



Roj: **SAP B 177/2018 - ECLI: ES:APB:2018:177**

Id Cendoj: **08019370152018100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **19/01/2018**

Nº de Recurso: **295/2016**

Nº de Resolución: **25/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120148004845

**Recurso de apelación 295/2016 -1**

Materia: Juicio ordinario impugnación de acuerdos sociales

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 576/2014**

Parte recurrente/Solicitante: GRUPO LOUREIRO 6 SANMARTIN S.L.

Procurador/a: Jose Luis Aguado Baños

Abogado/a:

Parte recurrida: Demetrio , FINCA DO CONDE, S.A., CONSTRUCCIONES JOSÉ CASTRO, S.A.

Procurador/a: Leopoldo Rodas Menendez

Abogado/a:

Cuestiones esenciales que se plantean: Impugnación de acuerdos sociales.

**SENTENCIA núm. 25/2018**

**Componen el tribunal los magistrados:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MANUEL DÍAZ MUYOR

Elena Boet Serra

En Barcelona, a diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

**Parte apelante:** Grupo Loureiro & Sanmartín, S.L.

-Letrado: Jaime Carrera Rafael

-Procurador: José Luís Aguado Baños

**Parte apelada e impugnante:** Construcciones José Castro, S.A y Finca Do Conde, S.A.



-Letrado: Mario M. Campelo Glez

-Procurador: Leopoldo Rodés Menéndez

**Resolución recurrida:** Sentencia

-Fecha: 15 de abril de 2016

-Demandante: Demetrio y Grupo Loureiro & Sanmartín, S.L.

-Demandada: Construcciones José Castro, S.A y Finca Do Conde, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

*«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Demetrio , que posteriormente ha sido objeto de sucesión procesal por parte de Grupo Loureiro & Sanmartín, S.L. representada por el Procurador Sr. José Luís Aguado Baños contra Finca Do Conde, S.A. y Construcciones José Castro, S.A. representados por el procurador Sr. Leopoldo Rodés Menéndez.*

*Se declara la nulidad del acuerdo de aprobación del punto 3º) del orden del día de la junta general de accionistas de la compañía Finca Do Conde, S.A., celebrada el día 4 de abril de 2014.*

*Se rechazan las restantes pretensiones deducidas por la parte actora .*

*Ello, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes.»*

**SEGUNDO.**- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte que presentó escrito de oposición al recurso e impugnación de la sentencia apelada. La representación procesal de la parte demandante presentó escrito de oposición al recurso de la parte demandada.

**TERCERO.**- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 15 de junio de 2017.

Actúa como ponente la magistrada Elena Boet Serra.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO .- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

1. La parte actora, D. Demetrio -que posteriormente fue objeto de sucesión procesal por parte de la entidad Grupo Loureiro & Sanmartín, S.L.- comparece como accionista de la compañía Finca Do Conde, S.A. para formular una demanda de juicio ordinario frente a las entidades Construcciones José Castro, S.A. y Finca Do Conde, S.A., ejercitando acumuladamente las siguientes acciones:

-Acción declarativa de incumplimiento por parte de Construcciones José Castro, S.A., en su condición de miembro del consejo de administración de Finca Do Conde, S.A., de los siguientes deberes: deber de administración diligente, deber de lealtad y deber de comunicación de conflicto de intereses y deber de abstención, con base, respectivamente, en los arts. 225, 226 y 229 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por Real Decreto 1/2010, de 2 de julio (en adelante, LSC).

-Acción declarativa de prohibición de intervenir en las deliberaciones y votaciones en el consejo de administración de Finca Do Conde, S.A. por el consejero Construcciones José Castro, S.A. en relación con la concesión, mantenimiento o cancelación de préstamos a la entidad Finca Do Conde o a las empresas del grupo.

-Acción de impugnación de acuerdos sociales, solicitando la declaración de nulidad de todos los acuerdos adoptados en la junta general de accionistas celebrada el día 2 de abril de 2014, con base en los arts. 204 a 208 LSC.

La demandante denuncia que la entidad demandada Construcciones José Castro, S.A., en su condición de consejero delegado de Finca Do Conde, S.A., ha realizado operaciones de préstamo a su favor de forma abusiva y en conflicto de intereses . Expone que se ha realizado una utilización fraudulenta y abusiva de un contrato de préstamo, de duración anual y prorrogable tácitamente, suscrito entre ambas entidades codemandadas para defraudar los intereses sociales y económicos de la minoría de la entidad Finca Do Conde, S.A. Así, explica que, bajo la forma de préstamo, se ha dispuesto de importantes cantidades dinerarias en favor de



Construcciones José Castro, S.A. y de las sociedades vinculadas a ésta, como la entidad Castro Galicia, S.A., accionista mayoritario de Finca Do Conde, S.A., en perjuicio del accionista minoritario que se ha visto privado de los derechos económicos que le hubieren correspondido de no haber mediado el contrato de préstamo y, también, en perjuicio del interés social de Finca Do Conde, S.A., que en su condición de prestamista no ha recibido ninguna contraprestación económica en concepto de intereses ni se han otorgado garantías reales o personales de devolución del capital prestado. Como consecuencia de esa situación, con fecha 2 de abril de 2014 se celebró una junta general extraordinaria convocada a solicitud del actor Sr. Demetrio con el siguiente orden del día, cuyos puntos 5, 6 y 7 fueron incluidos por la solicitud de complemento de convocatoria efectuada por el accionista mayoritario, la entidad Castro Galicia, S.A.:

1º.-Aprobación si procede, de la cancelación y vencimiento del contrato de préstamo actualmente vigente suscrito el día 1 de enero de 2007 entre "Finca Do Conde, S.A." (en su condición de prestamista) y la entidad "Construcciones José Castro, S.A." o empresas del grupo (en su condición de prestatario), así como realización de las actuaciones extrajudiciales o judiciales necesarias para el reintegro y devolución de las cantidades prestadas al amparo de dicho préstamo a favor de las sociedades vinculadas a la prestataria.

2º.- Aprobación, si procede, de la realización de las actuaciones exigidas por parte del Concello de Vigo para la necesaria obtención de licencia urbanística y otorgamiento de primera ocupación en el procedimiento de legalización de la edificación existente en la Rúa Miradoiro, número 1 de Vigo (Expediente NUM000 ), procediendo a la presentación del correspondiente proyecto de ejecución de obras e iniciando la ejecución de dichas obras, a fin de ajustar la edificación existente a la normativa vigente, para la obtención de las licencias urbanísticas.

3º.-Aprobar, si procede, el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los miembros del Consejo de Administración de acuerdo con lo establecido en los artículos 238 y 239 de la Ley de Sociedades de Capital , al haber causado un daño directo a la Sociedad el órgano de administración en relación a las disposiciones efectuadas al amparo del contrato de préstamo mencionado anteriormente, y en relación con la actual situación urbanística de la mencionada edificación, que además provoca el mantenimiento de la condición resolutoria con la entidad bancaria BBVA.

4º.- Aprobar, si procede, el cese de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad al existir conflicto de intereses e intereses opuestos con la sociedad en la suscripción y mantenimiento de los negocios jurídicos de préstamo sin la comunicación de la misma ni la debida autorización de la Junta General en relación al punto 1º del orden del día anteriormente mencionado, y de conformidad con los artículos 224.2 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital .

5º.- Ratificación del contrato de préstamo y sus sucesivas prórrogas, suscrito el 1 de enero de 2007 entre "Finca Do Conde, S.A." (en su condición de prestamista) y la entidad Construcciones José Castro, S.A. o empresas del grupo (en su condición de prestatario) y encomienda al Consejo de Administración para que a su criterio y en cumplimiento del objeto social de la entidad, proceda a estudiar y materializar, bien directamente bien indirectamente a través de la adquisición de participaciones o acciones de sociedades, efectuar nuevas inversiones inmobiliarias.

6º.- Aprobación de las actuaciones llevadas por el Consejo de Administración de la Sociedad en relación con la edificación existente en la Rúa Miradoiro, número 1 de Vigo."

En relación con la acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la citada junta general de accionistas, la demanda expone que el accionista mayoritario votó en contra de los puntos 1 a 4 del orden del día y a favor de los puntos 5 a 7 del orden del día, resultando aprobados los acuerdos propuestos en el complemento de convocatoria por el accionista mayoritario y rechazados los propuestos por el socio minoritario, aquí parte demandante, y sostiene que el socio mayoritario debía haberse abstenido en la votación por incurrir en conflicto de intereses. Es por ello que el demandante entiende que el voto del accionista mayoritario es nulo por infracción del art. 229 LSC. Más concretamente, la demanda expresa "como motivo de impugnación de todos y cada uno de los acuerdos adoptados debemos poner de manifiesto que fue el

voto favorable en la persona de D. Norberto como persona física representante de la accionista "Castro Galicia, S.A." y del presidente "Construcciones José Castro S.A." consiguió y obtuvo las mayorías necesarias para su aprobación, cuando resulta evidente que su posición y el manifiesto conflicto de intereses con la sociedad "Finca Do Conde S.A." debía haberse abstenido de intervenir en la decisión y acuerdo por lo que su voto no debía haberse computado siendo nulos por infracción del art. 229 LSC". También, con relación a los puntos del orden del día 1º y 5º, invoca el art. 7 del Código Civil indicando que los acuerdos adoptados lo infringen por cuanto el accionista mayoritario ha realizado un ejercicio abusivo de su derecho ya que "la única finalidad perseguida por él es beneficiarse económicamente de una maniobra fraudulenta mediante el mantenimiento sine die de dicho negocio jurídico".



En particular, respecto de los acuerdos 1º y 5º, relativos a la cancelación y ratificación del contrato préstamo, respectivamente, la demanda alega que son acuerdos adoptados por la junta general de forma abusiva con el voto del accionista mayoritario, por existir un conflicto de intereses entre los intereses particulares del accionista mayoritario y el interés social.

Por lo que se refiere a los acuerdos 2º y 6º, relativos a la realización de actuaciones para la obtención de una licencia urbanística en relación con la edificación existente en Rua Miradoiro y la aprobación de las actuaciones realizadas por el Consejo de Administración en relación con esa edificación, respectivamente, aduce que son contrarios al interés social porque ello coloca a la sociedad "en una situación de riesgo económico al quedar expuesta a que tanto Concello de Vigo como compradores y actuales propietarios de las viviendas transmitidas inicien todo tipo de reclamaciones contra la sociedad".

Se impugnan también los acuerdos 3º y 4º, relativos al ejercicio de una acción social de responsabilidad y el cese de todos los miembros del Consejo de Administración, respectivamente. La causa de impugnación invocada en la demanda es el conflicto de intereses existente con el socio mayoritario, quien debía haberse abstenido en la votación. También invoca la vulneración del art. 224.2 LSC, en relación con los arts. 225 y sigs. LSC.

Con relación a las acciones declarativas de incumplimiento ejercitadas en la demanda, se expone respecto al (i) deber de diligencia, que la concesión del préstamo no se ajusta a una diligencia mínima exigible a los administradores y que, sin perjuicio de la pretendida declaración de incumplimiento del deber de diligencia, ejercitará frente al administrador demandado una acción social de responsabilidad; (ii) deber de lealtad, aduce que con la suscripción del préstamo se han antepuesto los intereses propios y personales al interés social, por cuanto con la concesión del mismo la sociedad no percibe ningún beneficio y los únicos beneficiados lo son los prestamistas; (iii) deber de comunicación de conflicto de intereses y consiguiente deber de abstención, afirma que se ha infringido con la suscripción del contrato de préstamo "sin convocar junta general de accionistas ni comunicar el conflicto".

2. La parte demandada se opuso a la demanda alegando, en primer lugar, las siguientes excepciones procesales: falta de legitimación activa del Sr. Demetrio por faltar el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales con base en el art. 206.2 LSC, dado que no hizo constar en el acta de la junta su oposición al acuerdo adoptado, sino que solo consta su voto en contra; la caducidad de la acción de impugnación del acuerdo social por haber transcurrido el plazo de cuarenta días que dispone el art. 205 LSC para los acuerdos anulables; falta de litisconsorcio pasivo, por no dirigirse la demanda contra todos los consejeros a pesar de impugnarse un acuerdo relativo al cese de todos ellos; indebida acumulación objetiva de acciones por ser distintas e incompatibles las acciones ejercitadas consistentes en una acción de impugnación de acuerdo social frente a Finca Do Conde, S.A. y otras de condena y declarativa frente a Construcciones José Castro, S.A.; y cosa juzgada positiva por haber recaído auto de sobreseimiento de las diligencias previas incoadas por un presunto delito societario contra Norberto , en su calidad de representante del consejero delegado de Finca Do Conde, S.A. por el contrato de préstamo suscrito a favor de Construcciones José Castro, S.A.

En segundo término, invoca la validez y eficacia del contrato de préstamo. Sostiene que el demandante no ha impugnado nunca el contrato de préstamo, no ha ejercitado la acción de anulabilidad ni la rescisoria del contrato, sino que lo ha confirmado mediante la no impugnación de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales en los que se refleja dicho contrato de préstamo y los intereses que va generando a favor de la sociedad y que, además, ostentaba el cargo de miembro del consejo de administración al tiempo en que se concertó el préstamo.

Explica que el contrato de préstamo se suscribió, como se expresa en el mismo contrato, en contraprestación del aval solidario que Construcciones José Castro, S.A. otorgó para garantizar frente a los terceros compradores de los inmuebles el cumplimiento de las condiciones resolutorias insertas en los respectivos contratos de compraventa (firmados por el demandante), que consistían en la resolución de los contratos y consiguiente devolución de las cantidades recibidas a cuenta por la vendedora, Finca Do Conde, S.A., en el supuesto de producirse contingencias derivadas del cambio o modificaciones en el plan urbanístico de los terrenos sobre los que se asientan los inmuebles que se estaba llevando a cabo. También indica que la sociedad Finca Do Conde, S.A. disponía de los terrenos pero carecía de dinero para construir y que el socio mayoritario financia toda la construcción.

En tercer lugar, niega que con la concesión del préstamo se haya lesionado el interés social. El préstamo es la contraprestación al aval, sin el cual no se hubieran llevado a cabo las ventas de los inmuebles, y el préstamo es favorable a la sociedad porque le genera intereses a su favor por importe de 2.782.339,29 €. El recurso por la sociedad al mercado financiero para la concesión del aval hubiera sido menos beneficiosa para la sociedad.



En cuarto término aduce que no es posible la devolución del préstamo hasta la inexistencia del aval que está condicionado a la obtención de las licencias de edificación. La construcción de los inmuebles se llevó a cabo conforme a unas licencias y un plan urbanístico que, posteriormente, fue anulado y concedidas otras licencias pero con unos requisitos de edificación distintos, lo que conlleva la realización de obras que implican un sobrecoste para la entidad Finca Do Conde y, es por ello, que se ha interpuesto una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el ayuntamiento.

**3.** La sentencia, recurrida por ambas partes, estima parcialmente la demanda y declara la nulidad del acuerdo relativo al punto 3º del Orden del día, esto es, el acuerdo que rechaza el ejercicio de una acción social de responsabilidad por concluir que es contrario al art. 229.1 LSC, debiendo el socio mayoritario haberse abstenido de participar en la votación.

Con relación a los restantes acuerdos impugnados, rechaza su carácter abusivo o contrario al art. 229 LSC, en particular, (i) respecto a los acuerdos 1º, relativo a la cancelación y vencimiento del contrato de préstamo y acuerdo 5º, de ratificación del contrato de préstamo, por no apreciarse que el mismo perjudique al interés social en beneficio del Sr. Norberto ; (ii) respecto al acuerdo 2º, no se aprecia su carácter abusivo atendiendo las circunstancias fácticas acreditadas con relación a la anulación de las licencias de edificación y la reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración pendiente de resolución; (iii) respecto al acuerdo de cese de los miembros del Consejo de administración, por no poder quedar en manos del accionista minoritario el cese del socio mayoritario; (iv) respecto al acuerdo 6º, relativo a la aprobación de las actuaciones llevadas a cabo por el consejo de administración de la sociedad con relación a la edificación de la obra, desestima la impugnación por no concretarse los motivos de la nulidad.

La sentencia también desestima las acciones declarativas del incumplimiento de los deberes del administrador, por no resultar acreditado el perjuicio del interés social, y por no haber impugnado con anterioridad el contrato de préstamo, a pesar de tener pleno conocimiento del mismo, por ostentar el cargo de consejero delegado del Consejo de administración y por estar reflejado en las cuentas anuales del ejercicio social 2007 y ser objeto de ratificación en la misma junta que aprobó las cuentas del 2007.

**4.** La demandante formula recurso de apelación alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

Primero, error en la valoración de la prueba. Sostiene que la valoración del incumplimiento de los deberes del administrador demandado debe realizarse con relación a toda la vigencia del contrato de préstamo y no, únicamente, a su fecha de suscripción el 1 de enero de 2007 y que resulta intrascendente que el demandante fuera miembro del consejo de administración hasta el 17 de octubre de 2007, puesto que no conoció la existencia del contrato hasta la junta general de accionistas de 30 de octubre de 2008, en la que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio social de 2007. Además, añade, que no ha resultado probado que el contrato de préstamo sea beneficioso para la sociedad y que la sentencia recurrida no examina las medidas adoptadas por el órgano de administración para conseguir la legalización de las edificaciones, que conllevarían la cancelación de la condición resolutoria y la extinción del aval o garantía de Construcciones José Castro, S.A. Por todo ello, entiende que el consejero demandado vulnera los deberes de diligencia, lealtad y de evitar el conflicto de intereses y consiguiente deber de abstención de conformidad con los arts. 225, 226 y 229 LSC.

Segundo, insiste en que debe declararse la nulidad de todos los acuerdos sociales por infracción del art. 229 LSC, dado que los acuerdos fueron adoptados con el voto favorable " *en la persona de D. Norberto como persona física representante de la accionista Castro Galicia, S.A. y del Presidente Construcciones José Castro, S.A. consiguió y obtuvo las mayorías necesarias para su aprobación, cuando resulta evidente que su posición y el manifiesto conflicto de intereses con la sociedad Finca Do Conde, S.A. debía haberse abstenido de intervenir en la decisión y acuerdo por lo que su voto no debía haberse computado siendo nulos por infracción del art. 229 LSC*". También insiste en señalar que los acuerdos 1º y 5º son acuerdos adoptados en beneficio del interés particular del socio mayoritario que perjudica el interés social y revelan un uso abusivo del derecho y, por ello, son acuerdos nulos por vulnerar el art. 7 Código Civil .

**5.** La demandada impugna la sentencia en cuanto al pronunciamiento estimatorio de la pretensión de nulidad del acuerdo relativo al punto 3º del orden del día y, también, en cuanto al pronunciamiento en materia de costas. Alega incongruencia en la declaración de nulidad del acuerdo de no aprobar el ejercicio de una acción social de responsabilidad al haberse desestimado la pretensión de declarar el incumplimiento de los deberes del administrador por concluir que no se han infringido y que no se ha producido ningún daño a la sociedad por la conducta del consejo de administración. Además, aduce que no cabe imponer un deber de abstención al accionista mayoritario, que no es miembro del consejo de administración, por cuanto ello dejaría a los socios mayoritarios inermes frente a cualquier exigencia injustificada de responsabilidad por parte de los minoritarios.

**TERCERO.- Relación de hechos probados**



7. Son hechos incontrovertidos en esta segunda instancia o que resultan acreditados en autos los siguientes:

La entidad demandada Finca Do Conde, S.A. es una sociedad, constituida en fecha 23 de julio de 1997, que tiene por objeto social, entre otros, la construcción, comercialización, permuta, enajenación y promoción de inmuebles, y cuyo principal activo lo constituye la propiedad de un inmueble ubicado en la llamada Finca Do Conde, sita en Vigo, sobre la cual la citada demandada desarrolló una actividad de construcción y promoción inmobiliaria durante los años 2000 a 2007.

El capital social de la demandada Finca Do Conde, S.A. lo ostenta en un 21,45% el demandante, Sr. Demetrio , y el 78,55% restante es titularidad de la entidad Castro Galicia, S.A., cuyo administrador único es Norberto .

