



Roj: **SAP M 16480/2016 - ECLI: ES:APM:2016:16480**

Id Cendoj: **28079370282016100304**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/11/2016**

Nº de Recurso: **620/2014**

Nº de Resolución: **397/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

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

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0190383

Recurso de Apelación 620/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 329/2010

APELANTE: INMOBILIARIA COLONIAL, SA

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO MARIA ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS

APELADO: D./Dña. Anibal

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

D./Dña. Conrado y otros 3

PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

S E N T E N C I A nº397/2016

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

En Madrid, a 18 de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 620/2014 interpuesto contra la Sentencia de fecha 3 de junio de 2016 dictado en el proceso número 329/2010 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, 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 29.4.2010 por la representación de INMOBILIARIA COLONIAL S.A. contra Don Anibal , INVERSIONES EMPRESARIALES TERSINA, S.L.U., DESARROLLO EMPRESARIAL QUETRO, S.L.U., Don Conrado y Doña Conrado , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que *"...dicte sentencia por la que: 1.- Declare la responsabilidad de los administradores de INMOBILIARIA COLONIAL S.A., por las operaciones LAS SALINAS 1, LAS SALINAS 2, HOTEL MOJACAR, NOTENTH y SANTI PETRI descritas en esa demanda.*

2.- Condene solidariamente a D. Conrado , INVERSIONES EMPRESARIALES TERSINA, S.L.U., Da. Coro ; DESARROLLO EMPRESARIAL QUETRO, S.L.U., D. Anibal al pago a la actora INMOBILIARIA COLONIAL de los perjuicios producidos por importe de TRESCIENTOS OCHO MILLONES SETECIENTOS MIL NOVECIENTOS VEINTITRES EUROS (308.700.923,-€) más los intereses legales desde la sentencia.

3.- Condene a los demandados al pago de las costas procesales".

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2014, cuyo fallo es del siguiente tenor: *"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el procurador. Antonio Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de INMOBILIARIA COLONIAL S.A., contra D. Anibal , representado por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra INVERSIONES EMPRESARIALES TERSINA, S.L.U., DESARROLLO EMPRESARIAL QUETRO, S.L.U., D. Conrado y D^a. Coro , representados por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, D. Joaquín Jiménez Iglesias, representado por la procurador D^a. Isabel Juliá Corujo, ABSOLVIENDO a los demandados de los pedimentos formulados en su contra, y todo ello con expresa condena en costas al actor."*

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante 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 17 de noviembre de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Introducción .-

La mercantil INMOBILIARIA COLONIAL S.A. (en adelante, COLONIAL) interpuso demanda contra Don Anibal , INVERSIONES EMPRESARIALES TERSINA, S.L.U., DESARROLLO EMPRESARIAL QUETRO, S.L.U., Don Conrado y Doña Coro por su pretérita condición de administradores de derecho (los tres primeros) y de hecho (los dos últimos) de la demandante, y en reclamación de la suma de 308.700.923 € en concepto de resarcimiento de los daños sufridos por esta a consecuencia de las conductas que más adelante examinaremos.

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

Pese a la actual vigencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, hemos de precisar que las citas legales que se efectuarán en la presente resolución irán referidas al hoy derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al ser dicho texto, por razones temporales, el aplicable al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO .- El acuerdo de la junta general .-

La sentencia apelada desestimó la demanda por entender que el acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad demandante no soportaba suficientemente el ejercicio de la acción social de responsabilidad entablada al no contener una identificación de los administradores sociales contra los que habría de dirigirse ni de la concreta operación que daba lugar a dicha iniciativa procesal, como tampoco de su carácter ilícito ni del daño atribuido.

El acuerdo adoptado por la junta general de COLONIAL celebrada el día 30 de junio de 2009 fue del siguiente tenor:



"Interponer las acciones sociales de responsabilidad, por los cuantiosos daños causados a la sociedad, por la compra de activos por la Compañía para reinversión del precio de los compradores en acciones de la misma, vinculados o no al aumento de capital de 29 de junio de 2006 ; por la adquisición de acciones de Riofisa, S.A, y por la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007, ambos inclusive, habilitando al Consejo de Administración para el ejercicio de las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores responsables en los términos más adecuados para la defensa del interés social. En este sentido la acción social no se ejerce frente a ninguno de los actuales miembros del Consejo de Administración " (se enfatiza en negrita la parte del acuerdo que concierne a la acción ejercitada concretamente en este litigio).

El punto de vista de la sentencia ahora apelada se apoya de modo expreso en el criterio mantenido por esta Sala en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 en la que, con ocasión del examen en grado de apelación de otra de las acciones sociales de responsabilidad dimanantes del mismo acuerdo societario (la fundada en la compra de acciones propias realizadas entre marzo y diciembre de 2007), sostuvimos, en efecto, que el acuerdo en cuestión no permitía, por su elevada imprecisión, considerar cumplido el requisito previsto en el Art. 134 L.S.A . al carecer de una mínima identificación de los administradores responsables, de la conducta antijurídica que se les imputaba y del daño virtualmente causado por la misma.

Sucede, sin embargo, que posteriormente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 rechazó el argumento contenido en la referida sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2012 razonando al efecto lo siguiente:

"La legitimación originaria para el ejercicio de la acción social de responsabilidad conforme a lo prescrito en el art. 134.1 LSA corresponde a la sociedad, que es la que ha sufrido el daño cuya indemnización se pretende. El precepto establece que el ejercicio de la acción requiere un previo acuerdo de la junta general de accionistas, que debe indicar respecto de qué conducta debe exigirse responsabilidad, sin que sea necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación. En nuestro caso está claro que, junto a otras dos conductas, la junta se refiere a « la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007 ». Con esta mención se identifica perfectamente la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción responsabilidad por los daños que ocasionó a la sociedad, que fue quien adquirió sus propias acciones, y que no era necesario cuantificar en ese momento.

También era necesario identificar a los administradores frente a quienes se pretende ejercitar la acción de responsabilidad, y aquí, en contra del parecer de la Audiencia, entendemos que lo están, en la medida en que se refiere primero a quienes eran administradores en el momento en que se realizó aquella conducta y luego excluye de entre ellos a quienes en el momento de adoptarse el acuerdo social seguían siendo administradores.

Los dos administradores demandados estaban incluidos dentro de los que especificaba el acuerdo social, puesto que eran administradores en el momento en que se realizaron las operaciones de adquisición de las propias acciones y ya no lo eran cuando se adoptó el acuerdo. Desde esta perspectiva no puede imputarse al acuerdo un defecto que inhabilite para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Las cuestiones sobre a quién debía imputarse la conducta, si sólo a los dos administradores demandados o también al resto de los que formaban parte del consejo de administración, es una cuestión extraña al acuerdo y guarda relación con la prosperabilidad de la acción y sus consecuencias, sobre todo si se concluye que la conducta era imputable al consejo, y por ello son responsables solidarios todos sus miembros, tanto los demandados como los no demandados.

Pero como apuntábamos, esta es una cuestión ajena al acuerdo de la junta sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que debe limitarse a identificar contra qué administradores se pretende exigir responsabilidades y por qué comportamiento antijurídico.

En este sentido, conviene advertir que resulta irrelevante que la acción de responsabilidad se haya ejercitado sólo respecto de una de las tres conductas mencionadas en el acuerdo, como tampoco es relevante que, además de los dos demandados, pudiera haber otros administradores respecto de quienes también se acordaba por la junta el ejercicio de la acción de responsabilidad. Esto queda en el marco del cumplimiento de la voluntad de la junta por quien tenía encomendado su ejecución, pero no afecta a la suficiencia del acuerdo sobre las acciones finalmente ejercitadas, en relación con la apreciación del cumplimiento de este primer presupuesto legal".

