



Roj: **SAP M 9772/2023 - ECLI:ES:APM:2023:9772**

Id Cendoj: **28079370282023101962**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **12/05/2023**

Nº de Recurso: **295/2022**

Nº de Resolución: **396/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ZARZUELO DESCALZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28**

### **MADRID**

C/ Santiago de Compostela 100, Planta 9 - 28035

**Tfno: 914931988/9 Fax: 914931996**

Rollo: RECURSO DE APELACION 295/2022

Proc. Origen: Procedimiento Ordinario 1607/2019

Órgano Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

Recurrente: GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Abogado: D. JUAN IGNACIO FERNÁNDEZ AGUADO

Recurrido: D. Juan Alberto

Procurador: D. JORGE DELEITO GARCÍA

Abogado: D. FÉLIX GUTIÉRREZ SAN ROMÁN

### **S E N T E N C I A nº 396/2023**

#### **ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ**

**D. RAFAEL FUENTES DEVESA**

**D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO (ponente)**

En Madrid, a doce de mayo de dos mil veintitrés.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Gregorio Plaza González, D. Rafael Fuentes Devesa y Don José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto el recurso de apelación, bajo el número de Rollo 295/2022, interpuesto contra la Sentencia de fecha 2 de junio de 2021 dictada en el proceso ordinario número 1607/2019 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L., siendo parte apelada el demandante D. Juan Alberto, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don José Ignacio Zarzuelo Descalzo.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 3 de septiembre de 2019 por la representación de D. Juan Alberto contra GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L. en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, solicitaba el dictado de sentencia por la que: " 1º.- *Declare la nulidad del Acuerdo primero del orden del día de la Junta General de socios de la demandada celebrada el pasado 21 de marzo de 2019, cuya acta notarial se ha aportado como documento nº 1, y consistente en un aumento de capital, por importe de 4.237 euros de nominal, con una prima de emisión total de 12.847.007,70 euros con cargo a aportaciones dinerarias y consiguiente modificación del artículo 5 de los Estatutos Sociales.*

*2º.- La cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo declarado nulo, así como de todos los asientos posteriores que resulten contradictorios con la sentencia.*

*3º.- La inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil, y la publicación de un extracto de la misma, que contenga al menos el acuerdo impugnado y el pronunciamiento declarativo de su nulidad, en el BORME.*

*4º.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."*

**SEGUNDO.**- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó sentencia con fecha 2 de junio de 2021 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "*ESTIMAR LA DEMANDA formulada por DON Juan Alberto, frente a GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L., y, en su consecuencia:*

*1º.- Declaro la nulidad del Acuerdo primero del orden del día de la Junta General de socios de la demandada celebrada el pasado 21 de marzo de 2019, cuya acta notarial se ha aportado como documento nº 1 (de la demanda), y consistente en un aumento de capital, por importe de 4.237 euros de nominal, con una prima de emisión total de 12.847.007,70 euros con cargo a aportaciones dinerarias y consiguiente modificación del artículo 5 de los Estatutos Sociales.*

*2º.- La cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo declarado nulo, así como de todos los asientos posteriores que resulten contradictorios con la sentencia; a ejecutar por la demandada y a su costa.*

*3º.- La inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil, y la publicación de un extracto de la misma, que contenga al menos el acuerdo impugnado y el pronunciamiento declarativo de su nulidad, en el BORME; a ejecutar por la demandada y a su costa.*

*Se condena en costas a GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L."*

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L. se interpuso recurso de apelación al que se opuso la representación del demandante D. Juan Alberto, y admitidas tales actuaciones por el Juzgado y tramitadas en legal forma, han dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 20 de abril de 2023.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se recurre en apelación por la representación de la demandada GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L., la sentencia dictada en primera instancia que, en los concretos términos ya expresados en los antecedentes de hecho de la presente resolución, estimaba la demanda deducida frente a la misma por la representación de D. Juan Alberto por la que se ejercitaba acción de nulidad del acuerdo adoptado en la junta general de socios de la entidad demandada celebrada el 21 de marzo de 2019, en relación con el punto primero del orden del día, por el que se aprobó el aumento de capital social por importe de 4.237 euros de nominal, con una prima de emisión total de 12.847.007,70 euros con cargo a aportaciones dinerarias y la consiguiente modificación del artículo 5 de los estatutos sociales.

