



Roj: **SAP M 11807/2018 - ECLI: ES:APM:2018:11807**

Id Cendoj: **28079370182018100272**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **758/2017**

Nº de Resolución: **288/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO POZUELO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100, Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933898

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0194779

Recurso de Apelación 758/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1491/2014

APELANTE: VODAFONE HOLDINGS EUROPE S.L.U. (ANTES GRUPO CORPORATIVO ONO S.A.U.)

PROCURADOR: Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

APELADO: D. Javier

PROCURADOR: D. ANTONIO GARCIA MARTINEZ

SENTENCIA N° 288/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO. SR. PRESIDENTE :

D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. PEDRO POZUELO PÉREZ

D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

En Madrid, a diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandada VODAFONE HOLDINGS EUROPE S.L.U. (ANTES GRUPO CORPORATIVO ONO S.A.U.) representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro Rincón y de otra, como apelado demandante DON Javier representado por el Procurador Sr. García Martínez, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON PEDRO POZUELO PÉREZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid, en fecha 22 de junio de 2017, se dictó sentencia y con fecha 19 de julio de 2017 se dictó auto de aclaración, cuyas partes dispositivas son del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. García Martínez, en nombre y representación de Javier , condenando a Grupo Corporativo ONO S.A.U. a abonar al demandante la cantidad de 24.312.256 euros, menos la retención del IRPF al tipo que resulte en el momento del pago, actuando como límite máximo el importe reflejado en el suplico de la demanda de 19.206.682,24 euros-, a determinar en ejecución de Sentencia, imponiéndole asimismo el pago de las costas causadas".

"PARTE DISPOSITIVA: **SE ACLARA** Sentencia de fecha 22/06/2017 en los términos siguientes:

Es evidente que el importe de 19.206.682,24 euros es la cantidad máxima a la que podrá ser condenada la demandada, en concepto de principal. A dicho importe se le aplicará el interés legal desde la fecha de la reclamación extrajudicial - como se pide en la demanda - pues no existe ninguna iliquidez esencial, teniendo que aplicarse la retención por IRPF al importe consignado en el Fallo de la Sentencia, operación aritmética de gran simplicidad.

SE COMPLETA Sentencia de fecha 22/06/2017 en los términos siguientes:

Procede condenar al pago del interés legal desde la fecha de la reclamación extrajudicial (30 de septiembre de 2014), tal y como se pide en la demanda".

SEGUNDO.- Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 10 de julio de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que contra la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión ejercitada en la presente demanda se formula por la entidad demandada, la mercantil VODAFONE, el presente recurso de apelación.

En los presentes autos y por Don Javier se interpuso en su día demanda en reclamación de cantidad contra la mercantil Grupo Corporativo Ono, en anagrama GCO, por importe de 19.206.682,24 € la base de dicha reclamación estribaba en que el Sr. Javier a la sazón era Presidente de la entidad demandada, teniendo suscrito con la misma un contrato mercantil de prestación de servicios como directivo y Presidente de la misma. aparte de dicho contrato mercantil y como consecuencia de la aprobación de un denominado Plan Extraordinario de Retribución Variable ligada a la revalorización de la acción del grupo GCO, el mismo tendría derecho, junto con otras personas y directivos a los que no se refiere la presente demanda, a unas retribuciones extraordinarias, ligadas a determinados supuestos establecidos taxativamente en el denominado Plan Extraordinario, conocido por sus siglas LTIP, en concreto si se producía determinados eventos, como eran que la mayoría de las acciones una parte significativa de las mismas se refieran a un grupo de inversores de tal manera que los mismos tuvieron oportunidad de tomar el control de la misma, o bien que se produjese la salida a Bolsa de la compañía, y en dicho supuestos y según cual fuera la valoración de la acción en estos casos, se tendría derecho al percibo de unas cantidades variables, en función de la valoración que se diera a las acciones de la sociedad, y en función también de la valoración que se daba en el denominado LTIP.

A la vista de que como es conocido y notorio el denominado GCO fue adquirido por la mercantil VODAFONE por un precio que superó los 7.000.000.000 €, y dado que se había producido el denominado evento de liquidez, según la terminología del Plan, hacía que el Sr. Javier tuviera derecho al percibo de las cantidades consignadas en dicho Plan. Como quiera que por parte de la demandada no se había dado cumplimiento a la reclamaciones del Sr. Javier , se interpone la presente acción para el cobro de lo que se le adeuda, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1100 y siguientes del Código Civil , por entender que se había producido un incumplimiento de los términos pactados no sólo del contrato de prestación de servicios sino también y esencialmente en las previsiones del denominado LTIP.



