



Roj: **SAP M 14052/2014 - ECLI:ES:APM:2014:14052**

Id Cendoj: **28079370282014100228**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **01/09/2014**

Nº de Recurso: **44/2013**

Nº de Resolución: **239/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0000774

ROLLO DE APELACIÓN Nº 44/2013.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 113/2008.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Parte recurrente: D. Gaspar

Procurador: D. Gabriel de Diego Quevedo

Letrado: D. Jaime Caballero Moreno

Parte recurrida: PRETENSADOS Y ARMADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN, S.A.

Procuradora: D<sup>a</sup> Teresa Uceda Blasco

Letrados: D. Ramón Díaz Leal/D. José Luis Díaz Echegaray

#### **SENTENCIA nº 239/2014**

En Madrid, a uno de septiembre de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 113/2008 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandante la Sentencia que dictó el Juzgado el día veinticinco de septiembre de dos mil doce.

Ha comparecido en esta alzada el demandante, D. Gaspar representado por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel de Diego Quevedo y asistido del Letrado D. Jaime Caballero Moreno, así como la demandada, PRETENSADOS Y ARMADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Teresa Uceda Blasco y asistida de los Letrados D. Ramón Díaz Leal y D. José Luis Díaz Echegaray.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que se desestima la demanda interpuesta por el procurador D. Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y representación de D. Gaspar , absolviendo a la demandada de los pedimentos solicitados en su contra.

Se condena en costas a la parte actora, al haber sido rechazadas sus pretensiones."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día diecisiete de julio de dos mil catorce.



Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Gaspar interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil PRETENSADOS Y ARMADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN, S.A. en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales por la que solicitaba la nulidad del acuerdo de ampliación de capital adoptado en la Junta General de socios de dicha sociedad celebrada en fecha 6 de febrero de 2008.

La impugnación se sustentaba en no haberse observado los requisitos legalmente previstos en la Ley de Sociedades Anónimas para la adopción de dicho tipo de acuerdos y en especial los relativos al derecho de información del socio y a la emisión de informe justificativo de la modificación del capital social. A continuación se relacionan de manera ciertamente confusa, aludiendo a la conformación del orden del día, que refiere en realidad a lo dispuesto en el artículo 144 TRLSA, es decir, a los requisitos de la modificación estatutaria.

La alegación relativa a la litispendencia en relación a supuestos delitos de los administradores (Diligencia Previa 2240/2005 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Arganda del Rey) resulta incomprensible.

A continuación la impugnación se concreta en los siguientes hechos sobre el derecho de información, que, en lo posible, intentaremos sistematizar:

(i) Se señala en la demanda que a pesar de que en la publicación se decía que los señores accionistas tienen a su disposición en el domicilio social el texto íntegro de las modificaciones propuestas y el informe sobre las mismas la realidad es que no había documentación a disposición de los accionistas. Añade que el día anterior a la celebración de la junta la representante del actor se personó en el domicilio social y requirió la documentación fiscal y contable de la sociedad que justificara la necesidad de la ampliación propuesta.

(ii) El informe emitido no va acompañado de balance que justifique y avale lo manifestado en el mismo.

(iii) El informe carece de fecha, lo que corrobora la idea de que fue confeccionado el mismo día de la convocatoria.

(iv) El informe carece de contenido. El administrador comprobó repentinamente que existían unos fondos propios negativos por importe de un millón seiscientos treinta y dos mil seiscientos sesenta euros que pasó desapercibida en la formulación y aprobación de las cuentas de ejercicios anteriores. El informe no justifica la pretendida modificación. Se refiere además a las cantidades supuestamente prestadas por uno de los administradores sin relación pormenorizada de los socios que han efectuado el préstamo de dos millones de euros.

En el escrito de contestación a la demanda destaca PRETENSADOS Y ARMADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN, S.A. que la justificación del aumento de capital se encuentra en la existencia en el momento en que se acordó la ampliación de unos fondos propios negativos de 1.632.660 €. Incluso la ampliación es insuficiente para atender al déficit patrimonial existente, evitándose la disolución por medio de un préstamo participativo para proceder después a efectuar varias ampliaciones de capital, facilitándose así a los accionistas la posibilidad de efectuar el desembolso necesario.