El la demanda se fundamenta la pretendida de nulidad del referido acuerdo con base en las siguientes causas:

1ª.- Por vulneración de los artículos 93.b) y 304 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, al no respetarse el derecho de preferencia del actor y ya que, siendo titular de participaciones representativas del 20% del capital social (en cuanto titular de 1944 participaciones sociales de la clase A y de todas las participaciones de la clase B (1167 de la clase B1 y 777 de la clase B2), el acuerdo impugnado no le permitía asumir con preferencia un porcentaje equivalente del valor global de las participaciones sociales de nueva creación. Esta circunstancia derivaba de que el aumento de capital social se llevaría a cabo mediante la creación de participaciones sociales de la clase A y



el acuerdo incluía el reconocimiento del derecho de preferencia a los titulares de participaciones de esa clase. En consecuencia, al Sr. Juan Alberto se le ofreció la suscripción de 471 participaciones sociales de nueva creación, que representaban un 11,116% del aumento;

2ª.- Por infracción del artículo 307 del mismo texto legal, por haberse permitido a algunos socios el ejercicio del derecho de preferencia de segundo grado, o en segunda vuelta, más allá del plazo establecido por la junta general;

3ª.- Por infracción del artículo 143.2 del TRLSC, al permitirse asistencia financiera al socio mayoritario, PORTOBELLO, para participar en la operación de aumento de capital social gracias a la asistencia financiera recibida de GHE mediante la puesta en marcha de un sistema circular de préstamos con implicación de VIVANTA; y

4ª.- Por vulneración del artículo 200 del TRLSC, en relación con el artículo 13 (a) de los Estatutos Sociales, y ello por cuanto el aumento de capital acordado, dada su naturaleza y finalidad, requeriría, para su aprobación, de mayoría reforzada.

En la sentencia que ahora es objeto del recurso se estimaba la pretendida nulidad con fundamento en las vulneraciones sustentadas por el actor en las señaladas causas primera y cuarta, rechazando la concurrencia de las causas segunda y tercera, declarando la nulidad del acuerdo impugnado y acordando la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil así como la inscripción y publicación en extracto de la sentencia.

Disconforme la representación de la entidad demandada con los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia viene a formular su recurso de apelación invocando como motivos de su impugnación:

1º.- Infracción del artículo 728.2 de la LEC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta en tanto, en su opinión, la sentencia recurrida se fundamentaría exclusivamente por remisión a lo resuelto por este tribunal de segunda instancia en relación con las medidas cautelares en su día solicitadas.

2º.- La sentencia no hace ni la más mínima referencia, ni valoración, de ninguna de las pruebas practicadas en la instancia.

3º.- Indebida desestimación de la falta de legitimación activa de Don Juan Alberto .

4º.- Ausencia de infracción de los artículos 93.b) y 304 del TRLSC.

5º.- Ausencia de vulneración del artículo 200 TRLSC y artículo 13.a) de los Estatutos Sociales de GHE.

6º.- Efectos derivados de la inscripción del acuerdo de ampliación de capital en el registro mercantil.

Por la representación de la parte apelada se formuló oposición al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito.

**SEGUNDO.-** Comenzando el análisis por un tratamiento conjunto de los dos primeros motivos del recurso, la apelante viene a reprochar a la sentencia recurrida el no haber examinado en profundidad la prueba aportada en las actuaciones y basar exclusivamente su decisión por remisión a lo resuelto por este mismo tribunal en sede de medidas cautelares, donde solamente sería dable el examen de la mera apariencia del derecho ejercitado en la demanda, sin tener en cuenta la abundante prueba presentada en el procedimiento.

