



Roj: **SAP M 13900/2018 - ECLI:ES:APM:2018:13900**

Id Cendoj: **28079370282018100459**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/10/2018**

Nº de Recurso: **190/2017**

Nº de Resolución: **571/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 8, 14-06-2016,
SAP M 13900/2018**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2013/0007910

Recurso de Apelación 190/2017

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

Autos de Procedimiento Ordinario 621/2013

APELANTE: ALIANZA DE COSECHEROS DE LA RIOJA SL PROCURADOR D. /Dña. ANGEL LUIS MESAS PEIRO

APELADO: BODEGA COOPERATIVA INTERLOCAL SANTIAGO APOSTOL y BODEGA REAL DE NAJERA

PROCURADOR D. /Dña. MARIA DOLORES DE HARO MARTINEZ

S E N T E N C I A nº 571/2018

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil dieciocho.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ Y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 190/2017 interpuesto contra la Sentencia de fecha 14.06.2016 dictado en el proceso número 621/2013 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandado, siendo apelada la parte demandante, 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 10.09.2013 por la representación de las entidades BODEGA REAL DE NÁJERA SOCIEDAD COOPERATIVA y BODEGA COOPERATIVA INTERLOCAL SANTIAGO APOSTOL contra ALIANZA DE COSECHEROS DE LA RIOJA, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que *"...estimando la demanda:*

Declare nulo el acuerdo adoptado por la Junta General de "Alianza de Cosecheros de La Riojas S.L." en su reunión celebrada el día 1 de agosto de 2013, por el que se acuerda financiar a los antiguos administradores para que puedan afrontar los gastos en que hayan incurrido o pudieran incurrir en su defensa jurídica frente a las acciones interpuestas contra ellos por "Bodega Real de Nájera Sociedad Cooperativa".

Condene a la Sociedad de "Alianza de Cosecheros de La Rioja, S.L." a estar y pasar por dicha declaración, imponiéndose las costas del presente procedimiento con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha cuyo fallo es del siguiente tenor: *"Que, estimando la demanda interpuesta por Bodega Real de Nájera sociedad cooperativa y Bodega Cooperativa Interlocal Santiago Apóstol, siendo demandada la mercantil Alianza de Cosecheros de la Rioja S.L., en su reunión celebrada el día 1 de agosto de 2013 por el que se acuerda financiar a los antiguos administradores para que puedan afrontar los gastos en que hayan incurrido o pudieran incurrir en su defensa jurídica frente a las acciones interpuestas contra ellos por "Bodega Real de Nájera Sociedad Cooperativa", todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes".*

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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 18 de octubre de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades BODEGA REAL DE NÁJERA SOCIEDAD COOPERATIVA y BODEGA COOPERATIVA INTERLOCAL SANTIAGO APOSTOL (en adelante, nos referiremos a ambas conjuntamente como REAL DE NÁJERA) interpusieron demanda contra ALIANZA DE COSECHEROS DE LA RIOJA, S.L. (hoy EW EQUITY PARTNERS LA RIOJA S.L., y a la que en adelante nos referiremos como COSECHEROS) en el ejercicio de acción impugnatoria respecto del acuerdo adoptado por su junta general de 1 de agosto de 2013 por el que se convino en financiar a los antiguos administradores de la citada sociedad para que pudieran afrontar los gastos en que hubieran incurrido o pudieran incurrir en su defensa jurídica como consecuencia de la acción social de responsabilidad ejercitada contra ellos por la demandante, estableciéndose que las cantidades prestadas devengarían el interés legal del dinero y que sus beneficiarios las devolverían, en caso de que existiera condena en costas a la parte actora, en cuanto se efectuase el pago de las costas y, de no imponerse a la actora las costas procesales, en el plazo de un año desde la fecha de la sentencia, siempre en relación con el proceso en el que se ventilaba la mencionada acción social de responsabilidad.

La acción ejercitada fue la de anulabilidad prevista en el Art. 204-1 de la Ley de Sociedades de Capital que considera impugnables los acuerdos sociales que *"lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros"*.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza COSECHEROS a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Ambas partes convienen en que constituye precedente de interés, por su valor referencial, la sentencia dictada por esta misma Sala el 31 de mayo de 2013 por la que se confirmó la sentencia que había anulado un acuerdo anterior de COSECHEROS por el que se había decidido *"...que la sociedad haga frente a todos los gastos jurídicos que se hayan podido causar o se vayan a causar en el futuro por la defensa de todos los administradores, actuales y anteriores, de Alianza de Cosecheros de La Rioja, S.L."*. A la hora de fundamentar el carácter lesivo de dicho acuerdo dijimos que *"...El perjuicio a la sociedad resulta evidente, desde el punto y hora en que el acuerdo entraña la asunción por aquella de determinados gastos sin contrapartida. Igual de evidente resulta el beneficio para terceros, en este caso los administradores sociales, en la medida en que la implementación del acuerdo les asegura el restablecimiento de la integridad de su patrimonio en caso de merma derivada de los gastos objeto del acuerdo, tan solo atribuibles a ellos..."*.



No obstante, como ya anticipáramos en nuestro auto de 13 de febrero de 2015 resolutorio del recurso de apelación interpuesto, ya en el seno del presente litigio, contra el auto que había acordado la suspensión cautelar del acuerdo ahora impugnado, "...no son extrapolables sin más, las razones que justificaron la nulidad del acuerdo precedente por la sencilla razón de que no es equiparable asumir los gastos de defensa de los administradores que financiarlos...". Y es que, además de no ser equiparable un acto de pura liberalidad a un préstamo que es por esencia reintegrable, tampoco resulta equiparable -añadimos ahora- una asunción indiscriminada de todos los gastos jurídicos que puedan tener tanto los administradores actuales como los futuros en cualesquiera clase de procesos, con una asunción de mera financiación en provecho de administradores concretos de los gastos generados en un determinado proceso judicial en particular. Consideraciones estas que, cualquiera que sea el resultado del análisis que subsigue, desactivan de entrada los intentos de la parte demandante de presentar este acuerdo como un acto abusivo y contrario a la buena fe ejecutado con el propósito de eludir el pronunciamiento anulatorio de la sentencia recaída en el anterior litigio.

TERCERO.- Cuando nos enfrentamos a la impugnación, por razón de lesividad al interés social, de acuerdos societarios que comportan determinadas cargas económicas para la sociedad, como lo es en este caso el de prestar a determinados administradores las cantidades precisas para atender los gastos que les genere un determinado proceso, dos son, en teoría, las circunstancias imaginables con capacidad para provocar el efecto lesivo:

1.- Riesgo de insolvencia de los prestatarios.-

La primera de ellas consiste en la presencia de dudas razonables en torno a la solvencia actual o futura de los administradores beneficiarios de la financiación acordada, de tal suerte que concurren motivos para augurar que tales perceptores se verán en dificultades para afrontar en su día la obligación de restituir las sumas percibidas (en nuestro caso, suponiendo que no obtengan a su favor un pronunciamiento sobre costas en el proceso contra ellos entablado por REAL DE NÁJERAS). Pues bien, lo primero que debemos indicar al respecto es que se encuentra por completo ausente de la demanda el menor alegato cuyo objeto sea cuestionar la solvencia actual o poner de relieve la concurrencia de algún riesgo en torno a la futura solvencia de dichos administradores, con lo que huelga indicar que tampoco existe -ni podría existir- actividad probatoria alguna al respecto.

La sentencia apelada considera que lo que ha de ponderarse no es el riesgo concreto derivado de la concreta situación patrimonial de los prestatarios sino el riesgo abstracto inherente al hecho de que se ha concedido un préstamo. Ahora bien, el riesgo abstracto existe siempre, ya que la solvencia actual de un individuo puede desaparecer con el paso del tiempo e, incluso sin desaparecer, el riesgo de que el crédito termine resultando fallido puede provenir de las propias maniobras de elusión de un deudor solvente pero contumaz. En suma, el riesgo concreto es susceptible de modulación pero no el abstracto. No es posible, por definición y en ausencia de garantías, eliminar al 100% el riesgo de que un derecho de crédito se vea definitivamente frustrado.

Por lo tanto, si operamos, como la sentencia apelada nos propone, con un concepto abstracto, el riesgo se nos presenta como una característica inherente o consustancial a toda operación de préstamo. Y si esa sola circunstancia determina, "per se", el carácter lesivo de todo acuerdo de prestar dinero sin consideración a las particulares circunstancias concurrentes, habría que concluir que la lesividad es una nota estructural inherente a esa clase de acuerdos.

Sin embargo, esta conclusión no puede convivir -dentro de una obligada interpretación sistemática- con el Art. 162-1 de la Ley de Sociedades de Capital que, con carácter general, considera lícitos -y no necesariamente lesivos- los acuerdos de la junta general que puedan consistir en "...anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores". Lo único que hace dicho precepto legal es desposeer al órgano de administración de la posibilidad de adoptar por sí mismo los acuerdos que tengan ese contenido desplazando la competencia al órgano soberano de la sociedad, pero todo ello contemplando con total naturalidad su posibilidad y licitud. Por lo tanto, cualquier juicio de lesividad de un préstamo a socios o administradores acordado por la junta general habrá de partir de la contemplación de las peculiares circunstancias en él concurrentes, pero nunca podrá ser emitido a partir de la sola constatación del riesgo abstracto de insolvencia de los prestatarios, riesgo que es inherente a cualquier operación de préstamo, porque de tal modo de razonar resultaría una insalvable antinomia con lo que dicho precepto legal establece. Y ya hemos indicado que la demandante no solo no ha acreditado sino que ni siquiera ha alegado que concurra en los prestatarios el menor riesgo de insolvencia: ni de insolvencia real, presente o futura, ni de simulación de insolvencia.

