



Roj: **SAP M 13651/2015 - ECLI:ES:APM:2015:13651**

Id Cendoj: **28079370282015100213**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **09/10/2015**

Nº de Recurso: **185/2013**

Nº de Resolución: **275/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0003528

Rollo de apelación nº 185/2013

Materia: Derecho de sociedades. Impugnación acuerdos sociales

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario nº 313/2010

Parte apelante: D. Marcial

Procurador: D. Gabriel de Diego Quevedo

Letrado: D. Alberto Gelado Blanco

Parte apelada: ROSKILDE INVESTMENT, S.L.

Procurador/a: Dª Esperanza Álvaro Mateo

Letrado/a: Dª Gloria Martín Buñuel

### **SENTENCIA N° 275/2015**

En Madrid, a 9 de octubre de 2015.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Pedro María Gómez Sánchez y D. Francisco Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 185/2013, los autos del procedimiento nº 313/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 21 de mayo de 2010 por la representación de D. Marcial contra ROSKILDE INVESTMENT, S.L. en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicitaba que se dictase sentencia "en la que: A) Declare la nulidad de la junta de ROSKILDE INVESTMENT, S.L. celebrada el día 12 de mayo de 2009 y declare, asimismo, la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la misma./ B) Ordene la cancelación de las inscripciones y depósitos registrales de los acuerdos declarados nulos, así como de las posteriores inscripciones que traigan causa de aquellos./ C) Condene en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por su trámite, el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia, con fecha 23 de noviembre de 2011, con el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda que ha dado lugar a los



presentes autos de juicio ordinario número 313/2010, seguidos a instancia del procurador Don Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y representación de Don Marcial, contra ROSKILDE INVESTMENT, S.L., representada por la procuradora Doña Esperanza Álvaro Mateo, debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones contenidas en la demanda. Se imponen las costas al demandante".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a los litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación, que tramitado en legal forma, con oposición de la contraria, ha dado lugar al presente rollo. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 8 de octubre de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. ANTECEDENTES RELEVANTES Y OBJETO DEL RECURSO

1. La presente litis trae causa de la demanda presentada por D. Marcial interesando que se declarasen nulos los acuerdos adoptados en la junta general de ROSKILDE INVESTMENT, S.L. (en adelante, "ROSKILDE") celebrada el 2 de mayo de 2009. El orden del día de la junta estaba integrado por los siguientes puntos: 1. Ampliación de capital mediante aportación dineraria y creación de nuevas participaciones sociales. 2. Autorización al órgano de administración para la modificación del artículo 7 de los estatutos sociales referente al capital social. 3. Redacción, lectura y aprobación, en su caso, del acta de la reunión. El Sr. Marcial fundamentaba sus pretensiones impugnatorias en la concurrencia de las siguientes causas de nulidad: 1.- Nulidad de la junta general por infracción de lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, relativo a la asistencia de notario para levantar acta. 2.- Nulidad del acuerdo de aumento de capital por infracción del artículo 75.1 del citado cuerpo legal, relativo al derecho del socio de asunción preferente de participaciones en el aumento de capital. 3.- La actuación de los administradores de la sociedad al hacerse con la mayoría del capital de la sociedad es fraudulenta y objetivamente contraria a las reglas de la buena fe.

2.- Al cabo del trámite, el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia desestimatoria.

3.- Disconforme con tal decisión, el Sr. Marcial recurrió en apelación. El recurso se abre con la manifestación expresa de aquietamiento a la desestimación de la pretensión impugnatoria fundamentada en la primera de las causas de nulidad, quedando circunscrito aquel al pronunciamiento desestimatorio de las pretensiones fundadas en las otras dos causas de nulidad esgrimidas en la demanda.

4.- El escrito de recurso cuenta con un capítulo preliminar y tres apartados.

4.1.- En el apartado preliminar, la parte recurrente señala los antecedentes de hecho que, según su versión, desembocaron en la interposición de la demanda.