Por otra parte señala la contestación a la demanda que la referencia al orden del día y los requisitos del artículo 144 TRLSA no concreta qué es lo que se ha incumplido.

Rechaza por otra parte la supuesta "litispendencia" señalando que las referidas diligencias previas nada tienen que ver con la ampliación de capital.

Sobre el derecho de información manifiesta:

(i) No es cierto que la representante del actor acudiera a la empresa el día 5 de febrero de 2008. Pudo tratarse de otro lugar, dado que en la demanda el domicilio que se indica no es correcto o bien de la empresa colindante FORJADOS LOECHES, S.A.

(ii) No es preciso que se acompañe el balance, que por otra parte puede ser conocido acudiendo al Registro Mercantil.

(iii) No existe norma alguna que imponga la fecha del informe. En cualquier caso es anterior al anuncio de convocatoria. En la Junta se dio lectura íntegra al informe y nadie protestó respecto del mismo.

(iv) El informe es claro y cumple los fines para los que está previsto. Nadie ha discutido que la sociedad tiene unos fondos propios negativos por importe de 1.632.660 €. Por otra parte el actor conoce perfectamente



quien ha realizado el préstamo, y no hay duda ya que solo uno de los administradores es varón y se refleja en masculino, al margen de que tampoco tiene trascendencia en orden a la necesidad de la ampliación.

El hecho de que nada se manifestase respecto al informe en el acto de la Junta para luego impugnar el acuerdo de ampliación de capital sobre la base del informe y su contenido resulta contrario a la buena fe.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión.

A tal efecto la sentencia analiza los requisitos que debe cumplir el informe.

Considera que el informe es claro y que se indica el objeto que persigue la ampliación de capital. La ampliación pretende sustituir la fuente de financiación temporal derivada del préstamo que pretendía evitar la concurrencia de causa de disolución por otra de carácter permanente. Concluye señalando que el informe resulta adecuado y no se vulnera el derecho de información del socio.

SEGUNDO. Frente a la citada sentencia se alza el recurso de apelación interpuesto por D. Gaspar .

Destaca en primer lugar que su representante, D<sup>a</sup> Lourdes se personó en el domicilio social el día 5 de febrero de 2008 acompañada de la representante de su hermana D<sup>a</sup> Clemencia y no se encontraba socio ni empleado ni persona que pudiera darles razón de la convocatoria ni de la documentación preceptiva que debía estar en el domicilio social a disposición de los socios. Añade que preguntó por la documentación en otra empresa del grupo, FORJADOS LOECHES, S.A. que comparte domicilio con el de PRETENSADOS Y ARMADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN, S.A. La persona a la que se dirigió dijo no saber nada.

El primero de los motivos del recurso se sustenta en la incongruencia omisiva.

Considera que la sentencia no se pronuncia sobre el hecho de que la documentación no estaba a disposición de los accionistas ni desde el momento de la convocatoria ni el día previsto para la celebración: tampoco el texto íntegro de las modificaciones se entregó el día de la celebración de la Junta.

En su escrito de oposición al recurso señala la demandada que la sentencia se pronunció sobre este derecho en el Fundamento Jurídico Tercero, destacando que no se solicitó información en tiempo y forma.

Valoración del Tribunal.

Sobre la incongruencia omisiva hemos de referirnos a dos aspectos. El primero es que la sentencia rechaza que la solicitud de información se efectuase oportunamente y que se dispuso en la junta del informe con los requisitos necesarios.

Con independencia pues de las discrepancias que se pudieran mantener sobre lo resuelto, lo cierto es que la sentencia analizó las cuestiones en que se sustentaba la pretensión de nulidad del acuerdo de ampliación de capital, que hemos de reiterar se planteaban de forma confusa.

El segundo de los aspectos que hemos de mencionar es que el artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC , y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC , de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva ( SSTS de 12 de noviembre de 2008 , 16 de diciembre de 2008 , y 28 de junio de 2010 ). En virtud de lo expuesto no es posible estimar el defecto que se atribuye a la sentencia recurrida.