El actor Sr. Demetrio ostentó el cargo de consejero de la compañía Finca Do Conde, S.A., desde la constitución de la sociedad hasta su renuncia al cargo en fecha 17 de octubre de 2007. El actual consejo de administración de la referida sociedad está integrado por Basilio , Cirilo y Construcciones José Castro, S.A., cuyo representante persona física es Norberto .

Con fecha 25 de noviembre de 2005 la entidad demandada suscribió contratos privados de compraventa de cosa futura (obra en construcción) por importe total de 35 millones de euros. Dado que la construcción debía llevarse a cabo en una zona afectada al desarrollo urbanístico y que el plan general de ordenación urbana de Vigo estaba sujeto a revisión y nueva redacción, en los referidos contratos se establecieron cláusulas de penalización de la devolución de las cantidades recibidas a cuenta.

En efecto, las licencias de edificación previamente otorgadas por el Consejo de Vigo mediante resolución de 20 de marzo de 2003 para la construcción de la obra objeto de los citados contratos fue anulada, tras la impugnación del plan urbanístico, mediante sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Galicia de fecha 14 de febrero de 2008 (doc. 8 d ela demanda), y posteriormente, por resolución administrativa de fecha 23 de febrero de 2012, se condicionó la legalización de la promoción inmobiliaria ejecutada por Finca Do Conde a la realización de diversas obligaciones administrativas, como son la presentación del correspondiente proyecto de ejecución de obras y el inicio de las mismas para poder obtener las licencias municipales correspondientes. La citada entidad, ha ejercitado una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Consejo de Vigo por la anulación de las licencias de edificación y solicitando que la administración asuma los gastos de legalización de las edificaciones.

Con fecha 28 de marzo de 2007 se otorgaron las escrituras de compraventa de los contratos privados y en cada una de ellas se estableció una condición resolutoria de devolución de las cantidades percibidas más una penalización del Euribor más dos puntos. Además, la cláusula de penalización se garantizó mediante el otorgamiento de un aval solidario e irrevocable de la entidad Construcciones José Castro, S.A.

Con fecha 1 de enero de 2007 las entidades codemandadas (Finca Do Conde, S.A., en calidad de prestamista, y Construcciones José Castro, S.A., en calidad de prestataria, suscribieron un contrato privado de préstamo, en virtud del cual la sociedad Construcciones José Castro, S.A., "recibirá en concepto de préstamo hasta la cantidad de 30.000.000 euros dependiendo de las solicitudes que en cada momento le haga la prestataria para sí o para las sociedades a la misma vinculadas" y en el que se pactó que la "duración del préstamo es anual prorrogable tácitamente por períodos sucesivos". La devolución del préstamo está condicionada a la extinción del aval, que prestó Construcciones José Castro, S.A. para garantizar el cumplimiento de las condiciones resolutorias de los contratos privados de compraventa, y ello está sujeto a la obtención de la licencia de edificación.

Las cuentas anuales del ejercicio social de 2007 reflejan la existencia del contrato de préstamo y esas cuentas fueron aprobadas por la junta general de accionistas de 30 de octubre de 2008.

Hasta el 31 de diciembre de 2013, el prestatario ha dispuesto de 20.751.003,43 euros y ha devengado intereses a favor de la sociedad prestamista en la cantidad de 2.782.339,29 euros.

#### **CUARTO.- Declaración de incumplimiento de los deberes del administrador**

8. La actora ejercita una acción declarativa de incumplimiento por parte del consejero demandado, Construcciones José Castro, S.A., de los deberes legales de administración diligente, de lealtad y de evitar situaciones de conflicto de intereses con base en los arts. 225, 226 y 229 de la LSC.