De las tres fuentes de posible ilicitud que se definieron en el acuerdo de 30 de junio de 2009, acuerdo que ha dado lugar al ejercicio por parte de COLONIAL de otras tantas acciones sociales de responsabilidad, la que nos ocupa en el presente litigio es la referida a "...los cuantiosos daños causados a la sociedad, por la compra de activos por la Compañía para reinversión del precio de los compradores en acciones de la misma, vinculados o no al aumento de capital de 29 de junio de 2006...". Pues bien, no advertimos la presencia en el caso que nos ocupa de circunstancias diferenciales que justifiquen un distanciamiento respecto de los puntos



de vista expresados por el Alto Tribunal en su ya mencionada sentencia de 26 de diciembre de 2014 : en cuanto a la susceptibilidad de identificación de los administradores concernidos, por las mismas razones que en dicha resolución se expresan; y, en lo relativo a la identificación de la conducta antijurídica, porque el grado de concreción del acuerdo en que se funda la acción que ahora nos ocupa no puede considerarse inferior que el de la parte de ese mismo acuerdo que contempló la sentencia del Tribunal Supremo. Aunque pudiera advertirse algún grado de indefinición en relación con la compra de activos no vinculada al aumento de capital de 29 de junio de 2006, lo cierto es que la acción aquí ejercitada se funda en la compra de activos que se llevó a cabo para que los vendedores reinvirtieran el precio obtenido precisamente en dicho aumento de capital de 29 de junio de 2006, y dichas operaciones se encuentran perfectamente identificadas y documentadas para los socios de COLONIAL, ello además de haber sido mencionadas en el informe del órgano de administración de la misma que precedió a la adopción del acuerdo de aumento de capital adoptado por su junta general. Todo lo cual nos conduce a la apreciación de este motivo de apelación.

Por lo demás, habiendo insistido la parte apelada en esta segunda instancia en la excepción de caducidad que fracasara en la instancia precedente, debemos también rechazarla por los mismos motivos contenidos en la sentencia apelada, motivos que no reproducimos en evitación de estériles reiteraciones y que no son otros que los expuestos por esta misma Sala para rechazar ese mismo argumento defensivo en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 que la resolución ahora recurrida reproduce en lo menester.

TERCERO .- La acción ejercitada .-

La acción social de responsabilidad ejercitada tiene que ver con el segundo de los tres aumentos de capital (el primero mediante aportaciones no dinerarias, el segundo mediante aportaciones dinerarias, ambos con supresión del derecho de suscripción preferente, y el tercero mediante aportaciones dinerarias y sin exclusión de dicho derecho) acordados por la junta general de COLONIAL de 29 de junio de 2006. Ese segundo aumento tendría un importe nominal de 81.996.510,60 € y se cubriría mediante aportaciones dinerarias por parte de determinadas empresas del sector. En el informe del consejo de administración de COLONIAL que se puso a disposición de los accionistas se daba cuenta de que los fondos que esas empresas invertirían provendrían en su integridad del precio que habrían de percibir de determinadas ventas de inmuebles o derechos que se proponían celebrar con COLONIAL.

Tomando por base la redacción del Art. 133-1 L.S.A. -" *Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo...*" -, la acción social aquí ejercitada se fundó tanto en que la conducta censurada a los demandados no se acompañó al canon de diligencia exigible a los administradores societarios (diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, a tenor del Art. 127-1 L.S.A .) como en que mediante ella se vulneraron determinados preceptos legales, en particular los Arts. 38 y 81 y concordantes de la L.S.A . En todos los casos la materia censurable estaría constituida por la decisión de los demandados de pagar por la compra de determinados inmuebles y derechos a quienes habrían de concurrir con el numerario de ellos obtenido al segundo de los referidos aumentos de capital un precio que la demandante juzga en la actualidad que fue excesivo, centrándose el quebranto patrimonial que asegura haber padecido tanto en la parte del precio que incurrió en el referido exceso como en el mayor importe de la carga tributaria asumida por tal concepto y en el coste de oportunidad consiguiente.

Por razones sistemáticas, consideramos conveniente comenzar por el examen de los reproches que se fundan en la falta de diligencia atribuida a los demandados, dejando para más adelante el examen del posible quebrantamiento por parte de los mismos de las mencionadas normas legales.

CUARTO .- La falta de diligencia del empresario (I). Los términos del debate.-

La base probatoria sobre la que se articula la demanda está constituida, en lo esencial, por informes periciales emitidos, años después de la realización de las referidas operaciones de adquisición de inmuebles y derechos, por las firmas IBERTASA y FOREST PARTNERS (en adelante, informes IBERTASA y FOREST, dentro de cuyo grupo damos por incluidos los informes realizados por la firma de nombramiento judicial EBROTASA, informes que, pese a arrojar resultados ligeramente diferentes, tomaron por base los mismos presupuestos en que se fundaron los informes IBERTASA y FOREST) y que, tomando por referencia la época en que esas operaciones se llevaron a cabo, arrojan valoraciones en relación con los elementos patrimoniales adquiridos por COLONIAL sensiblemente inferiores a las valoraciones contenidas en los informes en su día emitidos por las firmas CB DIRECCION000 y DIRECCION001 (en adelante, conjuntamente informes DIRECCION000 / DIRECCION001), siendo estos últimos los informes que encargaron y tuvieron a la vista los administradores ahora demandados cuando adoptaron las decisiones inversoras que son objeto de censura en el presente litigio.



Para dejar convenientemente despejado el plano en el que es posible mantener el debate que se sustancia en el presente proceso, consideramos que reviste una gran importancia comenzar clarificando que, atendida la naturaleza de la acción que se ejercita, la misión de este tribunal no consiste en dirimir cuál de esos dos grupos de informes periciales goza de mayor grado de acierto en relación con las valoraciones que efectúan. Ese tipo de juicio tendría sentido en el seno de un hipotético litigio en el que se ventilase la eventual ineficacia jurídica de los contratos de compraventa o el virtual derecho de la compradora COLONIAL a una reparación económica como consecuencia de los desfases que sus informes periciales ponen de manifiesto. Sin embargo, lo que aquí se ejercita es una acción de responsabilidad frente a los administradores sociales, es decir, un tipo de acción que lo que exige es desentrañar si, al adoptar las decisiones inversoras que se cuestionan, los administradores demandados conocían -o era exigible que conocieran- la realidad de esos desfases que los peritos de la actora ponen de manifiesto. Dicho de otro modo: aunque, tras un concienzudo examen comparativo de los informes IBERTASA/FOREST, por un lado, y de los informes DIRECCION000 / DIRECCION001 por otro, este tribunal alcanzase la conclusión de que son más acertadas las valoraciones de aquellos que las de estos, esta virtual conclusión carecería del menor interés para la resolución del litigio si, al propio tiempo, no contásemos con razones fundadas que nos permitieran deducir con solvencia que los demandados, quienes por obvias razones no tuvieron a la vista los informes IBERTASA/FOREST y sí únicamente los informes DIRECCION000 / DIRECCION001, sabían o debían saber que los valores que arrojaban estos últimos se encontraban alejados de la realidad. Debe tenerse en cuenta a este respecto que DIRECCION000 y DIRECCION001 son entidades de reconocido prestigio en el sector de la valoración y que consideramos por ello fuera de lugar comentarios como los vertidos en la página 167 del informe FOREST cuando se tacha a los trabajos elaborados por aquellas de informes mercenarios y de complacencia que, al realizarse por encargo, solamente se ocupan de justificar las cifras preestablecidas que les sugiere su cliente: de ser ello así, no se nos alcanzan los motivos -motivos que dicha entidad se abstiene de facilitarnos- por los que no hubiera de atribuirse el mismo carácter al informe elaborado por la propia FOREST, quien también recibió el correspondiente encargo de la aquí demandante COLONIAL.