4.2.- El apartado primero tiene por rúbrica "la falsedad del acta de la junta por no haber sido aprobada la misma conforme a los requisitos legales". La idea nuclear de este apartado es que el acta de la junta no fue aprobada por parte de los asistentes como se puede leer en ella. Tal falta de aprobación acarrearía la falsedad del acta y de ello derivaría, al entender de la parte, la nulidad de la junta y de todos los acuerdos adoptados en ella. Desde otra perspectiva, se sostiene que, aun cuando el acta fuese auténtica, el aumento de capital sería nulo porque los socios que participaron en la operación habrían realizado el correspondiente desembolso fuera de plazo.

4.3.- El apartado segundo tiene el siguiente título: "La ejecución del aumento de capital forma parte integrante del acuerdo, de forma que el vicio en la ejecución afecta a la validez del acuerdo adoptado, por haberse ejecutado con infracción del derecho de asunción preferente que ostenta el recurrente". El apartado se compone de dos subapartados.

4.3.1.- El discurso del primer subapartado pivota sobre la idea de que el acuerdo impugnado está integrado por dos acuerdos, el relativo al aumento de capital y el relativo al procedimiento con arreglo al cual había de ejecutarse el mismo, de modo que "el apartarse de cualquiera de los apartados del acuerdo implica la nulidad de todo el acuerdo de aumento de capital y no de parte del mismo", y que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del procedimiento establecido determinaría la nulidad del acuerdo en su totalidad "al ser inescindible el aumento de capital de su ejecución". También se sostiene que, aun cuando se considerase que nos hallamos ante dos acuerdos distintos, la falta de adecuación de la ejecución de la operación a lo acordado por la junta habría de acarrear la nulidad del acuerdo, ya que esta parte "nunca dio su consentimiento y aprobación al procedimiento de desembolso que consta en el acta, razón por la cual esta parte lo ha impugnado al formar parte de la totalidad de los acuerdos adoptados por la junta".



4.3.2.- En el segundo subapartado se sostiene que el derecho de suscripción preferente del recurrente no fue respetado. Se arguye que el Sr. Marcial ejerció su derecho a la suscripción preferente, dirigiendo hasta tres comunicaciones a la sociedad a tal fin, que aparecen documentadas en autos. La infracción de los derechos del recurrente, se concluye, comporta la nulidad del aumento de capital.

4.4.- El apartado tercero se despliega bajo el siguiente encabezamiento: "La actuación de los administradores de la sociedad al hacerse con la mayoría del capital de la sociedad es fraudulenta y objetivamente contraria a las reglas de la buena fe". Este apartado consta también de dos subapartados.

4.4.1.- En el primero se enfatiza el carácter innecesario del aumento de capital acordado, habida cuenta de la situación crónica de fondos propios negativos desde el comienzo de actividad de la sociedad y de financiación por fuentes externas, en particular aportaciones de socios en concepto de préstamo, así como la utilización de la operación para orillar al recurrente, al impedirle por vías de hecho participar en la misma. Todo ello, para concluir que el aumento de capital fue acordado en fraude de ley, señalando como norma de cobertura el artículo 77 LSRL y como norma defraudada el artículo 75 del mismo cuerpo legal .

4.4.2.- El segundo subapartado se focaliza en la actuación abusiva y contraria a la buena fe de los administradores sociales. La idea que vertebra el discurso que se despliega aquí es que el hecho de que los dos burofaxes de fecha 26 de mayo y 13 de julio de 2009 haciendo patente la voluntad del recurrente de participar en la ampliación de capital social no fueran entregados en destino únicamente podría resultar imputable a la artera actuación de los administradores sociales. El Sr. Marcial sostiene que así cabría presumirlo a partir de los hechos que destaca en su exposición, entendiéndose que concurren todos los requisitos marcados en el artículo 386 LEC . De esta forma, termina el análisis del recurrente, habría de entenderse que el aumento de capital se llevó a cabo con infracción del derecho de suscripción preferente del Sr. Marcial , lo que determinaría la automática declaración de nulidad del aumento de capital protocolizado e inscrito en el Registro Mercantil.