TERCERO. El segundo de los motivos en que se sustenta el recurso viene a reproducir las alegaciones efectuadas en la demanda.

Por una parte se manifiesta que el día anterior a la celebración de la Junta se requirió documentación que justificara la necesidad de ampliación propuesta. En la Junta se entregó el informe relativo al aumento de capital y se solicitó información sobre la situación patrimonial de la sociedad, que les fue negada.

En su escrito de oposición al recurso, la sociedad alega que no es cierto que la representante del actor acudiera al domicilio social y a lo largo del procedimiento no se ofreció otra prueba que la declaración de la representante y letrada del actor. De las propias manifestaciones de la recurrente se desprende que no se solicitó información a nadie.

En relación al motivo alegado hemos de advertir que no es posible en la segunda instancia alterar el fundamento de la solicitud de nulidad del acuerdo tal y como fue planteado en la primera instancia. Aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se



refiere a los hechos -questio facti-, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas -questio iuris-, dado que ello se opone al principio general pendente appellatione nihil innovetur.

Recordemos que, en lo relativo al "derecho de información", la nulidad se sustenta en el ofrecimiento del texto íntegro de las modificaciones propuestas y el informe sobre las mismas (hecho segundo de la demanda), lo que se concreta después en el hecho tercero en que el cinco de febrero la representante del socio se personó en el domicilio de la sociedad y solicitó la documentación referente a la Junta. Posteriormente la demanda hace referencia a la falta de información desde las desavenencias del actor con su tío, lo que no guarda relación con la Junta en cuestión, ya que el derecho de información debe estar relacionado directamente con la junta cuyos acuerdos se impugnan y, más en concreto, con la documentación ofrecida en la convocatoria en relación al aumento de capital, que es lo que sustenta la nulidad.

La Junta fue convocada para el día 5 de febrero de 2008, en primera convocatoria, y para el día 6 de febrero de 2008 en segunda convocatoria. Dicha convocatoria se publicó en el BORME y en el diario "El Mundo" en fecha 4 de diciembre de 2007, como se desprende del acta notarial de la Junta (ff. 51 y ss.).

En la convocatoria se hizo constar que los accionistas tienen a su disposición en el domicilio social es texto íntegro de las modificaciones propuestas y el informe sobre las mismas, pudiendo pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

Resulta completamente anómalo que pudiéndose solicitar la documentación ofrecida desde el día 4 de diciembre de 2007 no se solicite hasta el mismo día de la primera convocatoria de la Junta.

A pesar de que no se acredita la presencia de la representante del actor en el domicilio social, lo cierto es que en ningún momento llegó a conocimiento de la sociedad la solicitud, ni existe constancia de su contenido concreto. No estamos por lo tanto ante una solicitud de la que quede constancia escrita, ni de una solicitud que hubiera llegado por correo a la sociedad y ésta tuviera aviso de la recepción, por lo que de ningún modo podría ser imputable a la sociedad el que no tuviera conocimiento efectivo de la supuesta solicitud.

La sentencia se refiere a un escrito que el Presidente de la Junta manifiesta haberse recibido el día anterior (el señalado para la primera convocatoria). Es evidente que como solicitud en general de información para la Junta resultaría extemporánea ( artículo 112 TRLSA ) y como solicitud de los documentos a los que se refiere la convocatoria no puede reprocharse a la sociedad incumplimiento alguno por el hecho de que se faciliten en el propio acto de la Junta, en donde se reitera con detalle el alcance de la modificación y se entrega el informe justificativo. Pero hemos de añadir que dicho escrito se refiere a D<sup>a</sup> Clemencia , no al recurrente, según consta en el acta de la junta.

Respecto a la contestación de las preguntas efectuadas en el acto de la junta hemos de reiterar que en ningún momento los hechos en que se sustenta la demanda hacían referencia a preguntas concretas efectuadas en el acto de la Junta que la parte entendiera sustentaban la vulneración del derecho de información. Ningún apartado de los hechos de la demanda menciona preguntas concretas que no fueran contestadas y que motivaran la vulneración del derecho de información.