La entidad demandada se personó en autos y contestó a la demanda, aduciendo esencialmente que no procedía el percibo de las cantidades reclamadas, debido a que el Sr. Javier había incumplido de manera grave las obligaciones que dimanaban del cargo de Presidente del Consejo de Administración, y en concreto ha dejado de cumplir con obligaciones inherentes a la condición de Administrador de la Sociedad, según las prescripciones de la Ley de Sociedades de Capital, y ello derivado de que mientras estuvo al frente de la compañía, la sociedad se ha visto incurso en un denominado fraude carrusel del IVA, habiéndose realizado un acta por parte de la Administración Tributaria en la que se le reclaman determinadas cantidades que la compañía se había deducido en concepto de IVA soportado, sin tener obligación de hacerlo, por lo que se habían detectado determinadas contingencias fiscales que han ocasionado que la compañía haya tenido que hacer frente a una provisión por estos supuestos de más de 70.000.000 €. Por ello entendiéndose que se había producido un incumplimiento flagrante de las obligaciones del Sr. Javier como Administrador, entendía la parte demandada que no era procedente el percibo de ninguna retribución extraordinaria derivado del denominado LTIP, a lo que añadía que precisamente había sido una actuación, que rayaba en conducta dolosa por parte del Sr. Javier y otros consejeros de la compañía, la que habían permitido "hinchar" las cuentas en determinadas áreas de negocio de la compañía para obtener una mayor valoración de la compañía, y poder vender la misma al Grupo Vodafone, y precisamente debido a esa actitud más que poco diligente realmente fraudulenta es por lo que la Agencia Tributaria ha venido a realizar unas inspecciones y a reclamar el importe de las cantidades que se ha deducido por IVA cuando al parecer no se tenía derecho, y así lo pone de manifiesto las actuaciones realizadas por la Agencia Tributaria.

SEGUNDO.- Que son elementos de hecho reseñables a los efectos de la presente litis, y que en realidad no han sido puestos en duda por nadie los siguientes: Con fecha 11 de diciembre de 2008 se celebró un denominado contrato mercantil de prestación de los servicios de Presidente del Consejo de Administración del Grupo Corporativo Ono entre dicha entidad y el demandante Don Javier entre las cláusulas que tienen alguna relevancia para la presente litis está la cláusula 1ª.2 en donde se afirma que Sr. Javier en su condición de Presidente de la Sociedad puede llevar a cabo las funciones de dirección y gestión propias del puesto que ocupa conforme a lo establecido en los estatutos sociales, el contrato entre accionistas y los reglamentos de funcionamiento interno del Consejo de Administración y de los comités de este derivados. Para el desarrollo de dichas funciones, al Presidente serán delegadas las facultades legalmente delegables que correspondan conforme al contrato de accionistas de la sociedad que el Presidente ejerce la completa autonomía responsable, sólo limitada por las instrucciones emanadas del Consejo de Administración de la sociedad. En la cláusula segunda se establecía que el presente contrato se basa en la recíproca confianza de las partes contratantes y los derechos y obligaciones que del objeto del contrato se derivan se acomodara de una manera especial y amplísima a las exigencias de la buena fe.

En las cláusulas quinta sexta y séptima se contienen determinadas obligaciones del Sr. Javier durante su permanencia como Presidente del Consejo de Administración, esencialmente la obligación de no concurrencia, en las condiciones establecidas en la estipulación quinta, la obligación de confidencialidad, en las condiciones establecidas en la estipulación sexta y el tratamiento de las invenciones estipulación séptima por la que la sociedad tendría la exclusiva y absoluta propiedad de todas las invenciones, procedimientos o desarrollos realizados por el Presidente al amparo de este contrato.

En cuanto a la duración del contrato el mismo tendría efectos del día 6 de noviembre de 2008, y con independencia de las causas de extinción anticipada tendría una duración hasta el 31 de diciembre de 2010. Constan en autos documentos tres adenda de prórroga del contrato hasta el 31 de diciembre de 2013 si bien como se indica en la adenda de fecha 19 de diciembre de 2012 dicho contrato se renovarían tácitamente por períodos de igual duración salvo denuncia expresa por cualquiera de las partes con antelación a la terminación de cada una de sus prórrogas.

Con fecha 25 de mayo de 2011 por el Consejo de Administración de la sociedad y a propuesta del denominado Comité de Remuneraciones y Nombramientos se aprobó el denominado PLAN EXTRAORDINARIO DE RETRIBUCIÓN VARIABLE LIGADA A LA REVALORIZACIÓN DE LA ACCIÓN, también conocido como Long Term Incentive Plan, o en sus siglas LTIP o simplemente el PLAN. Dicho Plan ofrecía a sus destinatarios la posibilidad de obtener, de forma extraordinaria, una retribución variable, el incentivo, cuyo importe se determinará principalmente en función de la revalorización experimentada por la acción de la sociedad. Según el propio Plan la retribución se ligaba a la evolución del valor de la acción para establecer un objetivo común entre el equipo directivo y los intereses de los accionistas de ONO, pretendiendo conseguir un vínculo entre los directivos y los accionistas, que contribuya a la generación de valor para la empresa y para los accionistas. Según el artículo uno del Plan el cobro del incentivo estaba ligado, en todo caso como principio general, a la obtención de liquidez por parte de los actuales accionistas mediante la disposición de todo o parte de su actual inversión en la sociedad.



El artículo 7 del denominado Plan, y en relación al denominado incentivo establece que el Plan otorga a los partícipes, que según el artículo 4 estaba destinado a los administradores ejecutivos de la sociedad y a los directivos que se designen por el Consejo de Administración, entre los cuales se encontraba el hoy demandante, el derecho a recibir una retribución variable extraordinaria consistente en un importe ligado a la remuneración que en su caso experimenten un determinado número de acciones de la sociedad. El importe concreto el incentivo se determinará multiplicando el número teórico de acciones asignado a cada partícipe, según se define en el artículo siguiente, por la diferencia del valor final e inicial de referencia según se definen estos términos en el Plan.

