



Roj: **SAP M 5403/2012 - ECLI: ES:APM:2012:5403**

Id Cendoj: **28079370142012100093**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **27/03/2012**

Nº de Recurso: **774/2011**

Nº de Resolución: **165/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN UCEDA OJEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

SENTENCIA: 00165/2012

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14

MADRID

Rollo: RECURSO DE APELACION 774 /2011

SENTENCIA Nº

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL

JUAN UCEDA OJEDA

PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En MADRID, a veintisiete de marzo de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1337/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 53 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 774/2011, en los que aparece como parte apelante D. Porfirio, representado por la procuradora Dña. ANGELA CRISTINA SANTOS ERROZ, y asistido por la Letrada Dña. ALMUDENA DEL MAZO BARRIOS, y como apelada PROFESSIONAL BUYING & LOGISTICS SERVICES S.L., representada por el procurador D. IGNACIO CUADRADO RUESCAS, y asistida por el Letrado D. JAVIER SÁNCHEZ ESCUDERO, sobre reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN UCEDA OJEDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 53 de Madrid, en fecha 29 de abril de 2011 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda promovida por el Procurador D Ignacio Cuadrado Ruescas en nombre y representación de PBL Services S.L. contra D Porfirio representado por el Procurador D Ángela Cristina Santos debo condenar y condeno al demandado a satisfacer al actor la suma de 27126,40€ a que asciende el importe del principal reclamado con sus intereses legales al tipo pactado del 5% anual, desde la interpelación judicial y costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada D. Porfirio, al que se opuso la parte apelada PROFESSIONAL BUYING & LOGISTICS SERVICES S.L., y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.



TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 29 de febrero de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución apelada.

PRIMERO. La sociedad de responsabilidad limitada Professional Buying & Logistic Services(en adelante PBL Services) presentó demanda en reclamación de 27.126,40 euros contra don Porfirio , indicando que el día 27 de abril de 2007 la sociedad demandante suscribió con el demandado, que era socio y miembro del Consejo de Administración de la referida sociedad, un contrato de préstamo por un importe de 40.000 €, suma que se le transfirió el mismo día a su cuenta bancaria, obligándose a devolverlo en cuatro años contados a partir del 1 de enero de 2008 mediante amortizaciones mensuales de 921,18 euros, teniendo hasta ese momento un periodo de carencia de ocho meses durante el cual se obligaba solamente a pagar los intereses del préstamo.

Como el demandado no hubiese hecho frente al pago de los compromisos asumidos el día 26 de noviembre de 2009 se le dirigió un requerimiento para que procediese al pago de los intereses y amortizaciones vencidas al que no se atendió alegando que era necesario previamente auditar las cuentas de la sociedad y cuestionar, asimismo, la existencia de la deuda, por lo que se ha visto obligada a interponer la presente demanda en la que no se reclaman las cuotas de amortización del préstamo posteriores al 30 de abril de 2010 ni las disposiciones realizadas por el sr. Porfirio , con una tarjeta Mastercard 4B de PBL Services, entre los días 16 y 28 de julio de 2008, lo que se hará en un futuro procedimiento si no se atiende a su pago.

SEGUNDO. El demandado se opuso a la demanda alegando que los socios de la entidad demandante, en ejecución de un acuerdo de desinversión alcanzado con la sociedad anónima Sociedad de Desarrollo de Navarra, que también era socia de la entidad demandante, decidieron adquirir, operación que se formalizó el día 10 de mayo de 2007, las 24.871 participaciones que esta sociedad tenía en PBL Services según el siguiente reparto, 12.435 las recibiría Granton BV por un precio de 128.204,85 euros, 4.788 participaciones recibirían, respectivamente, don Cesar y el hoy demandado por un precio de 49.364,28 euros que pagaría cada uno, don Inocencio pagaría 19.228,15 euros por 1865 participaciones y doña Graciela adquiriría 995 participaciones pagando 10.258,45 euros. Todos los socios, salvo Granton BV, acordaron financiar esta adquisición con dinero de la sociedad y a tal fin, don Porfirio y don Cesar recibieron 9.364,28 euros, en concepto de anticipo de nómina, y una transferencia de 40.000 euros cada uno, don Inocencio recibió una transferencia de 15.000 euros y 4.228,15 en concepto de anticipo de nómina y a doña Graciela se le anticiparon de su nómina 10.258,45 euros.

Para dar apariencia de normalidad a una operación contraria a la Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada se firmaron unos documentos de préstamo y se realizaron unas transferencias que, al constituir una operación irregular, fueron completamente canceladas entre el ejercicio 2007 y el comienzo del 2008 por lo que no figura su existencia en el informe de auditoría del año 2007 ni en la memoria de las cuentas anuales del mismo año.

