



Roj: **SAP B 7331/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7331**

Id Cendoj: **08019370152018100505**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **25/07/2018**

Nº de Recurso: **1271/2017**

Nº de Resolución: **548/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO MATA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 9, 21-11-2016,
SAP B 7331/2018**

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.: 0801947120158008940

Recurso de apelación 1271/2017 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) 894/2015

Parte recurrente/Solicitante: Aurelio

Procurador/a: Cristina Garcia Girbes

Abogado/a:

Parte recurrida: ATHOLON PATRIMONIAL S.L

Procurador/a: Jose M^a Verneda Casasayas

Abogado/a:

Cuestiones.- Impugnación de acuerdos sociales. Caducidad de la acción ejercitada. Cuestión de orden público no alegada en la 1ª instancia.

SENTENCIA núm. 548/2018

Composición del tribunal:

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

ELENA BOET SERRA

Alberto Mata Saiz

Barcelona, a veinticinco de julio de dos mil dieciocho.

Parte apelante: D. Aurelio .



Letrado/a: D. Manuel de Luque.

Procurador: Dña. Cristina García Girbés.

Parte apelada: ATHOLON PATRIMONIAL, S.L.

Letrado/a: Dña. Nuria Carrera Calsina.

Procurador: D. Josep María Verneda Casasayas.

Resolución recurrida:

Fecha: 21 de noviembre de 2016.

Parte demandante: D. Aurelio .

Parte demandada: ATHOLON PATRIMONIAL, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: " *Que aprecio caducidad de la acción y DESESTIMO la demanda formulada por Dña. Cristina García Girbes, en nombre y representación de D. Aurelio , y ABSUELVO a ATHOLON PATRIMONIAL, S.L. de las pretensiones formuladas en su contra y ello con la expresa imposición a la parte demandante de todas las costas procesales causadas* " .

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación D. Aurelio . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo 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 26 de abril de 2018 pasado.

Actúa como Ponente el Magistrado D. Alberto Mata Saiz.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- ATHOLON PATRIMONIAL, S.L. es una sociedad patrimonial que pertenece al grupo de empresas denominado INELTEC. Hasta la celebración de la junta impugnada, D. Gervasio ostentaba el 35,56% del capital social, D. Aurelio ostentaba el 35,56 %, y la sociedad INELTEC el otro 28,88 %.

La parte demandante ejerció frente a la entidad demandada una acción de impugnación del acuerdo social primero adoptado por la Junta General Extraordinaria celebrada el día 3 de octubre de 2013, e inscrito en el Registro Mercantil el día 12 de noviembre de 2014, así como los acuerdos segundo y tercero que traen causa de aquel. El acuerdo adoptado suponía la aprobación de un aumento de capital de la sociedad demandada (ATHOLON PATRIMONIAL, S.L.), que se llevaba a cabo a través de la compensación de sendos créditos que tenían D. Gervasio y Dña. Isabel , contra la sociedad INGENIERÍA AUTOMATISMOS E INSTRUMENTACIÓN DE CONTROL, S.L. (INELTEC). Los acuerdos segundo y tercero versaban sobre la supresión del derecho de suscripción preferente y sobre la modificación del art. 5 de los Estatutos de la sociedad. El acuerdo se impugnó por resultar contrario a la buena fe, llevarse a cabo con abuso del derecho y resultar perjudicial para el interés social y los derechos del socio minoritario. Tal como se expone en la demanda, además de indicar que la junta en realidad no llegó a celebrarse, pretende diluir la participación del actor como socio minoritario y no permite superar la situación de fondo de maniobra negativo que presentaba ATHOLON PATRIMONIAL (documento 15 de la demanda) en cuanto que no supone una efectiva aportación dineraria. Y tampoco supuso una superación de la situación de la entidad INELTEC, en cuanto que ésta fue declarada en concurso poco tiempo después. En suma, el acuerdo pretendía que el administrador de ambas sociedades, Sr. Gervasio y su esposa, pasaran a cobrar anticipadamente sus créditos que tenían contra INELTEC mediante un incremento en la participación en la sociedad patrimonial del grupo.

