



Roj: **STS 7075/2003 - ECLI:ES:TS:2003:7075**

Id Cendoj: **28079110012003102643**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2003**

Nº de Recurso: **143/1998**

Nº de Resolución: **1052/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, como consecuencia de autos de Juicio de Menor Cuantía, núm. 142/95, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Coria, sobre Impugnación de Acuerdos Sociales; cuyo recurso fue interpuesto por DON José , representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Vázquez Hernández; siendo parte recurrida la entidad CONSERVAS ELAGÓN, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Marta Bermejillo de Hevia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coria, fueron vistos los autos, Juicio de Menor Cuantía, promovidos a instancia de don José , contra la entidad mercantil Conservas Elagón, S.A., sobre impugnación de acuerdos sociales.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que, se declare la nulidad de los acuerdos tomados por el Consejo de Administración de la Sociedad "Conservas Elagón, S.A.", el 6 de junio de 1995, y todo ello con expresa condena de las costas procesales a la parte demandada.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada, contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que, desestimando todas las pretensiones formuladas por don José , absuelva a su representada, con expresa imposición de costas al actor.

Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fué declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 10 de julio de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Navarro Hernández, en nombre y representación de don José , contra la entidad "Conservas Elagón, S.A.", representada por la Procuradora Sra. Fabián Pizarro, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo tomado en el segundo punto del orden del día por el Consejo de Administración de la Sociedad "Conservas Elagón, S.A.", el 6 de junio de 1995, así como del adoptado por el citado Consejo de Administración en el tercero de los puntos del orden del día en cuanto con el mismo se desarrolle y cumplimente el acuerdo anterior, absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos contenidos en la demanda, sin hacer especial declaración sobre costas".



SEGUNDO: Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación, que fue admitido, y substanciada la alzada la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 23 de diciembre de 1997, cuyo Fallo es como sigue: "Estimando el recurso de apelación entablado por la Procuradora Sra. Muñoz en nombre y representación de "Conservas Elagón, S.A." contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Coria y su partido el día 10 de julio de 1997, con revocación parcial de la misma, debemos absolver y absolvemos a la indicada sociedad apelante-demandada de todas las pretensiones contra ella deducidas en la demanda presentada por el Procurador Sr. Hernández Lavado en nombre y representación de don José "

TERCERO: El Procurador de los Tribunales, don Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de DON José , formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos: PRIMERO: "Al amparo de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 1692 L.E.C., se denuncia la infracción por indebida aplicación del art. 165 de la Ley de Sociedades Anónimas".- SEGUNDO: "Al amparo de lo dispuesto en el número 4 del art. 1692 L.E.C., se denuncia la inaplicación del art. 161 de la Ley de Sociedades Anónimas".- TERCERO: "Al amparo de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 1692, se denuncia la inaplicación del art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas".

CUARTO: Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora de los Tribunales, doña Pilar Marta Bermejillo de Hevia, en nombre y representación de la entidad CONSERVAS ELAGÓN, S.A., impugnó el mismo.

QUINTO: No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de Vista Pública, se señaló para VOTACIÓN Y FALLO EL DÍA 28 DE OCTUBRE DE 2003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constituye el objeto del presente recurso de casación, dilucidar la acción entablada por el actor don José , contra la Sociedad demandada Conservas Elagón, S.A., en petición de que se declare la NULIDAD del acuerdo de 6 de junio de 1995 del Consejo de Administración de la Entidad, en cumplimiento o ejecución del previo acuerdo de la Junta General de 19 de abril de 1995, por el que se declara concluido el proceso de ampliación del capital social, previa reducción a cero del capital social y, simultánea ampliación en una cifra determinada que culminó con la suscripción de todas las nuevas acciones objeto de esa ampliación, a consecuencia de no haberse cumplido con las exigencias legales para la adopción y culminación de ese acuerdo -en lo básico la falta de publicación requerida por el art. 165 L.S.A., en el BORME y en 2 periódicos de gran circulación provincial (sólo se publicó uno), a lo que se opone la sociedad demandada. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coria, en su Sentencia de 10 de julio de 1997, se declaró esa nulidad en el punto 2º del Acuerdo antes transcrito, estimando en parte la demanda, que se revocó, por la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres de 23 de diciembre de 1997, absolviendo de la demanda a la demandada. Recurre en Casación el actor.

SEGUNDO: En el MOTIVO PRIMERO del recurso, se denuncia al amparo de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 1692 L.E.C., la infracción por indebida aplicación del art. 165 de la Ley de Sociedades Anónimas; y se aduce que, dicho artículo 165, señala que, "el acuerdo de reducción del capital deberá ser publicado en el B.O. del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación en la provincia que la sociedad tenga su domicilio" y, que este artículo ha sido indebidamente aplicado, ya que, a pesar de su claridad en la literalidad del mismo, la Sentencia recurrida ha estimado como válido el acuerdo del Consejo de Administración tomado en su reunión del pasado 6 de junio de 1995, en virtud del cual se declaró concluido el proceso de suscripción y proceder a la ejecución del acuerdo de reducción y simultánea ampliación del capital, con la modificación de los Arts. 6º y 7º de los Estatutos Sociales, cuando no se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 165 de L.S.A., Artículo que está en íntima relación con el art. 169 del mismo texto legal... Sin embargo, es de obligación previa relatar cuales fueron los acuerdos tomados por la Junta General de "Conservas Elagón, S.A.", y que el Consejo de Administración impugnado decidió ejecutar.

