículo 323 de la LSC establece "El balance que sirva de base a la operación de reducción del capital por pérdidas deberá referirse a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, previa verificación por el auditor de cuentas de la sociedad y estar aprobado por la junta general. Cuando la sociedad no estuviera obligada a someter a auditoría las cuentas anuales, el auditor será nombrado por los administradores de la sociedad.

En el presente caso, en la convocatoria de la Junta General de la sociedad demandada (folio 59 de los autos), no se incluía como punto del orden del día la aprobación del balance que servía de base a la operación de reducción del capital. La fecha del balance y el informe de la auditoría (folio 61 de los autos) coincidía con el de la convocatoria (25 de junio de 2.014). No habiendo sido objeto su aprobación de acuerdo separado respecto del acuerdo de reducción.

En estas circunstancias, no pueden tenerse por cumplidos los requisitos para la validez del acuerdo de reducción del capital social que se deducen del precepto antes citado y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, como se indica en la sentencia recurrida ( SAP de la Rioja de fecha 30 de septiembre de 2.013 . SAP de Barcelona de 22 de septiembre de 2.011 ), ya que el balance es de la misma fecha en que se celebra la Junta y se adopta dicho acuerdo, y por tanto no de fecha anterior a su celebración, sin que se incluyera en el orden del día su aprobación, cuando resultaba necesario en estos casos que le hubiera sido sometido a especial consideración la verdadera situación patrimonial de la sociedad antes de decidir sobre la operación proyectada, especialmente en lo relativo a la importancia de las pérdidas acumuladas o la existencia de reservas, que excluirían la posibilidad de acudir a la reducción del capital, como así determina el artículo 322.1 de la LSC.

En consecuencia, procede desestimar el motivo del recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia recurrida en cuanto declara la nulidad de los acuerdos de reducción y simultánea ampliación de capital social.

TERCERO. Como segundo motivo del recurso viene a impugnar la parte apelante el pronunciamiento de la sentencia recurrida por el que se declara la nulidad del acuerdo relativo al cambio de domicilio social.

El motivo del recurso debe ser estimado por los propios razonamientos que se contienen en el recurso de apelación.

Como anteriormente se ha expuesto, al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, para la modificación de los estatutos no se exige ese informe escrito redactado por los administradores, conforme establece el artículo 286 de la LSC. A mayor abundamiento, la parte actora fundamentaba su pretensión (causa petendi) de nulidad de dicho acuerdo en la defectuosa notificación al demandante de la convocatoria, no en la falta de dicho informe. Por lo que la sentencia recurrida, al declarar la nulidad del citado acuerdo por causa diferente a la alegada por el actor incurre en incongruencia "extra petita".

Las anteriores consideraciones conducen a la estimación parcial del recurso de apelación, lo que conlleva la parcial estimación de la demanda, declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de fecha 25 de junio de 2.014, por los que se acordaba la reducción y simultánea ampliación de capital social. Desestimando el pedimento relativo a la nulidad del acuerdo de cambio de domicilio social. Sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia, dada la estimación parcial de la demanda. Sin que pueda compartirse la alegación de la parte actora, de que ello conlleva la estimación íntegra de la demanda al acogerse la petición subsidiaria del suplico, ya que dicho pedimento, contenido en el apartado b) del suplico de la demanda, está incluido en el apartado a) que constituye la petición principal de nulidad de todos los acuerdos. Por lo que la petición subsidiaria de que se declare la nulidad de dos de los acuerdos en lugar de los tres que fueron adoptados en Junta General, debe entenderse como una estimación parcial de la demanda, al no contener dicha petición subsidiaria una pretensión heterogénea de la pretensión principal, sino parte de ella, resultando superflua dicha pretensión subsidiaria, ya que solicitando en primer lugar la nulidad



de todos los acuerdos, el tribunal viene obligado, si estima que no procede declarar la nulidad de alguno de ellos, declarar la nulidad del resto de los acuerdos.

CUARTO. En cuanto a las costas de la alzada la parcial estimación del recurso de apelación determina que no se haga expresa imposición, a tenor de lo establecido en los artículos 3981 y 3941 ambos de la L.E.C . Debiendo procederse a la devolución del depósito constituido para recurrir conforme lo previsto en el ap. 8 de la Disp. Ad. Decimoquinta de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la mercantil "Carpintería Cubedo, S.L.", contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Castellón en fecha veintiuno de marzo de dos mil dieciséis , en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 115 de 2.015, debemos revocar y revocamos en parte la resolución recurrida y, en su lugar:

Se estima en parte la demanda formulada por D. Marco Antonio contra la mercantil "Carpintería Cubedo, S.L."

Se confirma la sentencia recurrida en cuanto declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de fecha 25 de junio de 2.014, por los que se acordaba la reducción y simultánea ampliación de capital social.

Se desestima el pedimento relativo a la nulidad del acuerdo de cambio de domicilio social.

No se hace expresa imposición de las costas de primera instancia.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para recurrir al estimar el recurso de apelación.

Notifíquese la presente Sentencia, contra la que cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional y, una vez firme, remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.