



Roj: **SAP B 14637/2012 - ECLI:ES:APB:2012:14637**

Id Cendoj: **08019370152012100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **29/11/2012**

Nº de Recurso: **49/2012**

Nº de Resolución: **397/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JORDI LLUIS FORGAS FOLCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DÉCIMO QUINTA**

ROLLO núm. 49/2012 - 3ª

Procedimiento Ordinario núm. 180/2011

Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona

### **SENTENCIA Núm. 397/2012**

#### **Ilustrísimos Señores Magistrados:**

D. JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

D. LUÍS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUÍS FORGAS i FOLCH

En la Ciudad de Barcelona, a veintinueve de noviembre de julio de dos mil doce.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 180/2011, seguidos ante el Juzgado Mercantil Diez de Barcelona a demanda de Alexis contra CINCO G 1870, S.L., los cuales penden ante esta instancia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil once dictada por dicho Juzgado .

Han comparecido en esta alzada, en calidad de parte apelante Alexis , representada por el procurador Sr. Jordi Pich Martínez y defendida por el letrado Felipe Cabredo Magriñá. En calidad de parte apelada la demandada CINCO G 1870, S.L., representada por la procuradora Carme Cararach Gomar y defendida por el letrado Jordi Buxeda Mestre.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: *"Desestimar íntegramente la demanda formulada por Alexis contra CINCO G 1870 SL y absolver a la libremente a la demandada de los pedimentos formulados de contrario y con condena a la parte demandante por las costas devengadas en la primera instancia"*.

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la demandante Alexis . Conferido traslado a la demandada formuló oposición. Tras ello se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, en la que se turnaron a la Sección Decimoquinta, que señaló el pasado 6 de junio para la votación y fallo.

Es ponente el Ilustrísimo Señor Magistrado D. JORDI LLUÍS FORGAS i FOLCH.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El actor, Alexis , impugna los acuerdos adoptados en la junta general y universal de socios de la sociedad demandada, CINCO G 1870, S.L., basando esa acción en la infracción del derecho de información del socio, en la vulneración de la interdicción del abuso de derecho y por contravenir la prohibición de **asistencia financiera** que regulaba el art. 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad (LSRL).

En la referida junta se acordó reducir el capital social de CINCO G 1870, S.L., a cero para aumentarlo simultáneamente en 140.000€ mediante la compensación de un crédito que ostentaba Setial Vermell, S.A. frente a la demandada.

Señala el actor, en cuanto a su legitimación, que antes de la junta universal de 29 de marzo de 2010, era socio de la sociedad demandada, CINCO G 1870, S.L., con un porcentaje de participación del 42,50% del capital social, al igual que su hermano GONZALO y su hermana MARTA, aunque ésta ostentaba un 15%.

**SEGUNDO.-** En su demanda Alexis relata que en fecha 18 de diciembre de 2009 el Banco de Valencia concedió a G. Comella Fly, S.L. un préstamo por importe de 580.000€ con garantía hipotecaria prestada por la sociedad Setial Vermell, S.A. En fecha 18 de diciembre de 2009, la sociedad de G. Comella Fly, S.L. concede a Setial Vermell, S.A. un préstamo por el mismo importe que aquélla había recibido de Banco de Valencia. El 23 de diciembre de 2009, Setial Vermell, S.A. concede a la sociedad demanda un préstamo por importe de 190.000€.

El 29 de marzo de 2010, la referida sociedad demandada CINCO G 1870, S.L. celebra junta universal en la que se acuerda reducir a cero el capital social, con el objeto de reequilibrar la situación patrimonial y, a continuación, el aumento del capital social a la suma de 140.000€, renunciando los socios, incluido el actor, al derecho de suscripción preferente, por lo que se ofreció la suscripción de las participaciones a Setial Vermell, S.A., que asumió y desembolsó mediante la compensación de parte del préstamo por ella concedido a la demandada.