## II. VALORACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LOS MOTIVOS DEL RECURSO

5.- Tal como está configurado en nuestro ordenamiento, el recurso de apelación no constituye un nuevo juicio, presentando un alcance meramente revisor (de amplísimo espectro, eso sí, pues la tarea revisora resulta proyectable a todo lo actuado en la anterior instancia). Por ello, no es dable con ocasión del mismo plantear cuestiones nuevas, es decir, incorporar al discurso de las partes, como sustento de las pretensiones deducidas, alegatos de corte fáctico o jurídico que no estuvieran presentes en los escritos rectores, como tampoco cabe ejercitar pretensiones distintas de las ejercitadas en la primera instancia, lo que abarca (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 y 30 de octubre de 2008 ) no solo aquellas pretensiones que resulten totalmente independientes de las deducidas ante el tribunal a quo, sino también las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. Todo ello no es más que desarrollo del principio general del derecho "pendente apellatione, nihil innovetur", profusamente desarrollado por la jurisprudencia y actualmente positivizado en el artículo 456.1 LEC . Como señalan, por todas, las sentencias del Alto Tribunal de 18 de mayo de 2006 y 30 de octubre de 2008 , "el planteamiento en segunda instancia de cuestiones nuevas contradice los principios de preclusión y contradicción, generando indefensión para la contraparte, pues rige en nuestro ordenamiento un sistema de apelación limitada, no plena, en el que la regla general es que no cabe introducir cuestiones nuevas - "pendente apellatione nihil innovetur".

6.- El discurso argumental de la recurrente obvia profusamente tales limitaciones.

7.- Tal proceder es observable ya en el apartado preliminar, enderezado a fijar, según se nos dice "la secuencia correcta de los hechos acaecidos en este asunto y que han dado origen a la actual situación", en el que a partir de la página 5 se relatan hechos ausentes en la exposición fáctica de la demanda.

8.- Similar falta se constata en el apartado primero. Allí se esgrimen, esencialmente, dos argumentos en pro de la posición impugnatoria del Sr. Marcial : la falsedad del acta como factor que determinaría de forma automática de nulidad de los acuerdos impugnados y el desembolso fuera de plazo por parte de los socios que resultaron adjudicatarios de las nuevas participaciones como motivo de nulidad del aumento de capital (vid. supra apartado 4.2.). Tales alegatos, como sustento de las pretensiones impugnatorias deducidas por el Sr. Marcial , únicamente afloran con ocasión de su recurso.

9.- La única causa de nulidad de algún modo vinculada al acta es la relativa a la falta de presencia de notario para que levantase acta, habiendo quedado ya dicho (vid. supra apartado 3) que la parte se aquietó a la desestimación de sus pretensiones con apoyo en tal causa. Ciertamente es que en la demanda se incluye un pasaje (página 5) afirmando la falsedad del contenido del acta en cuanto a que los acuerdos se adoptaran "con la extensión y el detalle" con que figuran en ella (en referencia -según se desprende de lo alegado por la propia parte- al procedimiento para llevar a cabo la ampliación de capital) y que se le diera lectura y fuera aprobada



por todos los socios, como el acta reza, pero ello en modo alguno se esgrimió como causa de nulidad de los acuerdos impugnados.

10.- Del otro argumento sobre el que se arma el primero de los apartados impugnatorios (realización de desembolso fuera de plazo por parte de los socios que resultaron adjudicatarios de las nuevas participaciones sociales) no existe pista alguna en el escrito de demanda, sencilla y llanamente.

11.- Sin perjuicio de que podamos encontrar en ellos rastros de la misma deficiencia (particularmente, el alegato de que el acuerdo de ampliación del capital social supuso un fraude de ley a partir de las circunstancias expresadas en el subapartado 1 del apartado tercero -vid. supra apartado 4.4.1), el análisis de los restantes apartados impugnatorios está gobernado por otro tipo de consideraciones, en las que entramos a continuación.