Se plantea, pues, la denuncia de que la recurrida ha infringido el art. 165 L.S.A., en relación con el 169, y ello, porque, al celebrarse la reunión del Consejo para la adopción de citado acuerdo no se había cumplido con el requisito de la publicidad previa , pues, sólo se había publicado en el BORME y en el periódico HOY, en ambos casos con fecha 4 de mayo faltando, pues, uno de los preceptivos anuncios y, porque, pese a que se trata de una "operación acordeón" -reducción y simultánea ampliación del capital social- ambas medidas conservan su autonomía conceptual y habrán de observarse sobre las mismas sus respectivos requisitos, analizándose el sentido de las resoluciones de la D. G.R.N. de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995, y que, a tenor de las mismas aquella "operación de acordeón", no cumplía con ninguno de los requisitos exigidos por esa Dirección, culminándose con la denuncia de que "en la adopción del acuerdo impugnado no se cumple con ninguno de



los requisitos exigidos por la D.G.R.N. en relación a los artículos 165 y 169 L.S.A., siendo por ello obligado la publicación en dos periódicos...".

El Motivo no se acepta, no ya porque sería suficiente pretender con su tesis censurar a la sentencia recurrida porque la misma, al desestimar la petición de nulidad del acuerdo controvertido de 6 de junio de 1995 "no ha cumplido con los requisitos exigidos por la D.G.R.N.", ya que obvio es, carece de relevancia para su acogida casacional por tratarse de un organismo administrativo, (S. 11-7-2002), sin peso vinculante al efecto en la casación, sino, porque, incluso la propia Sala "a quo" en su mismo F.J. 3º contempla y tiene en cuenta la doctrina de esas resoluciones aunque, con un final de acogimiento discrepante del que sostiene el Motivo. Por lo demás, la observancia de los requisitos prevenidos en sendos artículos, sobre todo, el de publicidad previa del art. 165, está suficientemente explicado en la recurrida, cuando expresa que la simultaneidad concurrente en el acuerdo de reducción y aumento del capital social, con la finalidad de evitar la desaparición de la entidad en perjuicio de los acreedores y la posterior culminación de la suscripción en su totalidad de las nuevas acciones, conllevan a la validez del acuerdo impugnado, por lo que, la Sala hace suya toda la argumentación inserta en los FF.JJ. 2º y 3º de la recurrida para insistir en el rechazo del Motivo: "...El expresado acuerdo, al amparo de lo establecido en el art. 169 de la L.S.A. consistió en la reducción a cero del capital social y la simultánea ampliación en una cifra determinada. Bien es cierto que este mecanismo en determinados supuestos puede implicar, sin perjuicio de la salvaguarda que supone el derecho de suscripción preferente en favor de los titulares de acciones ya emitidas, una maniobra tendente a la exclusión, por separación de un determinado socio, pero no es tal el caso que nos ocupa puesto que el acuerdo de la Junta General viene inexcusablemente determinado por el balance, debidamente aprobado por la Junta y verificado por auditores de cuentas en cumplimiento del art. 168.2 de la L.S.A. (folios 44, 45 y 256), cerrado a 31 de octubre e 1994, en el cual, se evidencia (folios 44, 142 vto. y 407 y concordantes), que la sociedad en cuestión carecía de activo neto puesto que las pérdidas acumuladas y las del ejercicio superaban en más de 152 millones de pesetas la cifra de capital social y las reservas, lo que sería determinante de la disolución de la sociedad por imperativo, al menos y sin entrar en otras consideraciones del art. 260.1.5º de la L.S.A. Si esto es así, como es, parece que debemos convenir en que el acuerdo de la Junta y su consecuente ejecución por el Consejo se orienta también a proteger mediante la continuidad de la sociedad a través del simultáneo aumento de capital, el interés de los acreedores que de otra manera habrían de concurrir a la liquidación de una sociedad en bancarrota. En consecuencia, desde la perspectiva de protección de los acreedores nada parece que pueda reprocharse al acuerdo que nos ocupa que culminó con la suscripción de todas las acciones cuyo valor nominal asciende a más de 800 millones de pesetas, de los que se ha desembolsado, dado cumplimiento a lo acordado en el apartado III de la Junta mencionada y, por encima de lo exigido en el art. 12 de la L.S.A., más del 70% mediante aportaciones dinerarias y conversión de pasivo exigible en capital según autorizan de forma expresa los arts. 151.2 y 156 de la L.S.A.: ahora existe una cifra de garantía". (F.J. 2º).