Finalmente, tras indicar que siempre ha buscado la claridad de las cuentas sociales para lo que ha interesado el nombramiento de un auditor independiente a lo que se ha negado la sociedad viéndose obligado acudir al Registro Mercantil en apoyo de su petición, alegó que llamaba la atención que no se hubiera reclamado ningún importe del préstamo hasta el día 26 de noviembre de 2009, momento en que estaba pendiente de ejecutarse el laudo arbitral de CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, en virtud del cual se ordenaba al demandado a la transmisión obligatoria de todas las participaciones sociales de las que era titular de la sociedad actora, lo que finalmente se llevó a cabo mediante escritura pública de 5 de febrero de 2010. En función de todos estos hechos considera que no está obligado a devolver el dinero que se le transfirió el día 27 de abril de 2007 y que se debe dictar una sentencia absolutoria.

TERCERO. La sentencia de instancia estimo en su integridad la demanda en cuanto el actor había demostrado los hechos que sustenta su pretensión, la existencia de un contrato de préstamo y la recepción de 40.000 euros mientras que la parte demandada no lo ha hecho con aquellos sobre los que ha articulado su defensa, es decir que no tenía la obligación de devolver el dinero al encubrirse con tal contrato otro negocio que le liberaba de tal responsabilidad.

Contra esta sentencia se interpuso por el demandado el recurso de apelación que nos corresponde analizar en este momento, en el que tras hacer una revisión de los hechos acaecidos, donde insiste en la íntima ligazón existente entre el supuesto préstamo concedido y la adquisición de las acciones de las que era titular la



sociedad SODENA y reiterar que se ha vulnerado normas imperativas de la ley, en concreto las que prohíben a la sociedad la adquisición de sus propias acciones o la financiación de esta operación, considera que esta legislación, en defensa del patrimonio social, solamente obliga a la sociedad a que proceda a la venta de las acciones o a la amortización de las mismas con reducción del capital social, pero no a la devolución del préstamo o de la **asistencia financiera** prestada que es lo que, de modo irregular, ha estimado el juzgado de primera instancia en la resolución que es apelada.

Asimismo entendió que se había vulnerado el artículo 10 de la LSRL que impide a la sociedad prestar dinero a los socios y administradores sin el previo acuerdo de la Junta General, por lo que el préstamo, en contra de lo que se indica en la demanda, no puede considerarse válido ni eficaz, por lo que debe declararse que el contrato de préstamo no produce efecto alguno, lo que debe conducir a que no se conceda amparo judicial a la pretensión de la parte demandante y a que se absuelva al demandado de la devolución del principal e intereses.

CUARTO. Lo primero que debemos analizar es si nos encontramos con una operación irregular que contraviene los artículos 40 y siguientes de la L.S.R.L. que estaban vigentes en el momento en que se hizo la operación, o no está debidamente probado tal hecho.

No consideramos que se encuentra debidamente acreditado que el dinero recibido fuese destinado a la compra de las acciones que ostentaba la sociedad SODENA ya que no todos los que adquirieron las acciones de SODENA recibieron, en esas fechas, cantidades de la sociedad, siendo lógico pensar que así fuera si respondiese a una operación orquestada por la propia sociedad para conseguir controlar sus propias acciones y uno de los que recibieron dinero en concepto de préstamo, don Inocencio, indicó en el acto del juicio al ser interrogado que no fue ese el destino del préstamo que recibieron días antes de la compra de las acciones de SODENA. El día anterior al señalado para la deliberación, votación y fallo de la este recurso de apelación se ha presentado un escrito de la sociedad demandada en el que informa que se ha admitido a trámite una denuncia presentada contra don Inocencio por falso testimonio, pero como no existe resolución en el proceso no podemos tomar ninguna decisión al respecto, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el demandado de solicitar en su día la revisión de sentencia si el denunciado fuera condenado por falso testimonio y se cumplieran las condiciones exigidas en la ley para ello.

Como prueba de este hecho nos indica el apelante que no consta el préstamo en la memoria de las cuentas anuales del año 2007 ni en la auditoria del mismo año, pero ello no resulta determinante, pues analizando la contabilidad del año 2008 que resulta de los libro mayor y diario aportados en un CD que se encuentra legalizado por el Registro Mercantil, vemos que se recoge la operación del préstamo sin amortizar con lo que no existe la ocultación que se denunció en la contestación a la demanda ni se ha demostrado que, tal como manifiesta el demandado, se haya amortizado el préstamo con otras operaciones sobre las que no se dice cuales fueron y como operaron.