Al respecto debe ponerse de relieve que, al margen de no concordar con la realidad esa ausencia de valoración de la prueba, pues la sentencia ahora recurrida toma en consideración las pruebas que considera verdaderamente relevantes a los efectos de resolver las cuestiones planteadas, sin que por otra parte la recurrente nos explique en qué modo podría variar la decisión de tomar en consideración las pruebas que específicamente designa, ciertamente inocuas cuando las cuestiones a resolver atañen a elementos de pura calificación jurídica, tiene toda su lógica que la sentencia sustente la decisión adoptada en torno a la nulidad del acuerdo impugnado, por las causas que son acogidas, siguiendo en su mayor parte lo ya considerado por este mismo tribunal a la hora de resolver sobre las medidas cautelares, y ya que es el tribunal que en definitiva habría de resolver el eventual recurso contra la sentencia.

El art. 728-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige la aportación por parte del solicitante de medidas de las justificaciones que contribuyan a fundar "un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión" pero, desde luego, no establece límites a la profundidad del análisis que de tales justificaciones pueda llevar a cabo el órgano judicial. Que las conclusiones que éste pueda alcanzar en la fase cautelar se caractericen por un grado mayor o menor de provisionalidad dependerá del grado mayor o menor de certeza del que en cada caso puedan estar revestidos los planteamientos en los que se funda la demanda. O dicho de otro modo: no es reprochable al solicitante de medidas ni al órgano judicial la circunstancia de que -cual acontece en nuestro caso- tal "*fumus boni iuris*" se presente de manera especialmente intensa al resultar palmaria la



infracción legal denunciada en la demanda y en tal sentido ya nos pronunciábamos por ejemplo en resolución de 1 de julio de 2022 (Recurso de apelación nº 642/2020) dejando ya prácticamente zanjada la controversia en una fase cautelar cuando, como aquí sucede, ya se habían aportado los elementos de prueba esenciales para considerar viable la impugnación en cuanto dependiente de una interpretación jurídica, conforme a la ley y los estatutos, sobre la que nula incidencia ha de tener cualquier pericial de parte.

**TERCERO.**- En cuanto a la indebida desestimación de la falta de legitimación activa de Don Juan Alberto la demandada, ahora apelante, reitera en esta instancia la falta de legitimación del actor, manteniendo que la pérdida de su condición de socio tras la presentación de la demanda determina su falta de legitimación activa por pérdida sobrevenida de interés legítimo en la obtención de la tutela solicitada.

Como se ponía de relieve en la Sentencia de este mismo tribunal, entre otras muchas, de 23 de mayo de 2022 (Recurso de Apelación nº 344/20) la pérdida sobrevenida de la condición de socio tras la presentación de la demanda no priva a los que lo eran al tiempo de su interposición de la necesaria legitimación activa. La pérdida sobrevenida de la condición de socio no afecta, por sí misma, a la legitimación activa.

En este sentido, debe recordarse que el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de julio de 2003 tiene declarado que: *"...la acción de impugnación de un acuerdo social puede ejercitarla quien en el momento de proponer la demanda se halle debidamente legitimado. Luego, si la demanda es admitida, se produce la llamada "perpetuatio legitimationis", con efecto retroactivo al día de la presentación de dicho escrito, con la finalidad de que en la sentencia se decida acerca de la situación jurídica controvertida, tal y como la misma se hallaba en la fecha indicada ( sentencias de 17 de marzo de 1997 y de 25 de febrero de 1983 ).*

*Por todo ello, se hace preciso concluir que aquella cualidad que ostentaba el Sr. Cecilio el 13 de septiembre de 1995 se conserva por el mismo durante la tramitación del proceso iniciado a su instancia".*

En similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005 cuando mantiene que: *"... no se puede sostener la falta de legitimación activa de los antes demandantes y ahora recurrentes en casación por una presunta pérdida de la calidad de socio..."*.