**TERCERO.-** La sociedad demandada se opone a la pretensión de nulidad de los acuerdos sociales ya que en la junta impugnada sí se cumplieron todos los requisitos legales, no hubo infracción del derecho de información, ni abuso de derecho ya que el actor conocía todos los pormenores y antecedentes de la operación y negó, asimismo, que existiera **asistencia financiera**, en los términos que expresa el art. 40.5 LSRL , ya que el préstamo se concedió tres meses antes de la junta impugnada.

La sentencia de primera instancia, que recurre el referido demandante, desestimó la demanda y concluyó que no existió infracción del derecho de información, ni abuso de derecho ni tampoco vulneración del art. 40.5 de la LSRL .

**CUARTO.-** *Vulneración del derecho de información.*

En el primer motivo de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta se alega vulneración de su derecho de información. En particular, en su escrito de apelación, el actor señaló que sí que era conocedor de la difícil situación financiera de la sociedad demandada pero no de la operación cuyo objetivo era expulsarle de la sociedad.

El actor, ni antes ni durante la celebración de la junta universal de 29 de marzo de 2010, solicitó información alguna. En el documento núm. 11 de la demanda, consistente en el acta notarial que se levantó de la junta impugnada, no consta que el actor formulara protesta ni petición de información. El demandante votó a favor de cuantos acuerdos se propusieron y, entre ellos, el de reducción del capital social a cero y aumento simultáneo en 140.000€ mediante la compensación de un crédito que ostentaba Setial Vermell, S.A y, sin que conste impedimento alguno, no concurrió a esa ampliación de capital.

Con anterioridad a dicha junta, no puede dejarse de recordar que el único socio de G. Comella Fly, S.L. es la sociedad Gonzalo Comella, SAU en la que el actor ostentó el cargo de consejero delgado hasta el mes de diciembre de 2009 y, hasta ese mismo mes de diciembre, la hija del actor, D<sup>a</sup>. Amalia , ostentó el cargo de administrador solidario de G. Comella Fly, S.L. y que, con fecha 21 de septiembre del mismo año, suscribió, junto a sus otros dos hermanos Gonzalo y Marta, un documento en el que se contemplaban operaciones de financiación, entre Setial Vermell y sociedades del grupo, la prestación de una garantía hipotecaria por Setial Vermell y la posibilidad de proceder a un aumento de capital por compensación de créditos.

En este sentido, tratándose el derecho de información del socio de un derecho instrumental preordenado al ejercicio del voto, en las presentes actuaciones no se observa su vulneración.

No se hay constancia en las actuaciones de que el único motivo de la operación de ampliación de capital era expulsarle de sociedad ya que no ha acreditado que el actor no concurrió a la ampliación de capital por otras causas que no fueran las atinentes a su propio estado financiero.



Tampoco hay constancia de que el actor no tuviera información suficiente acerca de los antecedentes que justificaban la *operación acordeón*. En el referido acuerdo de 21 de septiembre de 2009, firmado entre otros por el actor, si bien estaba formalmente encaminado a solventar la deuda mantenida por las sociedades del grupo con la Agencia Tributaria, se trató, sin duda extensamente, de la situación financiera de las sociedades que conforman del denominado *grupo COMELLA* y se acordaron diversas medidas que implicaban tanto a Setial Vermell, SAU, a Gonzalo Comella Fly, S.L. como a la propia sociedad demandada. En este sentido, no puede alegar desconocimiento de toda la realidad financiera del grupo societario familiar del que la sociedad demandada formaba parte y en el que el actor había participado desde cargos de innegable responsabilidad.

Por último, en cuanto a la denuncia de abuso de derecho hemos de decir, en primer lugar, el hecho de que el socio no pueda concurrir al aumento de capital social por carencia de medios económicos no revela *per se* un abuso de derecho en la adopción del acuerdo, máxime cuando resulta que éste obedece a una objetiva necesidad financiera de la sociedad. El crédito que ostenta Setial Vermell deriva de la financiación que presta a la sociedad demandada, financiación que, a su vez, la prestamista obtuvo del Banco de Valencia comprometiendo una finca de su propiedad. En segundo lugar, no se advierte que el acuerdo impugnado se adoptase con la finalidad de expulsar al socio accionante de la sociedad ya que, como hemos visto, la adopción del mismo resultaba una pertinente opción dada la situación económica de la demandada. De ahí que tampoco resulte acreditado un abuso de derecho que invalide los acuerdos impugnados.