Según el artículo 9 del Plan son condiciones necesarias para el cobro del incentivo que el mismo esté devengado y además sea exigible según el artículo 9.2 del Plan y por lo que se hace a la exigibilidad del incentivo supuestos de liquidez se establece como supuesto de liquidez que determina el derecho el partícipes y que el cobro del incentivo los siguientes:

Transmisión por los actuales accionistas de más de un 40% el capital actual de la sociedad, y de los préstamos participativos, a varios accionistas o terceros que no actúan concertadamente, o transmisión de más de un 30% el capital social en las mismas condiciones a uno o varios accionistas actuales y o terceros que actúan concertadamente, o bien transmisión de un número de acciones de ONO que permita algunas en esta actual o a varios que actúan concertadamente alcanzar más de un 30% del capital actual de la sociedad y de los préstamos participativos. El segundo supuesto de liquidez se procedería por la salida Bolsa de la sociedad precedida de una oferta de venta público privada en virtud de la cual los actuales accionistas transmitían más de un 10% el capital actual de la sociedad.

Por su parte el artículo 9.1.1 del Plan establece la posibilidad de devengo anticipado que se entenderán todo caso devengado el 100% del incentivo de forma automática en los casos en que se produzca un supuesto de liquidez o el cambio de control de la sociedad, entendido como la adquisición de más del 30% el capital de la sociedad por uno o varios accionistas actuales y/o terceros, que actúan concertadamente. Por otra parte el denominado incentivo sólo se devengaría total o parcialmente, además de los requisitos anteriores se de la circunstancia de que el partícipe haya mantenido, de forma ininterrumpida, una relación laboral o mercantil con la sociedad, o con cualquiera de las sociedades pertenecientes al grupo, desde la aprobación del Plan hasta que se produzca el supuesto de liquidez, salvo los supuestos excepcionales que se consignan a continuación.

Por lo que hace a la duración del Plan el mismo tenía una fecha de extinción de 31 de diciembre de 2017, o en la fecha de pago del incentivo si es anterior.

Como es conocido y notorio el 16 de marzo de 2014 la mercantil VODAFONE que se adquirió el Grupo Corporativo ONO, por un importe de 7.200.000.000 €, compraventa que se consumó con fecha 23 de julio de 2014 con la firma los correspondientes instrumentos públicos, y después de que la operación fuera autorizada por las autoridades de competencia de la Unión Europea.

Con fecha 9 de julio de 2014 sean en el Consejo de Administración de GCO. En donde se determina se liquidará los importes resultantes apagarán beneficiarios del LTIP aprobándose por lo que hace al demandante un importe total bruto del incentivo por un importe de 24.312.256 €.

TERCERO.- Que la sentencia de instancia estima la demanda, esencialmente por considerar que se ha producido los hechos que determinaban el pago del denominado LTIP, dado que dicho pago está vinculado a unos hechos concretos y determinantes, la producción del denominado evento de liquidez que evidentemente se había producido, y desde luego el mero hecho de que existiera incurso demanda de responsabilidad social contra los administradores no tenía relevancia a los efectos del presente litigio, con independencia de lo que se resolviera en las actuaciones que se siguieron ante el Juzgado lo mercantil.

La entidad demandada anuda su recurso de apelación, aduciendo esencialmente en buena parte los mismos argumentos que ya adujo en la primera instancia.

En la contestación a la demanda la demandada esencialmente aducía que dado que el cobro de la percepción de los incentivos determinados por el gran por el Plan LTIP venía referenciados a la evolución del valor que tuvieran las acciones del Grupo Ono, a la fecha inicial y final según se desprendía de lo preceptuado el reglamento que acompañaba el referido Plan, era evidente que se producía un conflicto de intereses entre la actuación de los consejeros, a los que estaba esencialmente destinado el Plan, entre ellos el demandante, que en vez de procurar una gestión responsable de la sociedad realizaron toda una serie de actividades tendentes a lograr que de una manera más más o menos artificial pudiese subir la cotización de la acción en aras a obtener una mayor rentabilidad por el cobro del denominado incentivo. Y se afirma, parágrafo 76 que para la consecución de un supuesto de liquidez que devengará el derecho de los beneficiarios entre los que se encontraba Don Javier a percibir el incentivo era esencial incrementar el volumen de facturación para



mostrar la compañía en crecimiento en términos de ingresos y no decreciendo. Sólo así podría mostrarse al Grupo ONO en el mercado como un activo atractivo para invertir, o salir a Bolsa o el supuesto de que se produjera la venta de una posición mayoritaria en los términos previstos en el LTIP, y en el parágrafo 78 se establece que esa obstinación de los consejeros delegados por incrementar de forma artificial la cifra de facturación contribuyó decisivamente a que se produjeron los hechos que ha supuesto un quebranto patrimonial para el Grupo ONO y un incumplimiento las obligaciones contractuales del Sr. Javier bajo el contrato de servicios. Y fue precisamente, según se indica la contestación de la demanda es obstinación por incrementar el volumen de facturación lo que contribuye a posibilitar unas malas prácticas en el área de reventa de voz internacional de la compañía integran el grupo CABLE EUROPA, llevándose a cabo al margen del más elemental control, teniendo especial contribución la actitud deliberadamente imprudente mostrada por los consejeros ejecutivos quienes a pesar de los de los alarmantes indicadores y advertencias explícitas de responsables intermedios de la compañía, evitaron durante meses promover medidas para lograr el cese de una práctica (la generación artificial de ingresos ingentes sostenidos con una actividad de tráfico de llamadas internacionales inexistentes), lo que ha provocado cuantiosos daños al grupo ONO y en particular a GCO.

En definitiva en la contestación a la demanda, y asimismo en el recurso se viene a imputar al demandante que para conseguir un aumento artificial de los beneficios o de la facturación del Grupo ONO, permitió, alentó o dejó realizando una conducta absolutamente imprudente con una serie de malas prácticas en el llamado negocio de reventa internacional de voz que realizaba una de las óperas una a las sociedades del Grupo, la mercantil CABLE EUROPA, produciéndose un importante frente aumento de la facturación por estos conceptos, lo que motivó debido a la falta de controles internos, que se produce es un acto de inspección por parte de la Agencia Tributaria la que se ha saldado por el importe de una sanción que ascendía a más de 70.000.000 € y que además se supuesto en opinión de la demandada unos importantes daños reputación hales a la mercantil VODAFONE.

CUARTO.- Desde luego los argumentos vertidos en el escrito interponiendo recurso de apelación, que en definitiva son un paredro de los argumentos que se expusieron a contestar la demanda no puede prosperar ni ser atendidos.

En primer lugar conviene destacar que desarrollándose la pretensión dentro del ámbito de la responsabilidad puramente contractual por el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones en relación con el pago de los incentivos derivados del denominado LTIP, lo cierto y verdad es que en ningún momento ni en la contestación de la demanda ni en el presente recurso se hace la más mínima referencia a que se hubiese incumplido los objetivos que se pretendían con el referido Plan, ni se hace mención alguna a que se hubiera producido algún tipo de incumplimiento de los requisitos que constaban reglamentariamente en el Plan que se aprobó para poder cobrar los incentivos, ni se indica en ningún caso que no se haya dado el supuesto evento de liquidez, que evidentemente se ha producido al haberse vendido la totalidad de la compañía a un tercero, lo que evidentemente determinaba la producción del evento de liquidez según el artículo 9.2.1 del reglamento del Plan Extraordinario de Retribución Variable .

En realidad toda la argumentación de la parte demandada tanto en el escrito de contestación a la demanda, como el actual escrito de apelación, se refieren a otras cuestiones que poco o nada tienen que ver con el denominado Plan Extraordinario De Retribución Variable, y es que en definitiva lo que se está indicando es que ni el Sr. Javier , ni el resto de los integrantes del Consejo de Administración, tendría derecho a la percepción de los incentivos porque habían faltado a las obligaciones inherentes derivadas del cargo de administradores sociales, en el caso del Presidente del Consejo de Administración y ello porque como consecuencia de una gestión descuidada imprudente o rayando en una actividad dolosa se habían producido unas contingencias fiscales por la supuesta implicación del Grupo Corporativo ONO, a través de una de sus empresas la mercantil Cable Europa en un denominado fraude carrusel del IVA, que debió de haber sido controlado y vigilado por el Consejo de Administración, entre ellos el demandado, y que no sólo no lo fue, sino que se imputa al demandante el haber alentado un importante y significativo aumento de la facturación en el negocio de reventa de llamadas internacionales de voz, con la única intención de aumentar la facturación de la compañía y con ello aumentar su propia retribución como destinatario de los incentivos ligados al Plan extraordinario de retribución variable.

A ello se añade que en realidad la parte demandada ha procedido a solapar con el presente procedimiento una acción de responsabilidad social contra los administradores precisamente por las negligencias advertidas en los mismos con ocasión de la gestión de denominado negocio de reventa de llamadas internacional del internacionales de voz, descuido la gestión, falta de controles, o simplemente impulso para un aumento de la facturación que sirviera de coartada a un aumento en su participación en su retribuciones en el Plan de incentivos, y que ha determinado unas contingencias fiscales como consecuencia de un acta de inspección de la Agencia Tributaria que se ha saldado con una inflación de más de 70.000.000 €, a lo que se añade un daño de la reputación importante.



En efecto se imputa a los miembros del Consejo de Administración y más en particular al Sr. Javier hoy demandante una actuación que supondría una falta de la obligación de lealtad para con la compañía, entendiéndose que se había hecho una gestión del grupo gravemente imprudente permitiendo, cuando no alentando, que por parte de una de las sociedades integradas dentro del mismo, la mercantil Cable Europa se produjera un aumento excesivo de racional del negocio de reventa de llamada internacional de voz, que no estaba acompañado de unos controles efectivos, lo que ha motivado que se produjeran determinados perjuicios por contingencias fiscales que han debido ser afrontados por el adquirente de la compañía, en realidad por la compañía misma.

El argumento no puede prosperar ni ser atendido. En efecto como pone de manifiesto la sentencia de instancia, y como por otra parte esta propia Sala entiende con absoluta corrección, la acción que se ejercita es una reclamación basada en un supuesto incumplimiento contractual, en relación con el denominado cobro del incentivo dentro del Plan LTIP. Como ya se dicho con anterioridad dicho Plan suponía realmente un incentivo a cobrar por parte de determinados miembros del Consejo de Administración, entre ellos el demandado, en el caso de que se produjeran determinados eventos de liquidez, esencialmente la venta total o parcial o la salida Bolsa del Grupo Corporativo ONO, y la cuantía del incentivo vendría determinada por la diferencia entre el valor adjudicado al número de acciones que se atribuirían a cada uno de los consejeros, con el valor final que obtuviese cada una de las acciones de la compañía, tanto supuesto de venta a un tercero o a un grupo formado por propios accionistas de la empresa, como el supuesto de su salida a Bolsa en definitiva se indica que para conseguir un mayor atractivo de la compañía de para conseguir que está fuera realmente apetecible para cualquier inversor el demandado y el resto los miembros del Consejo de Administración desplegará una actividad tendente a incrementar de manera artificial la facturación de la compañía a través de un incremento absoluto desmesurado de la facturación de una de las empresas integrantes del grupo la mercantil Cable Europa en relación con la denominada reventa internacional de llamadas de voz.

El deber de lealtad requiere que el Administrador ejerza sus funciones en todo momento en interés de la sociedad. También en este caso su actuación ha de ajustarse a un modelo de conducta ofrecido por el legislador: los administradores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un fiel representante; se espera del administrador lo que se esperaría de un representante que actúa con fidelidad a quien representa. El deber de lealtad obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad que administra.

Sobre este particular se pronuncia entre otras la SAP de Valencia de 29 de Febrero de 2018 :

"Insistiendo en el significado del deber de lealtad de los administradores previsto en los arts. 226 y 227 TRLSC, debemos atender a la SAP La Coruña, Sec. 4ª, de 25 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP C 3021/2016 - ECLI:ES:APC: 2016: 3021) que interpreta la STS de 13 de julio de 2016 citada por la sociedad recurrente, exponiendo:

" 1. Dice la STS de 13 de julio de 2016 (ROJ: STS 3433/2016) que la acción individual contra los administradores (art. 241 LSC) configura una "responsabilidad por "ilícito orgánico", entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo" (Sentencias 242/2014, de 23 de mayo ; 737/2014, de 22 de diciembre ; 253/2016, de 18 de abril). Esta última detalla que "Para su apreciación, la jurisprudencia requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero (SSTS 131/2016, de 3 de marzo ; 396/2013, de 20 de junio ; 15 de octubre de 2013 ; 395/2012, de 18 de junio ; 312/2010, de 1 de junio ; y 667/2009, de 23 de octubre , entre otras).

(...)

De esta manera, la actuación del administrador único demandado, en cuanto que hizo uso de sus facultades con una finalidad distinta de la que legalmente justifica su atribución, que es la defensa del interés social, y lo hizo además en beneficio propio y de terceros, no se ajusta a las exigencias que le imponía su deber de lealtad (artículo 226, en su redacción anterior a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)".

Vemos que la conclusión de la sentencia es que la lealtad del órgano de administración se predica respecto el interés social y no el interés de un socio en concreto.

Como bien aprecia el Juez a quo, dicha lealtad sólo será perjudicial para el socio cuando la decisión adoptada no sea beneficiosa para la sociedad. Sin embargo, ya podemos adelantar que la demanda en ningún caso Plantea su pretensión en estos términos; es decir, no existe ninguna referencia a que el acuerdo adoptado no



haya sido beneficioso para la sociedad o que la oferta de Privet Capital rechazada en favor de la oferta de Valencia Investors fuera más provechosa para la sociedad.

Ciertamente como una de las manifestaciones del deber de lealtad se encuentra la de evitar situaciones de conflicto de intereses, de tal manera que la Administrador debería abstenerse de participar en actuaciones y de la obra y deliberaciones que pueden suponer una confusión un conflicto entre sus intereses y los intereses de la sociedad.

La parte recurrente sostiene que se ha producido una infracción de los deberes de lealtad en la medida en que se produciría un conflicto de intereses puesto que el demandado en su condición de presidente del Consejo de Administración, imputación que también hace a otros miembros del Consejo, con el único fin de obtener un ilícito beneficio y una mayor cuantía del denominado incentivo, propiciar una serie de prácticas irregulares en el denominado negocio de reventa internacional de voz, lo que hizo que la facturación de la sociedad por esos conceptos ascendiera de una manera astronómica y exorbitante, todo ello con la única intención de hacer más apetecible el Grupo Ono para los apetitos inversores de cualquier tercero, de tal manera que fue precisamente ese aumento puramente artificial de la facturación lo que determinó en esencia que se produjera la compraventa de la sociedad por parte de la mercantil Vodafone, y por tanto se tradujo en un enriquecimiento injusto por parte del administrador hoy demandante.

Desde luego dichos argumentos no pueden prosperar ni ser atendidos. En efecto al razonar así en el escrito interposición de recurso la parte apelante olvida la terminante declaración verificada en el interrogatorio de parte del actual presidente del Grupo Ono el Sr. Higinio , quien además también es un alto cargo del Grupo Vodafone en el momento en que se produjeron las negociaciones para la adquisición de la compañía y por lo tanto estar una óptima situación para poder declarar sobre el particular pues bien el referido Sr. Inocencio en el minuto 10:38 de su declaración establece de manera clara y terminante que el negocio de internacional de reventa de voz no tenía ninguna relevancia en la decisión de adquirir o dejar de adquirir el Grupo. Que normalmente este tipo de actividades aun cuando tengan una importante facturación tiene una repercusión mínima en los beneficios, por lo que en ningún caso se decidió la adquisición del Grupo Ono como consecuencia del mayor o menor volumen de facturación por el denominado reventa internacional pero no solamente eso es que a renglón seguido y para dejar absolutamente claro vino a recalcar insistentemente que en ningún caso la decisión de adquisición del denominado Grupo Ono se debió a la facturación de las llamadas internacionales de voz, ni dicho negocio tuvo incidencia alguna en la decisión de adquirir la compañía, añadiendo que lo que tuvo preferencia a la hora de adquirir la compañía era la existencia de un know how, de una tecnología y sobre todo de un capital humano que se consideraba de primera línea para poder afrontar la continuación del negocio.

Como se ve, a la vista de la terminante declaración del actual presidente del Grupo Ono, difícilmente puede sostenerse que una facturación "hinchada" del negocio de la reventa de las llamadas internacional de voz realizado por la mercantil CABLE EUROPA, tuviera ninguna relación ninguna incidencia en la decisión de adquirir la compañía, por lo que difícilmente puede decirse que el Sr. Javier estuviera sometido a un supuesto de conflicto de intereses.

Por otra parte no puede menos que hacerse constar que si bien es cierto que el denominado Grupo Ono sigue manteniendo la misma denominación social solamente que con las modificaciones producidas como consecuencia del cambio de propietario y accionista único, no es menos cierto que precisamente el objetivo del denominado LTIP eran vincular a los administradores sociales a fin de obtener una generación de valor para la empresa y para los accionistas, pretendiéndose dotar al equipo directivo de un instrumento motivador, de proyección plurianual y con un evidente carácter fidelizador, mediante la participación en los rendimientos y el crecimiento a largo plazo de la compañía, como se desprende de los objetivos del denominado Plan Extraordinario De Retribución Variable, y allí en la primera página del mismo folio 131 de los autos se indica que el cobro efectivo estaba ligado en todo caso y como principio general que debe servir para interpretar el Plan, a la obtención de liquidez por parte de los actuales accionistas mediante la disposición de toda o parte de su actual inversión en la sociedad, y es del todo evidente que la adquisición del grupo uno por parte de la mercantil Vodafone supuso una operación que determinó pingües beneficios para los accionistas quienes recibieron unos importantes beneficios por la venta de dicha compañía. Por ello malamente puede indicarse que se había producido una infracción de los deberes de lealtad, por existir soterradamente una suerte de conflicto de intereses, cuando el propio presidente del actual Consejo de Administración Del Grupo ONO ha venido a declarar que en ningún caso se produjo la adquisición de la compañía por efecto de dicho incremento de facturación, ni por ninguna incidencia relacionada con la reventa de las llamadas internacionales de voz, que como el propio representante legal se encargó de aclarar, dado que pertenecía al mundo de las telecomunicaciones desde hace bastante tiempo, era conocido y es conocido dentro de ese mundo ese tipo de negocios aunque tienen unas niveles de facturación altos tienen una raquífica influencia en los beneficios.



En el caso del grupo Ono apenas 1% según los propios informes que aporta la parte demandada. De ello se desprende en el mejor de los casos y aun admitiendo que se hubiese producido un aumento exagerado de los ingresos por dicho concepto resultaría que el incremento de los beneficios por dicho motivo apenas supondría entre 1 y 2 millones de euros, lo que parece una cuantía mínima e insignificante en una operación en la cual el grupo adquirente ha pagado 7.200.000.000 €, y evidentemente poco nada tiene que ver en semejante gasto el negocio de reventa de llamadas internacional de voz.

Desde luego las alegaciones que se pretenden hacer en el recurso para desvirtuar el testimonio del Sr. Higinio resultan sorprendentes y poco atendibles. En efecto el mero hecho de que el Sr. Higinio a la par que actual Presidente del Grupo Corporativo ONO sea Consejero Delegado del Grupo Vodafone, en modo alguno tiene ninguna relevancia en la declaración que prestó como en el interrogatorio de parte, es más no puede menos que hacerse constar que teniendo en cuenta que actualmente el artículo 361 de la Ley Enjuiciamiento Civil viene a introducir como un elemento valorativo de los interrogatorios de parte la valoración conforme las reglas de la sana crítica, lo que incluye parte precisamente valorar "la precisión y claridad de las respuestas", así como la ausencia "de contradicciones en las declaraciones de la parte interrogada" (SAP Salamanca, 7 de febrero de 2012), y precisamente el hecho de que el Sr. Higinio no sólo sea la actualidad presidente del Grupo Corporativo ONO, sino que su condición de Consejero de Vodafone hubiese intervenido de manera intensa en las negociaciones que cristalizaron en la adquisición del grupo, hace que su testimonio sea de la mayor relevancia pues conoce perfectamente cuáles fueron las circunstancias y condicionantes que se tomaron en cuenta para el adquirente de la compañía.

Como se ve las imputaciones que se hacen al Sr. Javier y otros miembros del Consejo de Administración, aparte de estarse depurando en el seno de otro procedimiento judicial tramitado ante los Juzgados de lo mercantil, que por cierto y en Primera Instancia no ha obtenido un resultado favorable para la recurrente, lo cierto es que poco tiene o nada tienen que ver con el asunto que motivó el presente litigio, que nos otro que el de determinar si como consecuencia de haberse producido los denominados eventos de liquidez a los que se negaba el cobro determinados incentivos según el Plan Extraordinario De Retribución Variable tenía derecho en principio el Sr. Higinio a obtener las cantidades que le correspondían como beneficiario de dichos incentivos y como integrante de ese Plan De Retribución Variable, cuestión que poco nada tiene que ver con la posible responsabilidad en que pueda haber incurrido el Sr. Higinio por la falta de diligencia a la hora de gestionar determinadas actuaciones a determinadas áreas de negocio. En concreto la denominada reventa de llamadas internacionales de voz, que se realizaba a través de una de las empresas del grupo, la mercantil Cable Europa, como se dice en la declaración realizada por el actual Presidente del Grupo Corporativo Ono se desprende que en la decisión de adquirir la compañía ninguna relevancia tuvo las incidencias del negocio de reventa de llamadas internacionales de voz, por lo que difícilmente puede sostenerse que se produjo una infracción de ningún deber de lealtad por parte del Sr. Higinio . Otra cosa bien distinta es que al haberse aflorado determinadas contingencias fiscales que al parecer no había sido puesta de manifiesto en la operación de Due Dilligence que se habían realizado, está al alcance por supuesto del grupo VODAFONE, que hoy es el actual socio único mayoritario de la mercantil ONO, el ejercicio de las acciones que a su derecho convenga, en este caso de responsabilidad social contra los administradores por haber dado lugar con una supuesta negligente actuación al afloramiento de estos pasivos fiscales y en definitiva al haber tenido que afrontar un pago por concepto de multas o de IVA no deducido de más de 70.000.000 €, pero también es evidente que dichas actuaciones se están depurando en otro procedimiento, y a pesar del manifiesto y evidente interés de la parte demandada por solapar ambos procedimientos, y a pesar de haber intentado repetidamente la suspensión de este procedimiento por prejudicialidad civil, lo cierto es que poco nada tiene que ver las cuestiones que se dilucidar en este procedimiento, con las que se dilucida en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo mercantil nº 3, con independencia de que efectivamente en cualquier caso si se diera la situación de estimar la acción de responsabilidad social que se ha entablado contra el administrador, es evidente que la cantidad que pudiera ser condenado el mismo sería compensable con los derechos que tuviera en el presente procedimiento por la obtención de los denominados incentivos.

QUINTO.- El segundo término y para poder de alguna manera combatir las pretensiones contenidas en la demanda, aparte de indicar que se había producido una infracción del deber de lealtad, que ya quedado contestaré resultan anterior fundamento, por parte de la entidad demandada se indica que pese a lo que puedo decir la sentencia en realidad el cobro de los incentivos a los que se tendría derecho en virtud del Plan Extraordinario De Retribuciones Variables, solamente podría realizarse si además de haberse dado las circunstancias objetivas para que se produjera dicho cobro, que nadie discute que se han dado, debieras unas circunstancias subjetiva y es que los administradores sociales o en este caso el presidente del Consejo de Administración hubiera cumplido fiel y diligentemente con las obligaciones del contrato de prestación de servicios que tenía concertado con la sociedad. En este sentido se indica que de las propias manifestaciones del Sr. Javier se desprende en mismo estaba de acuerdo en que solamente se podría cobrar el denominado



LTIP si se había cumplido con el contrato de prestación de servicios, y como quiera que no se había cumplido con el contrato de prestación de servicios toda vez que se había producido una flagrante infracción del deber de lealtad, en cualquier caso era obvio que debía desestimarse la pretensión esgrimida por la demandante. A mayor abundamiento y en el recurso se hace referencia a que en el propio reglamento de LTIP se hacía referencia a que el incentivo era exigible aún en el caso de que se produzca la extinción o no renovación del vínculo mercantil por cuestión discrecional de la sociedad, siempre que tal extinción no se deba, precisamente, a un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones inherentes al desempeño de su cargo. Pero es que lo cierto es que al razonar así la parte recurrente pone la conclusión delante de las premisas. En efecto el hecho de que en la actualidad el Sr. Javier no preste servicios para la mercantil ONO, no se debe al ejercicio de ninguna acción social de responsabilidad, sino que como puso de manifiesto precisamente el Sr. Higinio en su declaración, dado que entre los acuerdos tomados en las conversaciones entabladas en el proceso de negociación para la compra de la compañía, se encontraba el hecho de que el Sr. Javier dejaría de ser Presidente del Consejo de Administración, era por esa situación por lo que se aceptó que se cobrase por parte del Sr. Javier el incentivo ligado al LTIP, pues no tenía ningún sentido el mantener durante varios meses en suspenso dicho incentivo, cuando ya se había llegado a un acuerdo en los tratos preliminares que el Sr. Javier saldría o dejaría de ser Presidente del Consejo de Administración. De ello se desprende que el hecho del Sr. Javier actualmente y en el momento que se solicitó el pago del incentivo no estuviera ligado por un vínculo contractual laboral o mercantil con la compañía no significa que lo fuera como consecuencia de un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones inherentes al desempeño su cargo, sino que lo fue como consecuencia de que precisamente las negociaciones y tratos preliminares llevados a cabo para la adquisición de la compañía, ya se encontraba presente el hecho de que el Sr. Javier abandonaría la presidencia del grupo. Así se desprende inequívocamente del documento número 11 folio 96 en donde por parte de Vodafone se dice que renuncia la aplicación del periodo de permanencia adicional del Sr. Javier como beneficiario del LTIP, ya que su salida de la presidencia es algo pactado recogido en el contrato de compraventa de las acciones de fecha 17 de marzo del que Vodafone es parte y en consecuencia se autorizaba el pago del incentivo al hoy demandante tras el cierre de la venta las acciones de GCO, solicitando por otra parte la permanencia adicional a los otros dos miembros del Consejo de Administración para que se cobrasen los incentivos.

SEXTO.- Que por lo que hace al resto de su extensísimo recurso, realmente el mismo carece de trascendencia a los efectos debatidos en la presente litis. En efecto se extiende el mismo en la valoración de unas pruebas periciales y la valoración de las declaraciones testificales que pondría de manifiesto una supuesta falta de diligencia por parte del Sr. Javier, cuando no una actuación impulsora, de prácticas poco razonable que habría determinado un aumento excesivo indiscriminado de la facturación por reventa de llamadas internacionales de voz, y a pesar de haberse producido un incremento verdaderamente exponencial, no se pusieron en marcha ningún tipo de control para poder depurar tales hechos, lo que había ocasionado los quebrantos fiscales que en definitiva ha tenido que afrontar la compañía. Evidentemente dichas pruebas podrán tener alguna relevancia alguna incidencia en la demanda de acción social de responsabilidad pero lo cierto y verdad es que el presente procedimiento en donde el único que se depura es si realmente se han producido los elementos determinantes para que se produzca al cobro de los incentivos asociados al denominado LTIP, carecen de relevancia. Por otra parte no puede menos que hacerse constar que según las conclusiones a la que llega la sentencia el Juzgado de lo Mercantil número tres de Madrid, que ha enjuiciado la cuestión a la luz de la respuesta de la acción social de responsabilidad, parece que ningún reproche debe hacersele puede hacersele a los miembros del Consejo de Administración, pues al parecer ese salto indiscriminado es aumento indiscriminado de la llamadas internacionales de voz se produjo como una como consecuencia de una actuación al margen de procedimientos de la compañía de los propios comerciales del área de venta o de reventa de internacional de voz, haciéndose constar que precisamente no se había hecho unos grandes controles sobre el particular debido a la escasa incidencia del negocio en la facturación de la compañía, lo que había permitido que algunos comerciales de la misma actuaran, por decirlo de alguna manera "por libre". Pero en fin lo cierto y verdad es que la falta o presencia o ausencia de controles en el área de reventa de llamadas internacionales de voz carece de ninguna relevancia en el presente procedimiento en donde lo que se discute es el cobro de un determinado incentivo, y nadie discute que se ha producido los eventos de liquidez asociados a dicho cobro, y en realidad lo que la parte pretende tanto en la contestación a la demanda en el escrito de recurso, como en la demanda de responsabilidad social que ha Planteado es simplemente llevar la cuestión a un supuesto caso de falta o de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones societarias por parte del Sr. Javier, que con independencia de que exista ONO, es evidente que por lo que hace al cobro del incentivo asociado al LTIP carece de relevancia.

SÉPTIMO.- Por último debe hacerse mención a una cuestión oportunamente Planteada en el recurso, cuál es la supuesta incongruencia que se padecerían en la sentencia al haber dado más cantidad de la reclamada. En efecto en la demanda rectora del procedimiento se solicitaba el pago de la cantidad de 19.206.682,24 euros. En el acto de la audiencia previa se modificó el suplico de la demanda en el sentido de solicitar una condena al pago de 24.000.000 €, que se definitiva a lo que condenan la sentencia. En realidad las diferencias no son



tales sino que al parecer en un caso se está hablando de cantidades brutas, 24.000.000 €, y en otro caso se habla de cantidades netas.

En este sentido debe darse parcialmente la razón en este punto a la parte recurrente, pues es evidente que el cobro de la cantidad reclamada debe hacerse de cantidad neta y por lo tanto debe reducirse a la suma de 19.206.682,24 €. Así se desprende del artículo 11 del denominado reglamento del LTIP el que establece que del incentivo bruto calculado de acuerdo con el párrafo anterior, que se refiere a la multiplicación del número teórico de acciones es asignada cada partícipe por la diferencia positiva entre el valor final de referencia que corresponda y el valor inicial, se dilucidar las retenciones a cuenta del impuesto de la renta las personas físicas, las eventuales cotizaciones a la Seguridad Social y demás impuestos y gastos que se generen y deba soportar el partícipe conforme a la ley o las reglas del Plan, y a continuación añade que "el importe neto del incentivo se pagara por la sociedad al partícipe en la forma prevista en el artículo 12".

Pues bien parece evidente que el Sr. Javier , en su caso, tendrá derecho a cobrar el importe neto del incentivo, y no el importe bruto como se conceden la sentencia por lo que debe atenderse a la cantidad que se reclamó en la demanda.

OCTAVO.- Que por lo que hace a las costas tanto las de primera como las de segunda instancia deben ser impuestas a la parte demandada y en la alzada recurrente. En efecto aun contando con que según se desprende del fundamento de derecho que antecede se ha producido una mínima modificación de la sentencia, lo cierto y verdad es que existe una estimación sustancial de la misma, pues en definitiva las diferencias entre las cantidades que se hacer, no son tales, sino que en un caso se refiere a una cantidad bruta y en otro caso se refiere a la misma cantidad neta, una vez deducida los impuestos correspondientes, por lo que en realidad se ha producido una estimación sustancial de la demanda, y aun cuando haya estimación parcial del recurso dicha circunstancia no debe influir en el pago de las costas de la alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación que ostenta contra la sentencia dictada las presentes actuaciones por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 61 de los de esta capital de fecha 22 de junio de 2017 a que el presente rollo se contrae, revocando la meritada resolución en el único particular relativo al pago de la cantidad reclamada que debe ser por el importe neto de la cantidad determinada como incentivo y que asciende a la suma de 19.206.682,24 €, más el interés legal de dicha suma. Respecto de las costas este a lo dispuesto en el fundamento de derecho que antecede. Con devolución del depósito constituido.

Contra esta resolución cabe interponer recurso extraordinario de casación o recurso extraordinario por infracción procesal en los términos expuestos en los artículos 477 y 469 de la LEC .

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.