12.- De forma esquemática, lo que venía a ponerse de manifiesto en el escrito iniciador del expediente es que al Sr. Marcial se le habría privado del ejercicio de su derecho de suscripción preferente por vías de hecho, en concreto, mediante el simple expediente de no recepcionar las comunicaciones por aquel dirigidas a la sociedad para hacer patente su voluntad de participar en el aumento de capital social, de conformidad con el procedimiento establecido para viabilizar la operación. Sobre dicha base se sustentaba la petición de nulidad de los acuerdos impugnados con fundamento en los artículos 75.1 LSRL (vulneración del derecho de preferencia -segunda de las causas de nulidad esgrimidas en la demanda) y 6.4 y 7 del Código Civil (actuación de los administradores sociales fraudulenta y contraria a las reglas de la buena fe -tercera de las causas de nulidad esgrimidas en la demanda).

13.- También de forma esquemática, el rechazo de tales pretensiones en la sentencia se fundamenta en la separabilidad del acuerdo de aumento del capital social y la ejecución del mismo, haciendo ver el juzgador que las circunstancias puestas de manifiesto por el aquí recurrente podrían afectar a este último, pero ninguna incidencia tendrían sobre la validez del acuerdo, que ningún reparo cabía formular ni al acuerdo de ampliación ni al procedimiento establecido para llevarlo a efecto desde la perspectiva del reconocimiento del derecho de suscripción preferente de los socios, y que tampoco cabía apreciar que el acuerdo entrañase abuso de derecho, cuando el propio Sr. Marcial había votado a favor de la ampliación de capital, ni fraude de ley, añadiendo, en cuanto a este último, que la parte ni siquiera había identificado cuál sería la norma defraudada.

14.- La parte recurrente reacciona frente al análisis efectuado por el juzgador de la anterior instancia negando que acuerdo de aumento de capital social y ejecución del mismo resulten escindibles, de modo que las deficiencias que se produjesen en la ejecución se proyectarían sobre el acuerdo, determinando la nulidad del mismo (vid. supra apartado 4.3.1). Y, sobre esta base, insiste en su particular examen de los hechos, que le llevan a concluir por vía presuntiva que su derecho de preferencia fue vulnerado como consecuencia de la artera conducta de los administradores de la sociedad demandada (vid. supra apartados 4.3.2 y 4.4.2).

15.- Entendemos que el examen llevado a cabo por el juez a quo es completamente acertado. Debemos descartar, por tanto, el planteamiento de partida del recurrente de que las anomalías que se pudiesen registrar en el curso de las actuaciones encaminadas a la ejecución del acuerdo de ampliación de capital social pudieran viciar de invalidez el acuerdo mismo. Una cosa es que únicamente con la ejecución adquiera plena efectividad el aumento de capital y el consiguiente incremento de la cifra de capital y otra bien distinta es sostener, ante tal constatación, que nos encontramos ante componentes inescindibles en el sentido que pretende la parte recurrente.

16.- En tal sentido, cabe señalar el equívoco al que se brinda la lectura del recurso. En él se alude, a conveniencia, a nulidad del acuerdo y a nulidad de la ampliación, cuando lo que en la demanda se solicitó fue lo primero.

17.- Desechado el principio sobre el que se construye todo el razonamiento de la parte recurrente, decaen, como fundamento de un eventual pronunciamiento favorable a sus pretensiones, los alegatos enderezados a justificar que se le privó de su derecho de preferencia por vías de hecho, como consecuencia de la actuación material de los administradores de la sociedad demandada durante la fase de ejecución del aumento de capital.

18.- Como corolario de cuanto antecede, el recurso debe ser desestimado.

### III. COSTAS DE LA SEGUNDA INSTANCIA

19.- La suerte del recurso determina que las costas originadas por el mismo hayan de imponerse a la parte recurrente, por aplicación de lo establecido en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 LEC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, este tribunal pronuncia el siguiente



## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Marcial contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011, recaída en los autos de juicio ordinario seguidos con el número 313/2010 ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid .

2.- Imponer a D. Marcial las costas generadas por el recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDO