



Roj: **SAP M 78/2018 - ECLI:ES:APM:2018:78**

Id Cendoj: **28079370282018100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **15/01/2018**

Nº de Recurso: **152/2016**

Nº de Resolución: **38/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 78/2018,**
AAAP M 1277/2018

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.47.2-2013/0005632

Recurso de Apelación 152/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 412/2013

APELANTE: INURPRO SA

PROCURADOR: D. JAIME BRIONES MÉNDEZ

ABOGADO: D. JUAN LÓPEZ TORRES

APELADO: CORPORACION ARES PARQUE SA

PROCURADOR: D. JOSÉ PÉREZ FERNÁNDEZ-TUREGANO

ABOGADO: D. JORGE AJURIA FERNÁNDEZ

S E N T E N C I A nº 38/2018

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a quince de enero de 2018.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 152/2016 interpuesto contra la Sentencia de fecha 6 de octubre de 2015 dictado en el proceso número 412/2013 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid .



Han sido partes en el recurso, como apelante, INURPRO, S.A., siendo apelada la parte CORPORACION ARES PARQUE, S.A., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 14 de junio de 2013 por la representación de INURPRO, S.A., contra la mercantil CORPORACIÓN ARES PARQUE, S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"(i) Declare que los desembolsos pendientes correspondientes a las acciones de CORPORACIÓN ARES PARQUE, S.A., titularidad de INURPRO, S.A., fueron abonados por INURPRO el pasado 24 de enero de 2012 mediante compensación de deudas vencidas, líquidas y exigibles.

(ii) Se condene a CORPORACIÓN ARES PARQUE, S.A., a devolver a INURPRO la cantidad de 194.360 euros que fueron indebidamente ingresados por INURPRO el 18 de abril de 2013, más interés legal de dicha cantidad desde esa fecha hasta su efectiva devolución por CORPORACIÓN.

(iii) Subsidiariamente, declare que el ingreso anteriormente citado ha generado un enriquecimiento injusto en CORPORACIÓN ARES PARQUE, S.A., y se condene a esta entidad a devolver a INURPRO la cantidad de 194.360 euros.

(iv) En caso de oposición, condene a CORPORACIÓN ARES PARQUE, S.A., al pago de las costas causadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 6 de octubre de 2015 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación de INURPRO, SA contra CORPORACIÓN ARES PARQUE, S.A., debo declarar y declaro no haber lugar a la estimación de las pretensiones de la actora, con imposición de las costas a la actora."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de INURPRO, S.A., se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha 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 21 de diciembre de 2017.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil INURPRO S.A. (en adelante INURPRO), socia de la mercantil CORPORACIÓN ARES PARQUE S.A. (en adelante, ARES PARQUE), interpuso demanda contra esta interesando, por un lado, la declaración judicial de que la deuda que mantenía la demandante con la demandada por razón de dividendos pasivos pendientes de desembolso se extinguió el 24 de enero de 2012 mediante compensación con un crédito contra la demandada del mismo importe que la actora había adquirido de una tercera entidad (CESYMAR). Por otra parte, y, como consecuencia de ese mismo planteamiento, se interesó en la demanda la condena a la demandada a devolver a la demandante la suma que, en evitación de los efectos de la mora, había desembolsado en metálico el 18 de abril de 2013 ante la negativa de la demandada a aceptar dicha compensación.

La sentencia de primera instancia, entendiendo que con arreglo al Art. 7 de los estatutos de ARES PARQUE la deuda por razón de dividendos pasivos solamente podía extinguirse mediante pago realizado en efectivo metálico, desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza INURPRO a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- En una primera aproximación al problema que se deja planteado, ha de partirse del presupuesto, por lo demás obvio, de que los dividendos pasivos pendientes constituyen una obligación de INURPRO para con ARES PARQUE, obligación que, en vista de que el contravalor de las acciones fundacionales estaba constituido por aportaciones dinerarias, no puede ser otra cosa que una obligación dineraria.

Por otra parte, aun cuando el pago es el modo más característico de extinguir una obligación dineraria, no es desde luego el único, pues no en vano el Art. 1.156 del Código Civil dispone que, además de mediante el pago, las obligaciones pueden extinguirse mediante otros mecanismos, mecanismos entre los que contempla la



compensación, es decir, aquel modo automático de extinguirse las obligaciones hasta la cantidad concurrente *"...cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra"* (Art. 1.195 del Código Civil).