En el escrito de demanda se expuso con reiteración el punto de vista de COLONIAL con arreglo al cual las razones que subyacen al desfase del precio que ella pone ahora de manifiesto son razones que los hoy demandados conocían o debían forzosamente conocer de acuerdo con el parámetro de diligencia exigible de un ordenado empresario y de un representante leal. Pues bien, no estamos de acuerdo con dicha aseveración, especialmente atendiendo al grado de generalidad con que se formula. Consideramos que de un administrador societario que rige los destinos de una importante sociedad mercantil del sector inmobiliario como lo era INMOCARAL S.A. (hoy COLONIAL S.A.) resulta exigible un conocimiento riguroso de las reglas y mecanismos propios del mercado en el que actúa así como de los aspectos jurídicos, económicos y financieros que conciernen a su ramo de actividad. No consideramos, en cambio, que sea de su incumbencia el conocimiento de las técnicas de tasación inmobiliaria más allá de ciertas nociones generales que puedan poseer por razón de su experiencia en el sector. De ahí que sea práctica ordinaria -como aquí lo fue- la de recabar informes de tasación a cargo de firmas expertas en tal actividad como paso previo al acometimiento de una decisión inversora, especialmente cuando, como en el caso, se trata de una decisión de cierta envergadura económica. Los informes IBERTASA/FOREST comprenden multitud de criterios de carácter estrictamente técnico que no estaban presentes en los informes DIRECCION000 / DIRECCION001, únicos que los ahora demandados tuvieron a la vista, sin que haya motivos para considerar que estos administradores, en tanto que profanos en la pura técnica de la tasación inmobiliaria, debieran haber estado al tanto y percatarse de que, como alternativa a los informes que examinaban, hubieran sido más plausible operar con los criterios que años después habrían de manejar otras firmas de tasación distintas (IBERTASA/FOREST).

No obstante, no podemos desconocer que, imbricados dentro de los criterios de tasación que hemos denominado estrictamente técnicos, se encuentran también consideraciones relativas a las posibilidades de aprovechamiento de los inmuebles consecutivas a las expectativas más o menos sólidas con las que pueda contarse en relación con determinadas clasificaciones urbanísticas, siendo este un tipo de problemática que no debería considerarse, al menos en relación con las circunstancias concurrentes que definan de modo general las líneas maestras de una política estratégica en materia de adquisición de inmuebles, ajena al ámbito de los conocimientos generales del administrador societario, y consideramos por ello que se trata de un tipo de información que debe tomarse en consideración en relación con el nivel de riesgo que puede o debe asumir un administrador que se ajuste al canon del ordenado empresario.

A propósito de esta cuestión, consideramos necesario detenernos momentáneamente en la realización de algunos comentarios en torno a la ORDEN ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. Se trata de una normativa que, atendida la especial trascendencia para la economía del tipo de operaciones para las que está específicamente diseñada (garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen o vayan a



formar parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios; cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras; determinación del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias y determinación del patrimonio inmobiliario de los Fondos de Pensiones), responde, según nos indica su propio Preámbulo, a "...la obligación de utilizar una metodología estricta y rigurosa basada en el principio de prudencia". Desarrollando esta idea, el informe FOREST (pag 36) nos indica que se trata de una normativa que "trata en todo momento de evitar valoraciones especulativas en base a expectativas no aseguradas y por ello trata de que los terrenos se valoren conforme a su clasificación urbanística en la fecha de valoración y que el suelo urbanizable no incluido en un determinado ámbito de gestión a planeamiento urbanístico (aprobación del plan urbanístico del sector) deba ser valorado como si se tratara de suelo no urbanizable". Normativa que los autores del informe consideran que debió ser objeto de estricta aplicación en la valoración de los bienes que COLONIAL se disponía a adquirir. Por su parte, en todos los informes emitidos por la firma IBERTASA (salvo el de la operación NOTENTH, referida como estuvo a valores mobiliarios) se nos dice que, pese a que las operaciones de compraventa que se iban a examinar se encuentran al margen del tipo de operaciones (las anteriormente relacionadas) en las que resulta preceptiva la aplicación de los criterios de valoración de la ORDEN ECO 805/2003, sin embargo, a la hora de acometer su trabajo, nos asegura dicha firma que ella ha hecho aplicación de "...los métodos, criterios, principios y definiciones establecidos en la misma".

Pues bien, consideramos que ésta sola circunstancia devalúa muy considerablemente la capacidad del trabajo acometido por las firmas IBERTASA/FOREST para servir de soporte a una acción de responsabilidad, ya que, si bien sus conclusiones valorativas pudieran ser certeras desde el punto de vista de quien desea acometer una operación inversora caracterizada por la máxima seguridad y prudencia, resultarían esas mismas conclusiones inservibles para juzgar del grado de diligencia con el que pueda contar una decisión inversora que, sin aspirar a ese grado extremo de certeza y de seguridad, se haya movido dentro del terreno de la asunción de ciertos márgenes riesgo que es característica propia y sustancial de toda actividad empresarial. En otras palabras, la circunstancia de que a la hora de adoptar esa decisión inversora los administradores de COLONIAL no hayan operado con los criterios de la ORDEN ECO 805/2003, entre otras cosas porque esa aplicación no era legalmente exigible, no convierte a la decisión en imprudente si, atendidas determinadas incertidumbres relativas al desarrollo del planeamiento urbanístico, y, asumiendo el riesgo que siempre es inherente a ese tipo de incertidumbre, aquellos actuaron bajo la suposición -eventualmente insegura pero no obligadamente infundada- de que los problemas de esa naturaleza acabarían resolviéndose de manera provechosa para la sociedad que representaban. Lógicamente, a partir de dicho postulado siempre quedaría un margen para el debate sobre los límites en que esos riesgos resultan asumibles por un empresario y para trazar la línea divisoria entre la decisión que comporta un riesgo controlado y la decisión descabellada que, por su grado de osadía o audacia, ingresa más bien en el terreno de la temeridad. Únicamente nos interesa destacar que en la tensión definida por esos dos supuestos extremos, el nivel más bajo, es decir, el de la decisión que comporta un riesgo simplemente razonable, no tiene por qué identificarse, ante operaciones como las que ahora nos ocupan, con el listón de seguridad extrema -y de conjura de todo riesgo- que define la ORDEN ECO 805/2003 y cuya aplicabilidad al caso por parte de los informes IBERTASA/FOREST ha sido meramente facultativa. O dicho de otro modo: es perfectamente legítimo que, a la hora de acometer operaciones ajenas al ámbito de aplicación de la ORDEN ECO 805/2003, el empresario desborde -e incluso que desborde ampliamente- el nivel de riesgo que esa normativa administrativa permite asumir; cuestión distinta será la de determinar en qué momento el grado de riesgo asumido es tan elevado en relación con la probabilidad de que acaezcan hechos adversos que quepa incardinar su decisión en el terreno de la negligencia profesional por el carácter azaroso, irreflexivo y manifiestamente expuesto que aquella pueda revestir.