2.- La entidad demandada se opuso a la estimación de la demanda. En primer lugar, por haber caducado el plazo para el ejercicio de la acción. De forma subsidiaria negó que hubiera producido cualquier abuso o perjuicio del interés social. El acuerdo de aumento de capital mediante la compensación de sendos créditos que ostentaban dos socios, permitía superar la situación de desequilibrio patrimonial.

3.- Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil número 9 de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda íntegramente al apreciar la caducidad de la acción ejercitada. La Sentencia entendía que al actor del procedimiento le fue remitida copia del acta de la junta impugnada, el día 4 de abril de 2014.



Dado que la demanda se había interpuesto en el mes de noviembre de 2015, debía entenderse caducada la acción ejercitada.

SEGUNDO . - Motivos de apelación.

4.- La parte recurrente basa el motivo de su recurso en el hecho de que la Junta extraordinaria impugnada adolece de vicios de convocatoria y de constitución, vulnerando el orden público. Ello permitiría considerar que no caduca la acción para impugnar los acuerdos.

En cuanto a los defectos de convocatoria se alega que ésta se llevó a cabo buscando la ausencia del actor del procedimiento a la junta, en tanto que se remitió a un domicilio en el que no reside desde hace más de 15 años. Según se expone en el recurso, la convocatoria cumplió formalmente el precepto estatutario (se remitió al domicilio del socio que constaba en el libro de socios) a sabiendas de que la comunicación estaba destinada al fracaso.

Se alude también a la existencia de un vicio en la constitución de la junta general, en tanto que a la junta comparecieron los abogados de los socios pero no estuvo presente el administrador social que convocó la misma. Y se alude también a un error del acta levantada a tal fin, en tanto que se hizo constar una participación de los socios presentes o representados, distinta de la real (suponían el 70,30% de las participaciones cuando en realidad suponían el 64,44 %). En suma, los actos falsarios que se recogen en el acta supone la vulneración del orden público.

En cuanto a los acuerdos relativos a la ampliación de capital con cargo a una aportación no dineraria consistentes en sendos créditos que dos socios de INELTEC ostentaban contra ésta, entiende que es nula por su causa y contenido. En concreto entiende que no se ha respetado la aportación del informe al que se hace referencia en el art. 300 LSC para los supuestos de aumento de capital con aportaciones no dinerarias. Además, entiende que no era real el crédito que ostentaban los socios y que por tanto también se trata de un acto falsario que vulnera el orden público. La realización de actos falsarios viene contemplada en la S 263/2014, de 24 de julio de esta misma Sección, como supuesto que permite acoger la infracción del orden público societario como motivo de impugnación de los acuerdos sociales.

El resto de las alegaciones entiende que suponen actos contrarios al interés social, no responden a las necesidades de la entidad ni mejoraban su situación económica. Finalmente, se alude al perjuicio del socio minoritario que pasó de ostentar el 35,56 % a 22,85% en la sociedad.

En último lugar, alude a la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto que exclusivamente se limitó a valorar la caducidad de la acción ejercitada.

5.- La parte demandada entiende que se ha introducido una alegación nueva con el recurso en tanto que fundamenta el mismo con base a la vulneración del orden público, cuestión no planteada ni alegada en la demanda. Aun con todo, se opone a la estimación del recurso manteniendo la validez de los acuerdos por no resultar contrarios a la buena fe, ni constituir abuso de derecho ni resultar perjudicial para el interés social.

TERCERO.- Planteamiento.