La tesis mantenida por la apelada ARES PARQUE y por la sentencia recurrida es la de que, estableciendo el Art. 7 de sus estatutos que *"...el 75 % restante será desembolsado en efectivo metálico..."*, el precepto estatutario está excluyendo expresamente la posibilidad de que la obligación dineraria se extinga mediante cualquier otro mecanismo distinto del pago, en particular mediante la compensación.

A nuestro entender, no es eso lo que se deduce de la lectura de su texto. Lo que ha de hacerse en "efectivo metálico", según nos indica la norma estatutaria, es el "desembolso". Es decir, lo que el precepto está disciplinando es el modo en que ha de verificarse el pago o desembolso (en efectivo metálico) para los supuestos, sin duda los más normales o previsibles, en que la obligación dineraria vaya a extinguirse mediante pago, o lo que es igual, mediante *"entrega de la cosa -dinero en nuestro caso- en que la obligación consiste"* (esta es la forma como el Art. 1.157 del Código Civil define el pago). Ahora bien, con ello no se está excluyendo la posibilidad de que la obligación se extinga a través de otros mecanismos diferentes del pago como sucede con la compensación. Que la norma estatutaria no regule el modo como haya de producirse la extinción cuando ello haya de tener lugar mediante compensación es consecuencia natural del automatismo característico de la forma de operar de dicho mecanismo extintivo, ya que, concurriendo en los créditos recíprocos los presupuestos exigidos por el Art. 1.196 del Código Civil, la extinción de una y otra deuda se produce sin necesidad de declaración o de ritos especiales, y ello, como señala el Art. 1.202 del mismo cuerpo legal, *"...aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores"*.

La apelada ARES PARQUE conceptúa la compensación, en principio, como un sistema válido para cancelar la deuda por razón de dividendos pasivos pendientes, pero considera que para ello debería contemplarse expresamente en los estatutos ese mecanismo extintivo, lo que no sucedería en dicha sociedad cuyos estatutos, como hemos visto, solamente hacen alusión al pago o desembolso y no a la compensación (pag. 7 del escrito de oposición al recurso).

En nuestra opinión, sin embargo, el modo de razonar correcto sería precisamente el inverso: si la compensación aparece legalmente contemplada con carácter general como un modo de extinción de las obligaciones tan legítimo y válido como el pago, entonces sería precisamente su exclusión o interdicción en el seno de la sociedad ARES PARQUE lo que habría de ser objeto de especial previsión estatutaria y no un régimen de admisibilidad que, de acuerdo con el Art. 1.156 y concordantes del Código Civil, fluye de modo natural del hecho de encontrarnos en presencia de una obligación dineraria pendiente de cumplimiento. El Art. 23 d) de la Ley de Sociedades de Capital, refiriéndose a la parte del valor nominal de las acciones pendiente de "desembolso", obliga a establecer en los estatutos *"...la forma...en que satisfacerlo..."*, es decir la forma en la que haya de llevarse a cabo ese desembolso, lo que evidencia que se trata de una previsión estatutaria destinada a regular el modo más ordinario de extinguir la obligación (pago o desembolso), pero ello sin excluir otros medios posibles de extinción de la deuda como lo es la compensación, mecanismo este que, debido a su operatividad genérica ex Art. 1.156 del Código Civil, no ha de ser objeto de específica mención en los estatutos. Al establecer en su Art. 7 que el desembolso se efectuará en "efectivo metálico", los estatutos de ARES PARQUE no hacen otra cosa que dar cumplimiento al referido Art. 23 d) indicando la modalidad en que ha de efectuarse el desembolso (efectivo metálico) cuando la obligación se haya de extinguir de ese modo, es decir, mediante pago o desembolso.

TERCERO .- La apelada ARES PARQUE razona que la utilización del mecanismo de la compensación para cancelar la deuda existente por razón de dividendos pasivos pendientes configura una situación equiparable a aquella en la que el contravalor de las acciones estuviera representado por aportaciones no dinerarias, y ello con la consiguiente exigibilidad de los requisitos sobre valoración de tales aportaciones que, por respeto al principio de realidad del capital y en aras a la protección de los terceros, se establecen legalmente. Funda esta opinión en la redacción del Art. 151-2 de la Ley de Sociedades Anónimas (*"...el contravalor del aumento del capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la Sociedad..."*) entendiéndolo que el término "incluida" pone en relación la compensación de créditos con las aportaciones no dinerarias.