QUINTO .- La falta de diligencia del empresario (II). Operaciones Salinas I y Salinas II.-

Vienen al caso estas últimas reflexiones porque, en relación con las dos primeras operaciones inmobiliarias en las que se funda la demanda (Salinas I y Salinas II) el muy considerable desfase de valor que se denuncia se fundaría, por una parte, en la circunstancia de que el suelo adquirido tenía, en el momento de la adquisición, la catalogación urbanística de suelo no urbanizable o rústico, y, por otra parte, en la consideración de que la mayor parte de la superficie de las fincas adquiridas se encontraba afectada por el expediente de deslinde del dominio público marítimo terrestre que la Administración estaba sustanciando en relación con esa zona.

Pues bien, en relación con lo primero, no casa bien con el carácter rústico que pretende atribuirse a las fincas la circunstancia de que a las escrituras de compraventa se incorporara un certificado del Secretario del Ayuntamiento de Roquetas de Mar calificando el suelo en cuestión como urbanizable programado. Cierto es que el Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación de Territorio de 21 de marzo de 1997 por el que se aprobó el PGOU de Roquetas de Mar de 1997 decidió suspender provisionalmente la aprobación definitiva de la zona de Las Salinas hasta que se definiese un Plan Especial que tuviera en cuenta determinada declaración de impacto ambiental, pero claramente se indica en ese mismo acuerdo que la suspensión no impedirá que el terreno "Se clasificará como urbanizable programado respetando los suelos urbanos ya clasificados con



anterioridad" y que "Asignará un aprovechamiento uniforme para todos los suelos igual al de las áreas de reparto del Suelo Urbanizable". Ignoramos si esa suspensión provisional hubiera exigido o no, en aplicación de los criterios de la ORDEN ECO 805/2003, valorar el suelo como si de suelo rústico se tratase. Lo único que constatamos es que las declaraciones contenidas en el Acuerdo (no menos que las emitidas por el fedatario municipal en su certificación) proyectaban una probabilidad mucho más que razonable de que los terrenos acabarían disfrutando con plenitud y sin la menor cortapisa, como así sucedió finalmente en el nuevo plan, de la calificación de suelo urbanizable, por lo que el riesgo al respecto adoptado por los demandados fue o inexistente o manifiestamente insignificante y, por tanto, perfectamente asumible en el plano empresarial.

En relación con lo segundo, consta en autos (Documento 5 de la demanda, págs. 7 y 8) que, habiéndose iniciado el expediente administrativo de deslinde de los bienes de dominio público marítimo terrestre en mayo de 2004, por Orden Ministerial de 11 de junio de 2008 se produce la aprobación definitiva del mismo. Pues bien, consta también que tanto en el trámite administrativo como en el posterior trámite judicial en sede contencioso administrativa, la entidad COLONIAL, además de otros interesados, no solamente invocó la caducidad de dicho expediente sino que esgrimió también argumentos de fondo para oponerse a la delimitación que la Administración había llegado a cabo; en particular, el consistente en aducir que los terrenos estaban excluidos del dominio público-terrestre ya que la cota de los mismos estaba por encima del nivel del mar y que, de ser inundables, lo serían forzosamente por técnicas artificiales (informe FOREST, pag. 27). También sabemos que finalmente la Audiencia Nacional terminó por declarar la nulidad de la Orden Ministerial de 11 de junio de 2008 aprobatoria del deslinde marítimo terrestre. Ahora bien, el hecho de que la sentencia de la Audiencia Nacional acogiese el argumento de la caducidad del expediente para efectuar dicho pronunciamiento anulatorio nos ha impedido conocer cuál hubiera podido ser la suerte del argumento de fondo con arreglo al cual los terrenos adquiridos estaban excluidos del dominio público-terrestre por encontrarse la cota de los mismos por encima del nivel del mar (y que, de ser inundables, lo serían forzosamente por técnica artificiales). Tampoco existe noticia de que la Administración haya reanudado, después de ese revés judicial, los trámites tendentes a acometer de nuevo la delimitación fenecida. En dicho trance, nos encontramos con lo siguiente: COLONIAL contaba -y debían contar también en su día los administradores hoy demandados- con una argumentación fáctico/jurídica que, caso de gozar de fundamento, permitiría suprimir en sede judicial el riesgo de verse privada de la posibilidad de explotar urbanísticamente una parte muy considerable de las fincas que se disponía a adquirir. Y con lo que nos encontramos también es con que nadie en este proceso ha tratado de suministrar al tribunal algún elemento de convicción que le permita deducir que se trataba de una argumentación infundada, débil o improsperable. Carecemos, pues, de elementos de juicio que nos permitan alcanzar la conclusión de que la futura liberación de los terrenos de la delimitación administrativa merced a las razones que COLONIAL estaba en disposición de esgrimir constituyera una hipótesis manifiestamente improbable, y ese vacío solamente puede perjudicar a la referida demandante por ser a ella a quien incumbía la carga de suministrar al proceso los fundamentos capaces de justificar el juicio de negligencia empresarial que proyecta sobre los demandados. O en otras palabras: desconociéndose por este tribunal las probabilidades de éxito de dicho argumento de fondo esgrimido en sede contencioso administrativa, podemos conceder que no hay, desde luego, evidencia alguna de que las operaciones, en lo tocante a este punto, fueran juiciosas y circunscritas dentro de márgenes de riesgo tolerables, pero, por ello mismo, tampoco disponemos -y esto es lo fundamental en relación con la carga de la prueba- de evidencias que nos conduzcan a suponer que la decisión de adquirir los terrenos en tales condiciones fue temeraria y alejada de unos parámetros probabilísticos que, precisamente, desconocemos por completo. Por lo demás, situándonos fuera perspectiva del examen de la conducta de los demandados, es patente que la nulidad de la orden de delimitación y la inexistencia, al día de hoy, de otra delimitación alternativa impedirían apreciar también la presencia objetiva de un daño patrimonial, elemento este que es consustancial al éxito de cualquier acción de responsabilidad.

En relación con estas dos operaciones (Salinas I y Salinas II) se han vertido por parte de COLONIAL ciertos reproches que más tarde se han reiterado en relación con otras operaciones. Efectuaremos, pues, en torno a ellas ciertas consideraciones que deben considerarse extrapoladas a los demás supuestos en los que se han vertido idénticas censuras a lo largo del escrito de demanda:

1.- Se dice, en relación con varios aspectos de las compraventas celebradas, que las condiciones en que finalmente se llevaron a cabo por parte del órgano de administración de COLONIAL fueron distintas de las condiciones que habían sido autorizadas por la junta general. Ahora bien, se trata, a nuestro juicio, de un tipo de reproche que descansa sobre el erróneo presupuesto de que la junta general de COLONIAL aprobó las condiciones en las que deberían haberse llevado a cabo las compras de inmuebles a las empresas que habrían de acudir al segundo de los aumentos de capital. Sin embargo, no hay tal. Lo que la junta aprobó, por ser lo que se encontraba dentro de la órbita de sus competencias, fue un aumento de capital que se cubriría mediante aportaciones dinerarias y no mediante aportaciones no dinerarias. El hecho de que en el informe que sometió a la junta el consejo de administración hiciese un esfuerzo de transparencia informando a los accionistas



de cuál iba a ser la fuente (las ventas de inmuebles y derechos a COLONIAL) de los ingresos con los que iban a acudir al segundo aumento las empresas para las que este se reservaba mediante la supresión del derecho de suscripción preferente y de que facilitasen algunas pinceladas del contenido y condiciones de las operaciones proyectadas, no significa en modo alguno que el consejo estuviera consultando o recabando de la junta autorización para llevarlas a cabo, ni mucho menos para llevarlas a cabo en esas precisas condiciones: la competencia para adoptar tales decisiones inversoras y para fijar los términos y condiciones de las mismas pertenece al consejo de administración y no a la junta, quien, como hemos dicho, se limitó -porque es lo único que le incumbía- a aprobar un aumento de capital con aportaciones dinerarias y con completa abstracción del origen de los fondos con los que los futuros suscriptores de acciones fueran a acudir a él. Lógicamente, a partir de esta consideración sigue quedando abierto el debate relativo a si los términos y condiciones finalmente pactados por el consejo de administración para las compras de inmuebles y derechos que se efectuaron incurrieron o no en un doloso o negligente exceso determinante de la causación de quebrantos patrimoniales para la sociedad que representaban. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el mayor o menor grado de fidelidad de las operaciones finalmente ejecutadas con las operaciones inicialmente informadas.

2.- Se razona también por parte de COLONIAL que la concurrencia de incertidumbres de tipo urbanístico o administrativo hubiera justificado que el precio pactado no fuera satisfecho en su totalidad y al contado sino que lo procedente hubiera sido fraccionar y diferir en el tiempo el pago del precio en función del cumplimiento de los hitos urbanísticos contemplados por las partes contratantes. No dudamos, desde luego, que esa opción hubiera sido para COLONIAL mucho más interesante que la que se llevó a cabo (consistente, de modo inverso al propuesto, en establecer cláusulas resolutorias o de resarcimiento a cargo de los vendedores para el supuesto negativo de que los hitos contemplados no llegaran a hacerse realidad), y no lo dudamos porque se trata de una fórmula mediante la que se eliminaría para COLONIAL todo el riesgo inherente a las incertidumbres del planeamiento urbanístico. Ahora bien, la cuestión no reside en limitarse a constatar esa prescindible obviedad: la cuestión consiste en ponderar si una solución de esas características hubiera merecido el interés de los vendedores, quienes, ante la expectativa de no percibir el precio hasta el momento o momentos -lógicamente inciertos- en que fueran cumpliéndose las distintas expectativas urbanísticas, podrían ver mayor atractivo en posponer ellos mismos la decisión de vender hasta que tales hitos, en su caso, se cumplieran y poder acaso obtener entonces de sus inmuebles más sustanciosas plusvalías. En una contratación entre partes independientes, debemos suponer que tanto interés tiene el vendedor en vender como el comprador en comprar, sin que se haya justificado que en el presente caso la entidad COLONIAL gozase frente a esos vendedores de una posición de predominio que le permitiese imponer sus condiciones en términos que no resultaran asumibles para ellos por comportar la asunción de los riesgos y la completa liberación de los mismos para la compradora. Lo relevante, por lo tanto, no es dilucidar si era o no deseable -que sin duda lo era- posponer los pagos, sino si tal opción era viable por ser admisible para los vendedores, lo que en modo alguno nos consta por no haberse proyectado la actividad probatoria sobre este importante extremo.

No obstante, las incertidumbres de origen urbanístico no estuvieron exentas de garantías: se incluyeron (especialmente en relación con la expectativa negativa de no obtenerse exención para la obligación de destinar una parte de los terrenos a vivienda protegida) cláusulas de resolución de los contratos si las expectativas no se cumplían o, en su caso, cláusulas que imponían a los vendedores la devolución a COLONIAL del menor valor que los inmuebles experimentasen a consecuencia de la frustración de los aprovechamientos urbanísticos contemplados, designándose incluso nominalmente a los tasadores que habrían de dirimir cuantitativamente tales compensaciones. Al propio tiempo, el codemandado Sr. Conrado comprometió personalmente todo su patrimonio en garantía de las devoluciones dinerarias a las que hubiere lugar. En la demanda rectora del presente proceso se invoca con reiteración que esas garantías eran insuficientes e ineficaces. Sin embargo, se trata de afirmaciones ayunas de desarrollo argumental porque ni se nos informa por parte de la apelante COLONIAL acerca de cuáles puedan haber sido los resultados -eventualmente adversos- de las iniciativas que, en su caso, haya emprendido para hacer exigibles dichas garantías, ni, en particular, se nos pone en conocimiento del montante -siquiera aproximado- del patrimonio del Sr. Conrado, montante que en su momento pareció suficiente a los miembros de un consejo de administración que no estaba integrado solamente por los hoy demandados sino también por otros importantes y experimentados empresarios del sector inmobiliario. En dicho trance, difícilmente podría este tribunal alcanzar la conclusión -que en cambio COLONIAL sí parece poder alcanzar retrospectivamente- de que se trataba de un patrimonio manifiestamente insuficiente para afrontar las obligaciones comprometidas.

Dentro de la línea argumental de la demanda, se terminan contemplando diferentes escenarios alternativos en los que se hace virtualmente desaparecer a los problemas de calificación urbanística y los de delimitación de la zona marítimo terrestre para sostenerse que, aún en dichas hipótesis, el precio habría sido excesivo y las operaciones habrían generado, en consecuencia, un daño patrimonial. Ahora bien, suprimidos idealmente los problemas de incertidumbre derivados del planeamiento y de la actuación de la administración, ámbito este



dentro del cual sí resulta posible entrar a valorar el grado -tolerable o intolerable- de los riesgos asumidos por las decisiones empresariales respectivas, lo que resta son meras diferencias de cuantificación que, fundadas en criterios de tasación estrictamente técnicos, median entre los métodos de IBERTASA/FOREST y los de DIRECCION000 / DIRECCION001 . Pues bien, retomando razonamientos anteriormente expuestos, esas diferencias resultan irrelevantes de cara a fundar una acción social de responsabilidad ya que, aun cuando admitiésemos que son técnicamente más acertados los métodos técnicos de cálculo empleados por los primeros informes que los utilizados por los segundos, nunca podría reprocharse a los demandados el hecho de que, a la vista de dos informes elaborados por firmas de tasación de primer nivel (DIRECCION000 / DIRECCION001), desconocieran que pocos años después otras dos firmas del ramo de la tasación inmobiliaria iban a disentir de unos métodos estrictamente técnicos que no es razonable -ni exigible- esperar que conociesen y dominasen los administradores societarios.