Y hemos de añadir que en la intervención de D<sup>a</sup> Lourdes , representante del recurrente en la Junta, no se hacen preguntas concretas, sino que manifiesta desconocer las cuentas aprobadas y que no puede votar a favor del aumento de capital en tanto no se le informe sobre la situación real de la empresa. La parte podrá estar o no conforme con la situación patrimonial de la sociedad, pero ésta quedaba reflejada en el informe justificativo. Por otro lado dicha situación se remontaba a 17 de octubre de 2007, es decir, hasta el mismo momento en que cesó el recurrente en el cargo de miembro del Consejo de Administración y Secretario, según reconoce la propia demanda, por lo que no puede pretender ignorar la situación patrimonial de la sociedad.

A lo que se refiere verdaderamente la impugnación es al hecho de que el informe no estuviera justificado.

Por razones temporales resulta de aplicación al caso el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Su artículo 152.1 , en los supuestos de aumento de capital, remite a los requisitos establecidos para la modificación de estatutos sociales. Los requisitos que establece el artículo 144 TRLSA se refieren a la elaboración de un informe justificativo de la propuesta de modificación.

El recurrente pretende introducir requisitos añadidos que no contemplan las normas legales aplicables, que solo exigen el citado informe justificativo, no la aportación de otros documentos añadidos a dicho informe.

Respecto a su contenido, el informe no requiere que exprese una fecha para ser válido, sino únicamente que se pueda disponer del mismo desde la convocatoria.

A este respecto la demanda no introduce sino meras especulaciones, sin que se acredite que se tratase de un informe elaborado posteriormente.



Por otra parte la finalidad de dicho informe no es otra que conocer el motivo de la propuesta y el informe elaborado cumple sobradamente con tal fin, ofreciendo información de la situación patrimonial de la sociedad y de la manera que se intenta solucionar, primero intentando solventar de manera urgente la presencia de una causa de disolución a través de un préstamo participativo y después modificando progresivamente la cifra de capital, a lo que atiende el aumento propuesto.

El recurrente podrá estar o no de acuerdo con la justificación, pero desde luego el informe cumple con los requisitos establecidos en la Ley, aunque hubieran de apreciarse de manera flexible, siempre atendiendo a su fin.

Como indicamos en nuestra sentencia de fecha 19 de noviembre de 2010 : "Tampoco es nueva la necesidad de evitar una interpretación de los requisitos formales de manera excesivamente rigurosa. El propio Tribunal Supremo ya lo mantenía en la interpretación de la Ley de 1951 ( STS de 7 de febrero de 1984 , entre otras) basándose en el conocido criterio jurisprudencial de que el principio sancionado por el artículo 6.3 del Código civil <javascript:Redirection('LE0000013389\_20110723.HTML> debe ser interpretado con criterio flexible y no rígido, sin que quepa pensar que toda disconformidad con la ley o cualquier omisión de formalidades con arreglo al acto de que se trate hayan de llevar consigo la sanción de nulidad, que solo procede cuando existan razones trascendentes que lo justifiquen. Precisamente la doctrina jurisprudencial referida al derecho de información en relación a la convocatoria y orden del día, y en concreto a los requisitos de la modificación de estatutos, reiteradamente ha declarado que la finalidad de los requisitos legales es proporcionar el ejercicio consciente del derecho al voto ( SSTS de 13 de octubre de 1994 y 22 de marzo de 2000 ) por lo que la existencia de suficiente información ( STS de 17 de mayo de 1995 , y las que cita) excluye la posibilidad impugnatoria ( STS de 9 de octubre de 2000 ), habiéndose estimado cumplido el requisito de la debida claridad cuando en la convocatoria se hace referencia a los artículos de los estatutos que deben ser modificados o a la materia de que se trate ( SSTS de 14 de junio de 1994 y 29 de diciembre de 1999 ). Lo que no se permite son las referencias genéricas, y sin otra especificación."

Por último, atendiendo a la situación patrimonial de la sociedad, no es posible sostener que el acuerdo resulte abusivo o pretenda perjudicar a un socio, con independencia de que se esté o no conforme con la solución adoptada o puedan adoptarse otras.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

CUARTO. Las costas de esta alzada deben ser impuestas a la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

## FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. Gaspar contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ . De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ( Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.