Ahora bien, sin necesidad de entrar en el debate doctrinal acerca de si la compensación es un mero mecanismo solutorio de una obligación de aportación dineraria pura o si se trata de una figura "sui generis", lo que no consideramos admisible -al menos en un supuesto como el presente de susceptibilidad de compensación de tipo "circunstancial"- es equiparar la compensación a una modalidad de aumento de capital con aportación no dineraria. Descartamos por ello que resulten aplicables las normas que exigen la valoración de las aportaciones de dicha naturaleza, y ello, al margen de no encontrarnos ante una hipótesis de aumento de capital por compensación o compensación "planificada", por la sencilla razón de que, justificada la realidad -no el valor-



del crédito del suscriptor contra la sociedad llamado a ser compensado con su obligación de desembolso, el valor de dicho crédito no puede ser otro que su valor nominal, a diferencia de lo que sucedería si lo aportado fuera un crédito del suscriptor contra tercero, donde las particulares circunstancias de ese tercero (solventía etc...) harían exigible la evaluación del posible demérito que el valor nominal de dicho crédito pudiera haber experimentado.

Establecido lo anterior, son obvias las razones por las que la normativa sobre aportaciones contenida en la Ley de Sociedades de Capital (Arts. 58 y ss.) no contempla ni regula la hipótesis de la compensación en sede fundacional, pues no es posible que existan créditos susceptibles de compensación contra un ente que se está fundando y naciendo a la vida jurídica en el preciso momento en el que habría que acordar tal cosa. Sí se regula la compensación en sede de aumento de capital en el Art. 301. Ahora bien, la compensación que dicho precepto contempla es la que en el terreno doctrinal viene denominándose compensación "planificada"; no la compensación "circunstancial" que tiene lugar cuando, como sucede en el caso que examinamos, quien ya ha suscrito el capital que debe desembolsar ostenta contra la sociedad un crédito compensable. No nos parece acertada, por ello, la extrapolación a un supuesto como el que ahora nos ocupa de la normativa relativa al acuerdo societario de ampliación de capital por compensación de créditos. En efecto, quien ostenta un derecho de crédito contra la sociedad no posee por ese solo hecho la facultad de convertirse en socio (o, si ya lo fuere, aumentar su participación social) si la sociedad deudora no quiere que lo sea (o que incremente tal condición); inversamente, tampoco la sociedad puede imponer a su acreedor la capitalización de la deuda que mantiene con él convirtiéndole coactivamente en socio (o aumentando su participación si ya lo fuere) si ese acreedor no desea serlo, o bien si no desea serlo a costa de perder su crédito genuino convirtiéndolo en capital. Para que una y otra cosa sucedan hace falta que exista confluencia de voluntades entre el acreedor y la sociedad deudora, y lo que hace el Art. 301 es regular precisamente los requisitos concernientes a la prestación del consentimiento por parte de la sociedad llevando a cabo una emisión de capital que hasta ese momento no existía ni, lógicamente, había sido suscrita por nadie (compensación planificada), todo ello en el entendimiento de que la prestación del consentimiento correlativa por parte del acreedor se produce por el solo hecho de acudir libremente a una ampliación diseñada bajo el referido concepto y con el expresado fin.

En cambio, en supuestos como el que ahora nos ocupa (compensación "circunstancial") no es necesaria la adopción de acuerdo societario alguno sobre la emisión o no emisión del capital que haya de cubrirse mediante compensación por la sencilla razón de que nos encontramos ante la hipótesis inversa: se trata de capital ya emitido en el pasado (en el caso, lo fue en fase fundacional) y suscrito o adquirido por INURPRO, de tal suerte que, desembolsado ya el 25 % de su importe, lo único que resta por satisfacer es una deuda dineraria por el 75 % aún no desembolsado. Es decir, nos hallamos ante una situación en la que un socio mantiene con la sociedad a la que pertenece una deuda dineraria pura que, dejando a salvo ciertos matices derivados del principio de realidad y efectividad del capital (vgr., imposibilidad de extinción por condonación), no difiere en cuanto a su naturaleza de la deuda que podría mantener ese mismo socio por cualquier otra causa diferente a la representada por los dividendos pasivos. Y, una vez situados en este ámbito, no vemos la razón por la que esa deuda dineraria debiera constituir una excepción a la regla general que, concurriendo los presupuestos precisos (Arts. 1.195 y ss. del Código Civil), admite la posibilidad de su extinción por compensación.