Para finalizar este apartado, no está de más poner de relieve que, de acuerdo con lo que resulta de la documentación obrante en autos, es la propia COLONIAL quien, encontrándose ya representada por un consejo de administración del que habían quedado apartados los hoy demandados, expresó públicamente su disentimiento con los resultados de las valoraciones acometidos por IBERTASA. En efecto, los primeros informes sobre las operaciones Salinas I y Salinas II que emitió IBERTASA están fechados en el mes de noviembre de 2009 (solo sus complementos son de abril de 2010). Pues bien, conocedor el nuevo consejo de administración de COLONIAL de que IBERTASA atribuía a los terrenos "Salinas I" un valor de 1.851.036,66 € y a los terrenos "Salinas II" un valor de 49.406.423,28 €, sin embargo en su informe relativo al Proyecto de Segregación emitido el 11 de marzo de 2010 COLONIAL atribuye públicamente a dichos bienes los valores, notablemente superiores, de 16.640.000 € y de 70.619,017 €, respectivamente (Documento 51 de la contestación). Y no resulta en modo alguno asumible el alegato con arreglo al cual esa variación se debería a la revalorización experimentada por los bienes entre el año 2006 en que se celebran las compraventas y el año 2010 en que se informa del proyecto de segregación, pues, siendo precisamente ese el periodo de tiempo en el que se ha producido el mayor desplome del valor de los inmuebles que ha conocido nuestro país a los largo de decenios, lo razonable sería más bien pensar que los bienes se depreciaron o, en el mejor de los casos para la tesis de COLONIAL, que no experimentaron incremento de valor alguno. En todo caso, resulta rayano en la extravagancia sostener que un valor como el de 3.875 € (valor prácticamente nulo teniendo en cuenta las cifras en las que nos movemos), que es el que en la demanda se atribuye a "Salinas 1" con base en el informe FOREST, haya podido incrementarse en 2010, en plena crisis inmobiliaria, hasta la nada despreciable cantidad de 16.640.000 € que es el valor que COLONIAL le atribuye en dicha anualidad y con ocasión de su informe de segregación.

SEXTO .- La falta de diligencia del empresario (III). Operación "Hotel Mojácar".-

En relación con la compra por parte de COLONIAL del Hotel Mojácar, ni siquiera se invoca en la demanda un verdadero desfase en el precio, o al menos un desfase que podamos considerar significativo. La firma DIRECCION000 efectuó dos valoraciones sucesivas en función de diferentes superficies contempladas: 20.000.000 € y 25.000.000 €. El informe IBERTASA aportado -y asumido- por la actora sitúa el valor de este bien en un nivel intermedio, 23.281.386 €, y la compra se efectuó al contado por 24.999.999,20 €.

Como se estableciera en la escritura de compraventa un plazo de siete meses para la entrega del bien en las condiciones pactadas, lo que hace la demandante COLONIAL es poner de relieve que dicho plazo no se ha cumplido. Ahora bien, con independencia de que esa circunstancia no puede influir en el juicio que nos merezca la conveniencia o inconveniencia de la operación en sí misma por tratarse de una conducta incumplidora posterior en el tiempo y atribuible a la vendedora MARINA GOLF S.L. (no a la compradora ni a sus administradores), lo cierto es que, precisamente en garantía del cumplimiento de dicho compromiso, la vendedora había entregado un aval a primer requerimiento por importe de 3.480.000 €, aval que COLONIAL ha ejecutado. Lógicamente, el hecho de que la MARINA GOLF S.L. haya iniciado un litigio por mostrarse disconforme con dicha ejecución no es circunstancia que permita menospreciar el valor de la garantía prestada y ya ejecutada, especialmente a falta de datos -que nadie nos ha suministrado- en relación con el fundamento y las claves del debate mantenido en ese mencionado litigio.

En la escritura de compraventa se deja constancia de que la hipoteca que gravaba la finca (cuyo capital pendiente ascendería a 8.126.170 €) seguiría abonándose hasta su cancelación por la vendedora MARINA GOLF S.L. sin ser personalmente asumida por parte de COLONIAL la obligación con ella garantizada. Pues bien, censurándose en la demanda únicamente el hecho de que ese pacto difiere de lo informado a la junta general de COLONIAL que aprobó la ampliación de capital, nos remitimos a lo reflexionado a este respecto en el precedente ordinal. En todo caso, es de destacar que en relación con este punto la demandante no nos habla de un verdadero daño patrimonial, pues de lo que nos informa no es de que MARINA GOLF S.L. haya llegado a incumplir su compromiso (con lo que difícilmente podría prosperar una acción de responsabilidad



que exige como presupuesto ineludible la presencia de un quebranto patrimonial causalmente vinculado a la conducta censurada), sino que de lo único que nos habla es de que siempre existe el riesgo -cuyo grado de probabilidad ni siquiera nos llega a concretar- de que MARINA GOLF S.L. pudiera en un momento determinado dejar de atender las obligaciones de pago que la referida hipoteca garantiza.

Además, sin perjuicio de las facultades resolutorias que COLONIAL podría ejercitar en caso de que se produjese ese hipotético incumplimiento, es de destacar - también aquí- que las obligaciones dinerarias a cargo de MARINA GOLF S.L. fueron personalmente garantizadas por Don Pedro Jesús , sin que se nos expliquen tampoco -cual sucedía con la garantía personal del Sr. Conrado - los motivos por los que el patrimonio de dicho señor, que el consejo de administración aceptó a plena satisfacción como garantía, deba ser considerado ahora como insuficiente en una contemplación retrospectiva.

Tampoco vemos, pues, motivo de reproche en esta operación.

SÉPTIMO .- La falta de diligencia del empresario (IV). Operación "Notenth".-

COLONIAL adquirió el 49,97 % de la mercantil NOTENTH pagando al contado 8.945.151 €, siendo dicha entidad titular del 20 % de la sociedad INVERSIONES TRES CANTOS S.L., propietaria a su vez de cuatro fincas que constituirían esencialmente el contravalor de la operación.

La demandante censura a los demandados el hecho de no haber informado a la junta general que aprobó el aumento del hecho de que INVERSIONES TRES CANTOS S.L. había perdido una de esas fincas mediante un proceso de segregación societaria en favor de una tercera entidad y que, por lo tanto, se pagó por la referida participación indirecta en la propiedad de las tres fincas el precio que hubiera correspondido a esa misma participación en relación con las cuatro fincas. Pues bien, con independencia de la importancia relativa que cabría atribuir a esa hipotética falta de información de acuerdo con razonamientos ya expuestos con anterioridad, lo cierto es que ese dato no es ni siquiera cierto: consta en diversa documentación obrante en autos (vrg., Documento 20 de la contestación) que, en relación con el primero de los aumentos de capital que fueron objeto de aprobación en la misma junta general y cuyo contravalor iba a consistir, entre otros elementos, en la aportación no dineraria del otro 50,03 % de NOTENTH, se dio cuenta cumplidamente de la circunstancia de que INVERSIONES TRES CANTOS S.L. se encontraba en proceso de segregación parcial, proceso del que resultaría la pérdida de una de las cuatro fincas.

Pues bien, precisamente porque el 50,03 % de NOTENTH iba a ser adquirido simultáneamente en calidad de aportación no dineraria en el primero de los aumentos de capital acordados en la misma junta, se da en este caso la particularidad de que los administradores aquí demandados contaban no solo con el punto de vista de DIRECCION000 , sino también con el punto de vista del experto independiente nombrado por el REGISTRO MERCANTIL en cumplimiento del Art. 38 L.S.A ., que es precisamente lo que según COLONIAL habría proporcionado seguridad a la operación, siendo valorado por dicho experto tal porcentaje, contando ya con el hecho de que se trataría de tres fincas y no de cuatro, en la cantidad de 8.819.000 € (Documento 20 de la contestación, página 8), cantidad que no se distancia significativamente de lo pagado por el otro porcentaje prácticamente idéntico, es decir, por el porcentaje al que se contrae el presente litigio (49,97 %). Por lo tanto, si en su decisión inversora los ahora demandados se dejaron guiar no solo por el punto de vista de la consultora DIRECCION000 sino también por el criterio del experto independiente nombrado por el REGISTRO MERCANTIL, no vemos cómo podría ser generador de responsabilidad para ellos la circunstancia de que años después la sociedad IBERTASA haya emitido el punto de vista, en todo caso respetable, de que ese 49,97 % de NOTENTH no solo carecía de valor sino que poseía un valor negativo de -4.124.524,29 €.