#### **QUINTO.- Prohibición de *asistencia financiera*.**

En el tercer motivo, se fundamenta la impugnación en la infracción del art. 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), hoy en día, con idéntica redacción, art. 143.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El tenor literal del precepto señala que la sociedad de responsabilidad limitada *no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar **asistencia financiera** para la adquisición de sus propias participaciones o de las acciones o participaciones emitidas por la sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca*.

En el caso, lo que se prohíbe es la concesión por parte de una sociedad de responsabilidad limitada de préstamos para adquirir sus propias participaciones o para adquirir las participaciones creadas o las acciones emitidas por una sociedad del mismo grupo.

Como ya hemos dicho, en fecha 18 de diciembre de 2009 el Banco de Valencia concedió a G. Comella Fly, S.L. un préstamo por importe de 580.000€ con garantía hipotecaria prestada por la sociedad Setial Vermell, S.A. En fecha 18 de diciembre de 2009, la sociedad de G. Comella Fly, S.L. concede a Setial Vermell, S.A. un préstamo por el mismo importe que aquélla había recibido de Banco de Valencia. El 23 de diciembre de 2009, Setial Vermell, S.A. concede a la sociedad demanda un préstamo por importe de 190.000€.

El 29 de marzo de 2010, la sociedad demandada CINCO G 1870, S.L. celebra junta universal en la que se acuerda reducir a cero el capital social, con el objeto de reequilibrar la situación patrimonial, acordándose a continuación y en la misma junta, el aumento del capital social hasta la suma de 140.000€, renunciando los socios (incluido el actor) al derecho de suscripción preferente, por lo que se ofreció la suscripción de las participaciones a Setial Vermell, S.A., que asumió y desembolsó mediante compensación de parte del préstamo por ella concedido a la demandada.

En realidad, el actor lo que denuncia, en este motivo de impugnación alegando la infracción del referido art. 40.5 de la LSRL, es el acuerdo por el que Setial Vermell, S.A. concede a la demandada el préstamo por importe de 190.000€ y no el acuerdo adoptado en la junta universal de 29 de marzo de 2010. En este sentido, no procede estimar la impugnación al amparo de ese precepto pues el acuerdo social impugnado no es el de concesión de préstamo o **asistencia financiera** (en los términos en los que se expresa el precepto legal invocado) sino el acuerdo de ampliación o de reducción del capital social por lo que no puede alegarse la nulidad del acuerdo por la infracción del referido artículo.

En su recurso la parte apelante, amén de reincidir en la idea de que la operación de ampliación tenía la única finalidad de expulsarle de la sociedad demandada, añade que el préstamo de Setial Vermell, S.A. a la demandada, el 23 de diciembre de 2009, estaba preordenado a la adquisición de las participaciones sociales mediante la operación de ampliación de capital impugnada. No existe prueba precisa de ello y no debe olvidarse que la pretensión ejercitada en las presentes actuaciones no es la de anular el préstamo concedido a CINCO G 1870, S.L. (préstamo, por cierto, concedido cuando el actor era administrador de la sociedad demandada), sino pretender la nulidad del acuerdo simultáneo de reducción y ampliación de capital social adoptado en la junta impugnada, por lo que en este sentido, procede la desestimación del recurso.

**SEXTO.-** Al haberse desestimado el recurso procede la imposición de costas de esta alzada a la apelante ( art. 398 LEC ).



## FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por Alexis contra la Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número Diez de Barcelona que se ha referido en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, la CONFIRMAMOS, todo ello con imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme que sea, remítanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia a los efectos oportunos, quedando en las actuaciones testimonio suficiente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados integrantes del Tribunal.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el magistrado ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