6.- La demanda dirige la acción de impugnación por considerar que la Junta de 3 de octubre de 2013 vulneró los principios de buena fe, se llevó a cabo con abuso del derecho y resultaba perjudicial para la sociedad con merma de los derechos del socio minoritario. Es la propia demanda, en su página 11, la que entiende aplicable el plazo de caducidad de un año desde la publicación del Acuerdo de ampliación de capital en el Registro Mercantil y que se llevó a cabo en el mes de noviembre de 2014. La propia demanda se detiene expresamente en esta cuestión y expone la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo de los plazos de caducidad antes de la reforma por la ley 31/2014, de 3 de diciembre del art. 204 de Ley de Sociedades de Capital y entiende que como no recibió el acta de la junta con anterioridad a dicha fecha, el plazo debe computarse desde la publicación de los acuerdos en el Registro Mercantil.

7.- La entidad demandada, al contestar, aporta la demanda presentada por la misma parte actora en un procedimiento ordinario posterior dirigida a impugnar la junta de ATHOLON PATRIMONIAL, S.L. de 24 de marzo de 2014. En esa demanda (documento numero 2 de la contestación) se reconoce que la convocatoria para la junta del 3 de octubre de 2013, se recibió "tarde", pero también se indica que el acta le fue remitida el día 14 de abril de 2014 (página 8 de la demanda). Con arreglo a ese reconocimiento de estos datos, la demandada alegó caducidad de la acción, y la Sentencia de 1ª instancia también acoge el argumento con base a la doctrina del TS expuesta en la Sentencias de 12 de junio de 2008 y de 29 de octubre del mismo año . Según esta doctrina, asumida también por la propia actora en su demanda, el cómputo para la impugnación de una Junta para el socio ausente se inicia con el conocimiento fehaciente de los acuerdos. Si no tuviera conocimiento fehaciente de los mismos, el plazo se inicia con la publicación de los acuerdos, si estos son inscribibles.



8.- La actora no ataca los fundamentos de la sentencia sino que introduce un planteamiento nuevo al procedimiento que extiende tanto a la base fáctica de los acuerdos impugnados como al fundamento de su pretensión. Según el nuevo planteamiento, los acuerdos vulneran el orden público por lo que no tienen plazo de caducidad y son imprescriptibles. La base fáctica se ha reproducido en el apartado 4 de esta sentencia. Como se desprende del relato de hechos alegados supone un nuevo planteamiento al procedimiento, distinto y diferente del planteado con la demanda.

9.- Como se indica en la Sentencia 402/2018 de esta misma Sección , entre otras muchas, " **No entramos en otros hechos o circunstancias que se introducen por primera vez en el recurso. La prohibición de introducir cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental recogido en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Dispone dicho precepto que en el recurso de apelación podrá perseguirse que se revoque una sentencia "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia". Impide, por tanto, que ante el tribunal "ad quem" se puedan plantear recursos de apelación sobre cuestiones no alegadas oportunamente en la primera instancia y, por tanto, respecto de las que no se ha dado al juzgado de instancia explícitamente la posibilidad de resolverlas.**

En este sentido, ni los hechos alegados en el recurso de apelación ni que éstos constituyan vulneración del orden público se alude a ellos en la demanda, que se funda en otros hechos en los que se basa y otros fundamentos. Esencialmente, no se menciona vulneración alguna del orden público, en tanto que la propia demanda entiende aplicable el plazo de caducidad anual, previsto en art. 205 LSC, con carácter general, para los acuerdos impugnables.

Todo ello, es suficiente para desestimar el recurso planteado, sin que se vea vulnerado el derecho de la parte a una resolución motivada en cuanto al fondo, dado que la confirmación de caducidad de la acción ejercitada, permite no entrar a valorar el resto de los motivos del recurso.

CUARTO.- Sobre las costas.

10.- Al desestimarse el recurso, imponemos las costas de esta alzada a la parte recurrente (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al art. 394 LEC).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Aurelio contra la sentencia del Juzgado Mercantil número 9 de Barcelona de 21 de noviembre de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se mantiene en sus propios términos.

Se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15a de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

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.