Además, por si la cuestión no fuera suficientemente confusa, se da aquí también la circunstancia de que es la propia COLONIAL quien, sin estar ya regida por los ahora demandados, expresó su disentimiento con el punto de vista de IBERTASA, del que ya era conocedora, al valorar las tres fincas de TRES CANTOS en el proyecto de segregación de marzo de 2010 (Documentos 51 de la contestación) en la suma de 93.080.000 €, siendo la adquisición objeto de la presente demanda representativa de aproximadamente el 10 % (49,97 % del 20 %) de dicha cantidad (9.308.000 €).

Tampoco vemos, pues, que esta operación pueda justificar el reproche que la apelante formula.

OCTAVO .- La falta de diligencia del empresario (V). Operación "Sancti Petri".-

COLONIAL adquirió de DESARROLLOS TURÍSTICOS HOTELEROS SANCTI PETRI S.L. 67 apartamentos con plaza de garaje y un edificio destinado a hotel.

En relación con esta operación consideramos que no tiene excesivo sentido entrar a examinar el reproche que se funda en la circunstancia de que dichos inmuebles se encontrasen inacabados en el momento de su compra cuando la entidad IBERTASA ofreció dos valores alternativos, uno para los edificios acabados y otro para la



situación inversa, con lo que bastaría con tomar los valores dados para esta segunda hipótesis y comprarlos con los precios pactados en las escrituras para poder acometer el análisis de su eventual excesividad sin padecer las interferencias provenientes de la situación o grado de desarrollo de las obras.

En cuanto a los apartamentos, el precio pactado fue el de 46.135.817,40 € mientras que IBERTASA valora dichos inmuebles, inacabados, en la suma de 33.207.055,58 €. Por el hotel se pactó un precio de 52.000.000 € cuando IBERTASA lo valora, también incompleto o inacabado, en la cantidad de 39.958.175,55 €.

No se puede decir, desde luego, que no existan diferencias entre los precios pactados y las valoraciones de IBERTASA. Lo que sucede es que, atendiendo a la importancia relativa o porcentual de las mismas, se trata de diferencias que pueden encontrar explicación en el manejo de criterios diferentes, y siempre legítimos, a la hora de valorar el grado de riesgo que se asume en una decisión inversora. Así, COLONIAL hizo en su demanda especial hincapié en la circunstancia, que desde luego se hizo constar en las respectivas escrituras, de que las fincas registrales contaban con anotaciones preventivas de incoación de expedientes de disciplina urbanística y de suspensión de actos de construcción, instalación o de uso de suelo, vuelo y subsuelo. No dudamos de que la presencia de las incertidumbres urbanísticas generadas por tales expedientes sea capaz de reducir el valor de las fincas si se atiende al contenido de la ORDEN ECO 805/2003 cuyos métodos, criterios, principios y definiciones asegura IBERTASA haber utilizado en el desarrollo de su informe. Sin embargo, ya hemos razonado a propósito del examen de las operaciones Salinas I y II que no son esos métodos y principios, diseñados para ámbitos concretos de la actividad económica, los que deben servir de guía para juzgar del grado de riesgo que resulta tolerable en las decisiones estratégicas de un empresario. Y en el caso que se examina el riesgo proveniente de tales expedientes disciplinarios no debía ser elevado cuando tan solo un año después de la compraventa a la que nos estamos refiriendo se obtuvo la licencia de primera ocupación y apertura.

COLONIAL adujo en su demanda que los apartamentos no podrían ser vendidos como fincas independientes. No nos indicó qué normas jurídicas impondrían dicha limitación, limitación cuya existencia no comparten los demandados aduciendo que el Decreto 47/2004 de 10 de febrero de establecimientos hoteleros no la impone sino que se limita a exigir la unidad de operador en la explotación. Ahora bien, cualquiera que fuere la interpretación más plausible dentro de dicho debate jurídico-administrativo, no vemos qué clase de trascendencia podría tener dicha cuestión de cara a fundamentar la responsabilidad de los demandados cuando tampoco consta que el precio pactado por la adquisición de dichos apartamentos incluyera el presupuesto de que, efectivamente, los mismos hubieran de ser susceptibles de enajenación independiente.

Finalmente, tampoco puede considerarse problemática la circunstancia de que exista registralmente una afección al pago de 1.936.473,02 € como saldo de la liquidación definitiva del proyecto de compensación, pues el contrato aportado por la parte demandada como Documento 24 de la contestación acredita que la mercantil UDINSA, S.A., en su condición de miembro mayoritario de la Junta de Compensación "Mar de Chiclana" del Plan Parcial del Polígono RT-46 "Loma de Puerco", asumió en su integridad las cargas de urbanización y conservación que correspondiera satisfacer a quien vendió a COLONIAL, es decir, a DESARROLLOS TURÍSTICOS HOTELEROS SANCTI PETRI S.L., otorgando en el mismo acto el Presidente de la Junta de Compensación plena liberación a dicha entidad mercantil en relación con tales obligaciones.

NOVENO .- La infracción de preceptos legales .-

Las precedentes consideraciones nos conducen, pues, a descartar, cualquiera que fuere el grado de acierto del que puedan estar revestidos los informes IBERTASA/FOREST, la consideración de que la conducta de los demandados desatendió el canon de diligencia exigible a los administradores societarios (diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, a tenor del Art. 127-1 L.S.A.). No obstante, como anunciáramos al inicio de la presente resolución, la acción social de responsabilidad se fundó también en otra de las fuentes de ilicitud contempladas por el Art. 133-1 L.S.A., a saber, la contrariedad de la conducta de los demandados con determinados preceptos legales, en particular con los Arts. 38 y 81 y concordantes de la L.S.A. Pasamos a examinar ambas cuestiones:

1.- Informe de experto independiente .-

Según el Art. 38 L.S.A., *"La aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por unos o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil conforme a procedimiento que reglamentariamente se disponga"*.

COLONIAL argumenta que, teniendo en cuenta que los inversores que acudirían al segundo aumento de capital obtendrían los fondos precisos para ello de la venta a dicha demandante de los inmuebles y derechos a los que nos hemos venido refiriendo, debió cumplimentarse el requisito previsto por dicho precepto legal por cuanto solo el informe de un experto independiente nombrado por el REGISTRO MERCANTIL proporcionaría



verdaderas garantías de la correspondencia entre el valor de dichos bienes y el valor de las acciones que se iban a adquirir.

Acerca de esta cuestión no le falta razón a la parte demanda cuando argumenta que no puede exigirse el cumplimiento de un requisito legal previsto para los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias en el caso de un aumento de capital cuyo contravalor, como sucede con el que ahora nos ocupa, habría de consistir en aportaciones dinerarias, ámbito este donde dicho requisito es inexistente. La única salida a este dilema sería la consistente en argumentar que, al no configurar este segundo aumento como un aumento con aportaciones no dinerarias, los demandados incurrieron en un supuesto de fraude de ley donde la norma de cobertura sería la que regula los aumentos con aportaciones dinerarias y la norma defraudada el Art. 38 anteriormente transcrito. Pero en torno a este punto es la propia demandante COLONIAL quien se sitúa ante un trance argumental de imposible desenlace. En efecto, en el informe FOREST, cuyo contenido se supone asumido por parte de COLONIAL por el solo hecho de presentarlo en apoyo de sus pretensiones, se explica con total claridad (página 162) que los bienes y derechos a los que nos hemos venido refiriendo en los precedentes ordinales no eran aptos, por su falta de certeza y por las incertidumbres que sobre ellos se cernían, para constituir el contravalor de un aumento de capital con aportaciones no dinerarias. Por lo tanto, resulta por completo contradictorio sostener, por un lado, que era inviable haber llevado a cabo un aumento con aportaciones no dinerarias representadas por dichos bienes y derechos, y, por otra parte, mantener que eso y no otra cosa es lo que debería haberse hecho.