"Y en esta línea -se continúa en el F.J. 3º- cabe indicar que la operación simultánea que nos ocupa es única, sin solución de continuidad, de modo que la reducción y el aumento de capital se condicionan como indica el art. 169.2 de la Ley y así, el acuerdo de reducción tiene un alcance meramente contable puesto que no implicaba más que la asunción en términos legales de la realidad impuesta por las pérdidas; por el contrario, el aumento de capital ha sido real y efectivo, no puramente nominal. Por otra parte, es opinión generalizada que la adecuada publicación del acuerdo de la reducción de capital en los términos del art. 165 de la ley tiene por finalidad dar a conocerla y fijar el día inicial del plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición. Y sucede, por una parte, que el demandante conoce el acuerdo desde que se adoptó tal y como se desprende de la carta obrante a los folios 37 y ss. enviada por conducto notarial de modo que el acuerdo produce plena eficacia interna en la sociedad ( sentencia del T.S. de 27 de marzo de 1984) y, por otra parte, los acreedores, como ya se ha indicado, habida cuenta de que en definitiva la operación habría de suponer siempre un incremento del capital social más allá de la situación de bancarrota, en modo alguno resultarían perjudicados aunque no se hubiese suscrito la totalidad de la oferta de nuevas acciones por cuanto la finalidad última del acuerdo de simultánea reducción y ampliación no persigue la reducción de capital social sino incremento sin perjuicio de que en este caso no tendrían, como es lógico, derecho de oposición de acuerdo con lo establecido en el art. 167.1º de la L.S.A. Se debe significar, no obstante que existió una segunda publicación en un diario, el día 21 de junio de 1995 (folio 157) sin que conste oposición alguna por las razones ya expuestas. En esta línea se inscriben las resoluciones de la D.G.R.N. de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995 que concluyen afirmando en estos casos 'la neutralidad e irrelevancia para los acreedores sociales de la simultánea operación de reducción y aumento de capital social, hacen innecesaria la publicación en el caso debido del acuerdo de reducción" (F.J. 3º).

TERCERO: En el MOTIVO SEGUNDO, se denuncia al amparo de lo dispuesto en el número 4 del art. 1692 L.E.C., la inaplicación del art. 161 de la Ley de Sociedades Anónimas; y se alega que, señala el art. 161 de la L.S.A., que "1.- cuando el aumento del capital no se suscriba íntegramente dentro del plazo fijado para la suscripción,



el capital se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas sólo si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad", y que, este artículo ha sido vulnerado toda vez que, pese a que la Junta General había previsto la suscripción incompleta, y ésta se produjo de manera efectiva, el Consejo de Administración celebrado el 6 de junio de 1995, declaró como suscrita la totalidad de la ampliación de capital prevista en un primer momento, no pronunciándose la Sentencia ahora recurrida sobre la aplicación o no del citado art. 161 de la L.S.A. y, por tanto, no pronunciándose sobre la previsión aprobada por la Junta General en su reunión de 19 de abril de 1995, de que se produjese el supuesto de la suscripción incompleta, no pudiéndose, en consecuencia y por aplicación del art. 161 de la L.S.A., declararse suscrito y ampliado el capital social en 809.315.000 ptas., lo que supone el 100% cuando, como vemos, no fue suscrito en tiempo y forma legales dicho 100%, y añade que, como ya hemos tenido oportunidad de señalar en nuestro anterior Motivo, la Junta General Extraordinaria de Accionistas, celebrada el 19 de abril de 1995, aprobó por mayoría del 61'65% del capital social con derecho a voto, que en caso de que transcurrido el periodo de suscripción preferente no hubiese sido suscrito íntegramente el capital social, el capital quedaría aumentado en la cuantía de las suscripciones realmente efectuadas. Así está acreditado al folio 118 de los autos.

Se especula sobre que el acuerdo de la Junta General preveía la suscripción incompleta del nuevo capital, mientras que el Acuerdo Impugnado declaró suscrita la totalidad de la suscripción, por lo que, la Sala no se pronunció sobre esa circunstancia emanada del previo acuerdo de la Junta General. Tampoco triunfa el Motivo, porque, el objetivo de la acción entablada postula la nulidad del acuerdo del Consejo de 6-6-95 y que aunque tendente a la ejecución del anterior de la Junta de 19 de abril de 1995, es al primero al que han de dirigirse las supuesta infracciones, por lo demás inexistentes, porque, la suscripción de la totalidad emitida -F.J. 2º "in fine"- ,confirman la tutela social y de los mismos interesados según viene a reconocer el F.J. 3º de la recurrida, ya transcritos.

En el MOTIVO TERCERO, se denuncia al amparo de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 1692, la inaplicación del art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Motivo decae, al no haberse producido las infracciones previas denunciadas por lo que no se estima la pretensión de impugnación por nulidad de los actos sociales controvertidos al no haberse -se repite- producido ninguna de las infracciones previstas en el citado art. 115 L.S.A.

Se desestima, pues, el recurso con los demás efectos legales derivados

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON José , frente a la Sentencia Pronunciada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres en 23 de diciembre de 1997, condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso. Y, a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.- JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ.- RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.