El mismo criterio se mantiene en el auto del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2014 cuando señala que: *"En sí misma, tal pérdida de legitimación no determina la terminación del proceso porque las circunstancias relevantes para determinar la existencia de tal legitimación son las existentes al inicio del proceso, que se perpetúan una vez constituida válidamente la relación procesal, en virtud del principio que se ha venido en llamar de "perpetuatio legitimationis".*

Afirma en este sentido la sentencia de esta sala núm. 473/2010 de 15 julio:

*"El principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC , no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal".*

*La pérdida de la condición de socio durante la tramitación del proceso no ha sido considerada como causa determinante de la terminación anticipada del proceso de impugnación de acuerdos sociales, en virtud del mencionado principio de "perpetuatio legitimationis" en sentencias de esta sala tales como las núm. 676/2003 de 7 de julio , y 450/2005, de 8 de junio ."*

Cuestión distinta y que no fue oportunamente alegada es que, como consecuencia de la pérdida de la condición de socio por parte del reseñado demandante se hubiera producido la pérdida sobrevenida de interés legítimo en la obtención de la tutela judicial respecto de la pretensión ejercitada en la demanda ( artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero para ello, como explica el auto del Tribunal Supremo antes citado, era preciso algo más que la pérdida de la cualidad que determinaba la legitimación activa al interponerse la demanda, añadiendo que ese "plus" ha de ponerse en relación con el abuso del proceso, y se producirá cuando no exista una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso.

En su momento no se efectuó alegación alguna tendente a justificar por qué el referido demandante podría haber podido perder el interés legítimo en mantener la acción, sin que ahora en el recurso puedan introducirse por ser cuestiones nuevas prohibidas por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo demás, resulta patente el mantenimiento del interés legítimo del demandante en tanto que ha cuestionado judicialmente la pérdida de su condición de socio, promoviendo el oportuno procedimiento para el restablecimiento de esa condición.

**CUARTO.**- En cuanto al motivo del recurso referido a la ausencia de infracción de los artículos 93.b) y 304 del TRLSC, debe también ser rechazado pues, como ya se anticipaba, en ausencia de prueba determinante para vislumbrar otra solución distinta y tratándose de la valoración jurídica que corresponde al tribunal sobre



la adecuación a la ley del acuerdo impugnado, necesariamente hemos de estar a lo ya valorado en su día al respecto a la hora de resolver la petición cautelar.

Así ya se indicaba que a tenor de lo dispuesto en el artículo 304.1 LSC, en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales con cargo a aportaciones dinerarias, "cada socio" tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales proporcional al valor nominal de las que posea.

Y teniendo lugar la ampliación de capital mediante la creación de participaciones sociales de la clase A exclusivamente y no habiéndose acordado la supresión parcial del derecho de suscripción preferente en los términos del artículo 308 LSC, el mantenimiento del statu quo de los socios que no fueran titulares de participaciones de esa clase impone que también a estos deba reconocérsele el derecho de asumir un número de las nuevas participaciones sociales proporcional al valor nominal de las que poseyeran.

Se tomaba en consideración que en relación con tal extremo la demandada enfatiza que los derechos económicos de los titulares de participaciones sociales de la clase B no se verían afectados por una operación de aumento de capital social como la diseñada, toda vez que, tal como aparece reflejado en los estatutos (artículo 5 bis), la retribución de esta clase de participaciones sociales (en todo reparto de fondos propios y en el de la cuota de liquidación) viene referida al exceso resultante, una vez que los socios titulares de participaciones de la clase A reciban unos retornos equivalentes a dos veces su inversión, siempre que con dicho retorno el "socio mayoritario" a fecha 18 de julio de 2017 (PORTOBELLO) haya obtenido una TIR superior al 20%, pero se consideraba que dicha línea de razonamiento prescinde del impacto en el ámbito político-administrativo de la sociedad.