Por lo demás, ante las eventuales dudas que la cuestión pudiera suscitar, los demandados tuvieron la cautela de recabar informe de un prestigioso jurista (el Prof. ALONSO UREBA), quien dictaminó que los términos en que se concibió el segundo de los aumentos de capital se ajustaban plenamente a la legalidad (Documento 29 de la contestación), lo que, se comparta o no, evidencia al menos que aquellos no actuaron a la ligera en relación con dicha operación societaria.

2.- Asistencia financiera .-

Según el Art. 81-1 L.S.A ., *"La Sociedad no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de acciones de su Sociedad dominante por un tercero"*.

COLONIAL sostiene que los demandados incurrieron en esta práctica proscrita por entender que la asistencia para la adquisición de sus propias acciones estaría representada por el exceso de precio que dicha entidad satisfizo al adquirir los bienes ya referenciados. Pues bien, tampoco compartimos este argumento. En efecto, sin perjuicio de no haber quedado acreditado, de acuerdo con lo razonado en los precedentes ordinales, que el precio satisfecho incurriera en el exceso que se denuncia, lo cierto es que en el caso de que tal cosa se considerase cumplidamente demostrada nos encontraríamos ante auténticos actos de liberalidad que resultarían reprochables a los demandados a título de dolo o culpa (de acuerdo con la tercera de las fuentes de ilicitud que enuncia el Art. 133-1 L.S.A .) pero que, en la medida en que, por ello mismo, no comportaban la obligación de restituir el exceso, integrarían un tipo de asistencia que nunca podría conceptuarse como financiera. Por otro lado, la circunstancia de que se contemplase contractualmente la restitución de una parte del precio satisfecho en el supuesto de que no se cumpliesen determinados hitos urbanísticos no puede considerarse como una hipótesis de anticipo de fondos sino, de acuerdo con lo razonado en el ordinal 5º de la presente resolución, como el fruto o resultado de una negociación que resuelve de un determinado modo la tensión existente entre los contrapuestos intereses de las partes y donde la obligación de restituir en todo o en parte los fondos recibidos no tendría -como en cualquier anticipo de fondos- carácter incondicional sino que estaría sometida al advenimiento de sucesos futuros e inciertos no dependientes de la voluntad de ninguna de las partes (frustración de las expectativas urbanísticas). En suma, es lícito examinar el eventual exceso en el precio o los pagos al contado desde la perspectiva de la diligencia de un ordenado empresario. Pero si, analizadas ambas cuestiones desde dicha óptica, no se aprecian méritos para fundar la responsabilidad invocada por la demandante, carece de sentido contemplar ambos fenómenos desde el prisma de un tipo de conducta prohibida -la asistencia financiera- que no solo sería menos lesiva para la sociedad (la asistencia financiera exige siempre y por definición la restitución por parte del asistido de la ayuda recibida, mientras que el exceso de precio comporta una auténtica liberalidad no restituible y, por su parte, las garantías acompañadas a los pagos al contado supondrían una obligación restitutoria no incondicional), sino que, además, ni siquiera se adecúa conceptualmente a las características de tales fenómenos.

DÉCIMO .- Consideraciones finales.-

Para concluir, dos últimas reflexiones:

1.- La parte demandada ha reiterado en esta segunda instancia su punto de vista con arreglo al cual, en la medida en que las ventas litigiosas estaban funcional e inescindiblemente conectadas con segundo aumento



de capital, y, en la medida en que los fondos extraídos para el pago de los bienes ingresaron en la tesorería de COLONIAL en la misma fecha en que salieron de ella (o con tan solo cuatro días de diferencia en uno de los casos), dicha mercantil no habría padecido quebranto patrimonial aun en la hipótesis de que los precios hubieran incurrido en exceso, ya que el perjuicio lo padecerían los restantes accionistas, quienes verían mermar así su participación en la riqueza latente de la sociedad en una medida no correspondiente con el contravalor real de los bienes adquiridos, todo ello en provecho de los vendedores de estos. Ahora bien, cualquiera que fuere el grado de acierto del que pudiera estar revestida esa reflexión, a través de ella nunca podría quedar cubierto el daño eventualmente derivado del incremento del impuesto sobre actos jurídicos documentados ni tampoco del daño atribuible a los pagos contractualmente diferidos que, lógicamente, no ingresaron en COLONIAL como contravalor del aumento (vgr., los vencimientos, posteriores al aumento, de las hipotecas asumidas por COLONIAL que gravan los bienes de la operación SANCTI PETRI). De ahí que haya sido imprescindible, en todo caso, abordar el estudio completo de las cuestiones planteadas en los términos en que lo hemos hecho a través de los precedentes ordinales.

2.- El fracaso del recurso de apelación, que es el resultado al que inequívocamente conducen los anteriores planteamientos en su conjunto, nos dispensa de dirimir la disquisición relativa a la concurrencia de la condición de administradores de hecho en las personas de Don Conrado y Doña Coro o la de su legitimación pasiva por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, toda vez que un hipotético posicionamiento favorable a las tesis de la demandante en torno a dichas cuestiones no alteraría el resultado del litigio, forzosamente adverso a sus pretensiones.

UNDÉCIMO .- Costas.-

Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

La apelante COLONIAL aspira a verse exonerada de la condena en costas con apoyo en el Art. 394-1 "in fine" de la L.E.C . e invocando el carácter dudoso de las cuestiones sometidas a debate. No compartimos dicha apreciación. La solución de un litigio presenta ese carácter dudoso cuando, pese a optar el tribunal por la interpretación del conflicto que le parece más adecuada entre varias opciones alternativas o entre las varias posibilidades concurrentes de valoración probatoria, no obstante subsisten méritos para albergar dudas acerca del acierto o desacierto de la opción elegida. Pero no debemos confundir tales supuestos con aquellos otros en los que, simplemente, el examen de la controversia reviste complejidad, incluso complejidad extrema cual sucede en el litigio que os ocupa. La complejidad puede exigir del tribunal un mayor grado de laboriosidad, pero ello no significa que, una vez asumida esa exigencia y acometida la tarea de análisis con el grado de profundidad requerido por las circunstancias, la decisión deba dejar forzosamente aspectos o flancos que ofrezcan margen para la duda. Pues bien, ese y no otro entendemos que es el caso en el que nos encontramos: la complejidad que reviste el análisis del tema debatido no es circunstancia que nos autorice a albergar, más allá del carácter opinable de cualquier posicionamiento fáctico o jurídico, dudas fundadas sobre el acierto del pronunciamiento que ya hemos anunciado.

Los aspectos jurídicamente dudosos serían solamente los concernientes a la aptitud del acuerdo societario para servir de soporte al ejercicio de la acción social de responsabilidad, pero se trata, precisamente, del único aspecto de la problemática tratada en que han sido acogidos los planteamientos de la parte apelante, sin que tal circunstancia autorice a considerar que concurre una hipótesis de estimación parcial de la demanda ni, por ende, del recurso.

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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de INMOBILIARIA COLONIAL S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