No olvidamos que el artículo 10.1 de la LSRL establece que la sociedad "no podrá conceder créditos o préstamos, garantías y **asistencia financiera** a favor de sus propios socios y administradores, ni anticiparles fondos, salvo acuerdo de la Junta General para cada caso concreto", por lo que con esta operación se podría haber cometido una violación de la citada norma pues en el Libro de Actas de la sociedad no se recoge la operación. La sociedad mantiene que no se pueden sacar tales conclusiones ya que el demandado era el secretario y quien se encargaba de llevar los libros y la falta de constancia documental del acuerdo correspondiente solo a él le es imputable. Es cierto que en el libro solamente aparecen las actas de unas juntas de los años 2001 y 2002 lo que nos puede hacer pensar que no se cumplimentó debidamente el mismo, pero el hecho indudable es que no consta el acuerdo por lo que, en principio, debemos reconocer que se ha infringido la ley; ahora bien, como no se ha ejercitado ninguna pretensión relacionada con esta violación por el demandado no podemos tomar decisión alguna por la violación de la referida norma, acción que, además, no tendría provecho alguno para el demandado, pues si se declarase la nulidad del préstamo se obligaría al demandado, tal como impone el artículo 1303 del Código Civil, a devolver toda la cantidad recibida con sus intereses, que es precisamente lo que el mismo, de acuerdo con su peculiar interpretación de estas violaciones legales, manifiesta no estar obligado a hacer.

QUINTO. Aunque analizásemos la materia desde la perspectiva que se hubiesen vulnerado los límites que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada impone a la sociedad para la adquisición de sus participaciones tampoco podríamos dar una solución al litigio favorable a los intereses de la parte demandada. Debemos recordar que el artículo 40, vigente en el momento en que se celebró el contrato de préstamo, tras regular unos supuestos especiales en que puede ser válido esta operación, establece la prohibición general de adquisición de la sociedad de sus propias participaciones, añadiendo al apartado 5 del mismo precepto 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 sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca.



Con tal regulación la ley busca proteger tanto al capital social dado que la adquisición de acciones a título oneroso por la sociedad se traduciría, en definitiva, en una devolución de las aportaciones que, vulneraría, sino se respetan las normas sobre la reducción del capital, el principio de estabilidad entre patrimonio y capital, como a los acreedores sociales que podían resultar perjudicados al ver disminuida la garantía patrimonial de sus créditos, y, también, a los accionistas contra los posibles abusos de los administradores que podrían crearse clientelas favorables en las Juntas Generales con los votos correspondientes a las acciones adquiridas por la sociedad, evitando que las sociedades puedan lanzarse a especular con sus propios títulos. Además de unas sanciones de tipo administrativo, a estas infracciones se anudan unas consecuencias civiles que son las que debemos analizar para examinar el modo que son aplicables al caso que nos ocupa.

Obviamente cuando es la propia sociedad la que las adquiere sus acciones el equilibrio se reestablece sacando del poder de la sociedad las mismas, lo que se consigue bien vendiéndolas o bien amortizando las mismas con reducción del capital social que es lo que ordena el artículo 40 ter de la referida ley, mientras si es un tercero el adquirente de las acciones, aunque la adquisición se hubiera hecho con fondos propios de la sociedad, ya no es posible tal solución al no estar en poder de la sociedad las mismas, por lo que, para restablecer el equilibrio patrimonial, sería necesario anular el contrato en virtud del cual se facilitó la adquisición de las acciones con cargo al patrimonio social.

Aunque la ley no regula las consecuencias de esta segunda infracción, la doctrina considera que la consecuencia necesaria es anular la operación, lo que, tratándose de un préstamo como es el caso presente, necesariamente debe arrastrar la devolución a la sociedad del dinero invertido en la adquisición de las acciones, con lo que finalmente se produciría el equilibrio necesario, pues el adquirente de las acciones devolvería los fondos recibidos para tal fin y no se resentiría al patrimonio social.

Es evidente que el apelante nunca pueda resultar favorecido por la aplicación de esta normativa ya que la irregularidad de la operación nunca podrá eximirle de la obligación de devolver el préstamo, aunque como dijimos anteriormente no podemos tenerla en consideración pues el demandado no ha solicitado, ni por reconvenición ni por vía de excepción, como se permite en el artículo 408 de la LEC en casos de nulidad absoluta del negocio en que se sustenta la demanda, que se apliquen tales preceptos, ya que simplemente se ha limitado a solicitar su libre absolución y que se declare que no tiene obligación de devolver el dinero recibido en concepto de préstamo.

SEXTO . Por todo ello debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia de instancia, declarando que las costas procesales de esta segunda instancia deben correr a cargo de la parte apelante al haberse desestimado en su integridad el recurso de apelación interpuesto y no apreciar la concurrencia de alguna dificultad fáctica o jurídica que nos aconseje abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Porfirio , que viene representado ante esta Audiencia Provincial por la procuradora doña Ángela Santos Erroz, contra la sentencia dictada el día 29 de abril de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid en los autos de juicio ordinario registrados con el número 1337/2010, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Se declara la pérdida del depósito constituido para apelar, al que se dará, por quien corresponda, el destino legal.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ .

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.