Y si bien es cierto que, al analizar el artículo 96.3 LSC, un sector autorizado de la doctrina admite la posibilidad de reconocer un derecho de preferencia limitado a las participaciones sociales de igual clase que las ya poseídas (operando la regla de la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia que consagra el precepto en el ámbito de cada "clase" -en puridad, la ley reserva este término para las acciones, en conexión con el sistema de tutela de las minorías en el seno de las sociedades anónimas contemplado en el artículo 293 LSC, sin perjuicio de que se admita la utilización del mismo, u otras denominaciones, para significar la existencia de participaciones que otorgan distintos derechos, como aquí acontece), se indicaba que, con independencia de los reparos expresados por otro sector de la doctrina ante tal posibilidad, en el sentido de que sería necesario que en el aumento de capital se reprodujeran todas las clases de participaciones sociales y en la misma proporción que la ya existente, a fin de asegurar que la posición del socio no se vea socavada, se ponía de manifiesto que en el presente caso ni siquiera existe una previsión estatutaria de ese tipo y por ello el discurso de la demandada enfatizando la diferente razón de ser de las participaciones sociales de la clase A y la de las clases B1 y B2, en el contexto del proyecto de inversión que representó el acuerdo de inversión y de socios, carece de reflejo estatutario en el sentido apuntado, considerando igualmente que la conducta anterior que se le señala al demandante, en referencia a su participación en el aumento de capital social acordado por la junta general celebrada el 19 de noviembre de 2018 y el incumplimiento del compromiso de transmitir a los directivos las participaciones de la clase B2, no constituye por sí solo fundamento suficiente para los alegatos de abuso de derecho.

**QUINTO.-** Otro tanto cabe apuntar respecto del motivo de recurso que refiere la ausencia de vulneración del artículo 200 TRLSC y artículo 13.a) de los Estatutos Sociales de GHE.

En tal sentido, para resolver la cuestión acudíamos primeramente el informe elaborado por el consejo de administración en justificación de la propuesta de aumento de capital social sometida a la junta. En él se hace referencia primeramente a los antecedentes del acuerdo. Lo que allí se lee, básicamente, es que para dotar a VIVANTA (concebida, recordemos, como "vehículo de inversión") de los recursos precisos para formalizar distintas adquisiciones, y careciendo GHE, su socio único, de capacidad para financiarse por sí misma con terceros, PORTOBELLO, a través de GHE2018, S.L., concedió un préstamo de 10.000.000 euros a GHE, quien a su vez los aportó a VIVANTA, mediante aportación dineraria con fecha 19 de julio de 2018, documentada en el correspondiente aumento de capital con prima de emisión de participaciones. Que tales fondos fueron empleados por VIVANTA en la adquisición de diversas clínicas. Que el 19 de noviembre de 2018, a fin de capitalizar el préstamo recibido de GHE2018, S.L., el cual había sido cedido en el ínterin a PORTOBELLO, la junta general de socios de GHE acordó proceder al aumento de capital por importe de 4.237 euros de nominal con una prima de emisión total de 12.847.007,70 euros, en parte con cargo a compensación del mencionado crédito y, en otra parte, con cargo a aportaciones dinerarias. Que dicho acuerdo no pudo ejecutarse por la falta del voto favorable de los socios titulares de las participaciones sociales de la clase B (el Sr. Juan Alberto).

A continuación, el informe especifica cuál es el fin del aumento de capital propuesto, en los siguientes términos: *"A día de hoy, el Consejo de Administración sigue considerando que la Sociedad necesita incrementar sus recursos propios para el desarrollo de su actividad, así como para cumplir los requerimientos de las Entidades*



*financiadoras de la Compañía... por lo que procede realizar el aumento de capital frustrado, en los mismos términos, excepto en que la aportación debe ser totalmente dineraria para no requerir el voto de la mayoría de las participaciones de la clase B. Por ello propone proceder a: (i) el repago del préstamo concedido por Portobello Fondo IV, FCR; y (ii) el posterior aumento de capital con aportaciones dinerarias, con desembolso por todos los socios de la cantidad correspondiente a prorrata de su participación en el capital social...".*

Por otra parte, se observaba que el acta de la junta refleja cómo, en la introducción efectuada por el secretario con carácter previo a la votación de la propuesta, se hace referencia al aumento de capital social acordado en el mes de noviembre de 2018, finalmente fallido, especificando que *"su importe había sido destinado a la adquisición de sociedades operativas puesto que en dicha ampliación de capital se aportaba por Portobello Capital Fondo IV, F.C.R. un préstamo de 10.000.000 euros que había sido concedido por este en el mes de julio con el objetivo de dotar a la filial de la Sociedad de liquidez para la adquisición de diversas clínicas así como para obtener financiación adicional de terceros"*, enumerando a continuación las clínicas en cuestión, que coinciden con las que integran el primer grupo al que se alude en el escrito de interposición del recurso.