Por otra parte, no ha resultado controvertida en el caso, además de haber sido declarada judicialmente por sentencia firme en otro proceso, la realidad del crédito con el que INURPRO pretendió extinguir por compensación su deuda dineraria, y debe tenerse en cuenta que las cautelas exigidas por el Art. 301 L.S.C. (en todo caso, ya se ha dicho, no aplicable en el caso) referidas a la emisión de una certificación por el auditor de la sociedad se encuentran exclusivamente orientadas a garantizar la realidad del crédito (lo que en el supuesto definido por dicho precepto se logra comprobando su constancia en la contabilidad de la sociedad) pero en modo alguno a cuantificar el valor de ese crédito, valor que, por las razones anteriormente apuntadas, nunca podría ser inferior, una vez constatada la existencia el mismo, de su valor nominal. Por tal motivo, y, con independencia de la propia inaplicabilidad de dicho requisito del Art. 301 al supuesto de autos, diferente del que dicho precepto regula, tampoco vemos qué ventajas adicionales podría reportar en el caso una certificación del auditor sobre la realidad de una deuda social que, además de refrendada por sentencia firme, la propia sociedad deudora no cuestiona. En ello se diferenciaría también, además de por el carácter circunstancial y no planificado de la compensación, el supuesto ahora examinado de un hipotético aumento de capital cuyo contravalor estuviera representado por la aportación no dineraria consistente en un crédito contra tercero, supuesto este donde el informe del órgano de administración exigido por el Art. 300 L.S.C. ha de ir referido no solo a la realidad de dicho crédito sino también a su valoración y garantías de efectividad.

Esta Sala ya ha admitido en el pasado, con carácter general, la operatividad de la compensación "circunstancial" siempre que concurren -como de hecho concurren en el caso que examinamos- garantías de la realidad del crédito a compensar que excluyan el riesgo del fraude. Así, en nuestra sentencia de 13 de junio de 2016 dijimos que *"Es posible que, acordado el aumento de capital con aportaciones dinerarias y emitidas las acciones, algún*



suscriptor pueda alegar la compensación de la cantidad que deba aportar con el crédito que ostente frente a la sociedad. Es esta una compensación circunstancial en principio admisible sin perjuicio de que deba examinarse cada caso concreto para evitar fraudes". También se trata, siempre que se respeten las reglas sobre integridad del capital social y por tanto sobre la realidad del crédito a compensar, de una figura admitida por buena parte de la doctrina especializada (ANGEL ROJO-EMILIO BELTRÁN, "Comentario de la Ley de Sociedades de Capital", J.C. SÁENZ, pag 2228; ALFARO AGUILA REAL, "El aumento de capital por compensación de créditos").

CUARTO .- Establecido, pues, de acuerdo con los precedentes planteamientos, que la deuda dineraria de INURPRO por razón de dividendos pasivos pendientes se extinguió por compensación el 24 de enero de 2012, parece evidente la obligación de ARES PARQUE de restituir a aquella la cantidad de 194.360 ? que satisfizo en metálico ante la negativa de esta última a aceptar dicha compensación y en evitación de los efectos de la mora. La circunstancia, que ARES PARQUE pone de relieve, de que no concurren estrictamente todos y cada uno de los elementos del "cobro de lo indebido" definidos por el Art. 1.895 del Código Civil (especialmente por ausencia del error), no nos permite eludir la consideración, hecha valer en la demanda de modo subsidiario, de que nos encontramos ante una clamorosa hipótesis de injusto enriquecimiento para cuya apreciación no se precisa del menor alarde argumental: de no prosperar dicha pretensión de la demandante, ARES PARQUE percibiría los dividendos pendientes dos veces: una, mediante la extinción del crédito existente contra ella, y otra, mediante el cobro en efectivo metálico que tuvo lugar el 18 de abril de 2013.

QUINTO .- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., debiendo imponerse a la demandada, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley .

Por otra parte, al haber sido absolutoria la sentencia apelada, el interés procesal previsto por el Art. 576-2 L.E.C . habrá de computarse solamente desde la fecha de la presente resolución

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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de INURPRO S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocamos dicha resolución y, estimando -como estimamos- la demanda interpuesta por INURPRO S.A. contra CORPORACIÓN ARES PARQUE S.A., declaramos que la deuda de la demandante con la demandada por razón de desembolsos pendientes correspondientes a las acciones de aquella se extinguió por compensación el 24 de enero de 2012, y condenamos a dicha demandada a devolver a la actora la cantidad de 194.360 ?, cantidad que devengará el interés previsto en el Art. 576-2 de la L.E.C . desde la fecha de la presente resolución.

3.- Imponemos a la demandada las costas originadas en la instancia precedente y no efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución 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.