2.- Riesgos para la viabilidad de la prestamista.-

Puede suceder, no obstante, que la futura solvencia de los administradores beneficiarios del préstamo -y con ello su futura capacidad de reintegro- se encuentre total y absolutamente garantizada y que, sin embargo,



el obligado abono por parte de la sociedad de las cantidades en que el préstamo consiste sea capaz de determinar un riesgo cierto de que aquella entre en una situación de crisis de difícil reversión, como sucedería, vgr., si, atendida la situación patrimonial de la sociedad que adoptó el acuerdo, dicho pago supusiera una carga de tal envergadura que pudiera determinar la entrada de la mercantil en causa de disolución por pérdidas cualificadas, el advenimiento de una situación de insolvencia con trascendencia concursal, o, en definitiva, cualquier otra coyuntura inconveniente de similar trascendencia.

En su demanda, REAL DE NÁJERAS se limita a transmitirnos generalidades sobre la situación económica de COSECHEROS con base en datos contables que solo son objeto de tratamiento e interpretación por parte de su propio abogado. Se echa, en cambio, en falta una auténtica prueba pericial capaz de llevar al ánimo del órgano judicial, con un mínimo de garantía y solvencia técnica, la idea de que el desembolso por parte de COSECHEROS de las cantidades objeto del préstamo (cantidades que, a juzgar por lo sustanciado en el anterior litigio, no parecen excesivamente elevadas) constituya un hecho económico dotado de suficiente relevancia como para menoscabar su viabilidad o para, simplemente, entorpecer su trayectoria empresarial. Lo más parecido a una prueba pericial con lo que contamos es el informe incorporado a otro proceso (y aportado a este por testimonio) emitido por la firma RODOLFO CASTRESANA ASESORES S.L.P. en el año 2010 y del que se infiere que COSECHEROS presentaba un balance equilibrado con una cifra de patrimonio neto de 37.304.620,41 € representativa del 82 % del total Pasivo y Patrimonio Neto, encontrándose por ello -dice el aludido informe- suficientemente capitalizada y no siendo excesivo su endeudamiento, mostrando unos ratios de liquidez y solvencia a corto plazo que se concretan en 0,79 tanto de prueba ácida como de fondo de maniobra (folios 444 vto. y 445). Por lo tanto, ni parece que en tales condiciones el anticipo (a reintegrar) de los gastos de un simple pleito pueda acarrear a dicha entidad problemas perceptibles, ni se ha aportado prueba alguna reveladora de que entre la fecha de elaboración del referido informe y la fecha de concesión del préstamo haya sobrevenido alguna coyuntura lo bastante adversa como para poder deducir que el mencionado anticipo sea capaz de provocar algún quebranto significativo en la andadura empresarial de la demandada.

CUARTO.- Examinado, pues, el problema desde esa doble dimensión, es de tener presente que, aun cuando para que el acuerdo sea anulable no resulta preciso que la lesión al interés social sea actual, es reiterada la doctrina jurisprudencial (SS. 19 febrero 1991 que cita las de 11 mayo 1968 y 11 noviembre 1980) con arreglo a la cual *"...no basta con que subjetivamente se sospeche que se va a causar el daño, pues es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes..."* (sentencia de 10 de julio de 1997). En el mismo sentido, señala la sentencia de 9 de octubre de 2000 que *"[r]esulta evidente, como ha declarado la Jurisprudencia, que la lesión para la sociedad a que se refiere el art. 115.1 LSA no tiene que ser actual, y puede consistir en un daño potencial"*, y la de 12 de abril de 2007, con abundante cita jurisprudencial, que *"como la lesión de ese interés común normalmente será consecuencia de la ejecución del acuerdo, la jurisprudencia admite la anulación de éste aunque la lesión sea potencial conforme a una previsión o prognosis razonable (...)* Por otro lado, al menos en ese grado de probabilidad fundada, ha de probarse la realidad, efectiva o futura, de la lesión para que la impugnación pueda alcanzar éxito (...)"

Pues bien, ausente el quebranto o lesión actual de acuerdo con lo razonado en el precedente ordinal, tampoco se nos han suministrado elementos de juicio que nos permitan hacer un vaticinio fiable en el expresado sentido.

Por lo demás, no vemos -ni se nos explica por la parte apelada- de qué modo podría influir en la validez o anulabilidad del concreto acuerdo objeto de impugnación en el presente proceso la forma, correcta o incorrecta, en que los administradores de la demandada hayan gestionado la devolución de cantidades percibidas en atención al pronunciamiento anulatorio del acuerdo pretérito llevado a cabo por nuestra sentencia de 31 de mayo de 2013 a la que anteriormente hemos aludido. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad que dichos administradores pudieran haber contraído por ello, lo que, obviamente, no es objeto del actual proceso.

Se ha de estimar, pues, el recurso de apelación interpuesto.

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 las demandantes, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley.

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 ALIANZA DE COSECHEROS DE LA RIOJA, S.L. (hoy EW EQUITY PARTNERS LA RIOJA S.L.) 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, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por BODEGA REAL DE NÁJERA SOCIEDAD COOPERATIVA y BODEGA COOPERATIVA INTERLOCAL SANTIAGO APOSTOL contra ALIANZA DE COSECHEROS DE LA RIOJA, S.L. (hoy EW EQUITY PARTNERS LA RIOJA S.L.), todo ello con imposición a las demandantes de las costas causadas en la instancia precedente.

3.- 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.