El acta continúa señalando que la ampliación de capital no pudo llevarse a cabo por el voto en contra del Sr. Juan Alberto, para añadir: *"Tras ello, la Sociedad ha procedido a devolver a todos los socios las aportaciones dinerarias que habían realizado para aquella ampliación de capital fallida y a Portobello el préstamo aportado a la Sociedad // Así y con las mismas condiciones económicas y de valoración que en la ampliación de capital aprobada el pasado noviembre, el Consejo de Administración de 25 de febrero de 2019 y los socios de la Sociedad ven necesario proceder a un aumento de capital: (a) íntegramente dinerario; (b) cuya valoración de los desembolsos de las nuevas participaciones se ha determinado a valor de mercado de "Grupo" considerado como un negocio en marcha; y (c) completamente relacionado con la adquisición de sociedades operativas adquiridas en el pasado reciente y las que a continuación se detallan..."*.

Y considerábamos que tales particulares y el elemento documental señalado en el escrito de oposición vienen a respaldar la versión ofrecida por el Sr. Juan Alberto. Y concluíamos, a la vista de tales elementos de juicio, que la totalidad del desembolso efectuado con ocasión del aumento de capital acordado no tenía por destino la adquisición de sociedades operativas y/o inversiones productivas, tal como exigen los estatutos para que no resulte necesario el voto favorable de la mayoría de las participaciones de la clase B considerando que la mayor parte de los desembolsos se destinaron a la devolución del préstamo recibido de VIVANTA. El hecho de que el importe de este préstamo se hubiese aplicado a la devolución de otro anterior de PORTOBELLO, destinado en su momento a la adquisición de diversas clínicas, no nos sitúa en el escenario que, según los estatutos, hacía innecesario el voto favorable de la mayoría de las participaciones de la clase B. Los antecedentes recogidos en anteriores apartados ponen de manifiesto que el aumento de capital social que nos ocupa se orquestó en la forma en que se hizo con el objeto de eludir las previsiones estatutarias, que hacían preciso el requisito del voto favorable del Sr. Juan Alberto a la operación de aumento de capital originariamente pergeñada en noviembre de 2018 por vía de la capitalización del préstamo que PORTOBELLO detentaba frente a GHE. A la vista de tales antecedentes, cabe considerar que, bajo la cobertura buscada (préstamo de VIVANTA, devolución a PORTOBELLO, participación de PORTOBELLO en la operación de aumento de capital, devolución a VIVANTA del préstamo recibido, todo ello por importes coincidentes con el adeudado por GHE a PORTOBELLO), es tal capitalización lo que subyace al acuerdo de aumento de capital impugnado.

**SEXTO.-** Finalmente, por lo que respecta al último motivo del recurso, por el que se pretende sostener que atendiendo a la normativa aplicable -con cita de los arts. 18 y 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil-, como los actos inscritos por el Registrador se presumen exactos y válidos, ello nos lleva a la irremediable afirmación de que el Acuerdo de ampliación de capital aquí examinado es válido y cumple con lo dispuesto en el TRLSC, tal planteamiento ha de verse ineludiblemente rechazado en tanto la recurrente pretende obviar, no sólo el contenido del apartado 2 del artículo 20 del Ccom *"La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme a derecho"* sino también lo que dispone el propio apartado 1 del referido precepto tras el establecimiento de la presunción *"Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad"* y que precisamente en este caso se declara la nulidad del acuerdo de ampliación de capital con los efectos aparejados de inscripción, publicación de extracto en el BORME y cancelación que específicamente se establecen en el artículo 208 del TRLSC.

**SÉPTIMO.-** Al desestimarse el recurso de apelación, de conformidad al Art. 398.1 de la LEC, se impondrán a la apelante las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de GRUPO HOSPITALARIO EUROPEO, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la expresada resolución.
- 3.- Imponer a la apelante las costas causadas en esta segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede la pérdida del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.