9. La demanda rectora de las presentes actuaciones es de fecha 4 de julio de 2014 y las actuaciones a las que en la misma se vinculan las acciones ejercitadas, el contrato de préstamo y los acuerdos adoptados en la junta general de accionistas, son anteriores al 24 de diciembre de 2014, fecha en que entró en vigor Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* , por lo que, como bien advierte el Sr. Magistrado *a quo* , en el supuesto de autos debe aplicarse el texto de la LSC anterior a la reforma introducida por la citada Ley. De tal suerte, los deberes cuyo incumplimiento se denuncia



deberán entenderse referidos a los estipulados en los artículos invocados en la versión anterior a la reforma operada por la citada Ley, así como, también, los demás artículos relativos a los deberes y la responsabilidad de los administradores, como por ejemplo el art. 239 LSC relativo a la *legitimación subsidiaria de la minoría* (que tras la reforma faculta a la minoría para el ejercicio directo de la acción social si se fundamenta en la infracción del deber de lealtad). Así, son de aplicación al supuesto de autos los arts. 225, 226 y 229 LSC conforme al siguiente tenor literal:

*Artículo 225. Deber de diligente administración.*

1. Los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario.
2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad.

*Artículo 226. Deber de lealtad.*

*Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por la ley y los estatutos.*

*Artículo 229. Situaciones de conflicto*

1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.

*El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera.*

2. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

3. Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria.

**10.** Los administradores deben desempeñar su cargo en interés de la sociedad con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante. Los deberes de diligencia y de lealtad del administrador son deberes frente a la sociedad. De tal suerte, el incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad (y el deber de evitar situaciones de conflicto es una manifestación expresa de éste) legitimará a la sociedad (pero no directamente a los socios o a los acreedores) para exigir responsabilidad al administrador (acción social de responsabilidad) o/y, cuando el incumplimiento lo sea del deber de lealtad, entablar la acción de enriquecimiento injusto, como estipula expresamente la vigente redacción del art. 227.2 LSC ( *[ ]la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*). Además, la infracción del deber de lealtad legitima a la sociedad para el ejercicio de las acciones de cesación y remoción, en tanto que son acciones de cumplimiento e incumplimiento de los deberes que pesan sobre los administradores en virtud del contrato de administración que les vincula con la sociedad y cuyo reconocimiento legal expreso contiene el vigente art. 232 LSC que, bajo la rúbrica *acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad*, dispone: *El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.*

**11.** Por todo ello, procede desestimar la acción declarativa de prohibición de una concreta actuación que, a juicio de la demandante, viola el deber de lealtad y la acción declarativa de incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, ejercitadas en la demanda, por no posibilitar el incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad esas pretensiones a favor del socio demandante.

#### **QUINTO.- Impugnación de acuerdos sociales.**

**12.** El recurso aduce la nulidad de todos los acuerdos sociales (relativos a los puntos 1 a 6 del orden del día) por infracción del art. 229 LSC, dado que los acuerdos fueron adoptados con el voto favorable del accionista mayoritario representado en la persona física de Norberto , que es también el representante del consejero Construcciones José Castro, S.A., por lo que debió abstenerse de votar.

Debe significarse que según acredita el acta notarial de la junta general de Finca Do Conde, S.A., los acuerdos impugnados fueron adoptados con el voto favorable del accionista mayoritario, la entidad Castro Galicia, S.A., representada en ese acto por el Sr. Gregorio , conforme la delegación de voto a su favor suscrita por



el administrador del accionista mayoritario -el Sr. Norberto -. El accionista mayoritario no es miembro del consejo de administración de Finca Do Conde, S.A., de lo que se sigue que no concurre en el socio mayoritario la situación de conflicto de intereses que impone el deber de abstención del administrador conforme el art. 229.1 LSC. Estimamos que no es suficiente, para la aplicación del citado precepto y para imponer el deber de abstención al socio mayoritario, que el representante persona física del administrador (presidente del consejo de administración) sea a su vez el administrador del accionista mayoritario, como sucede en el supuesto de autos. Además, debe significarse que el demandante conocía la existencia del contrato de préstamo y el vínculo existente entre las sociedades demandadas y el Sr. Norberto por ostentar la condición de consejero miembro del Consejo de Administración al tiempo de la suscripción del contrato de préstamo en el que se pactó su vigencia (mediante su prórroga tacita) hasta que se extinguiera el aval o garantía solidaria otorgada por la sociedad prestataria.

Por ello, desestimamos la pretensión de nulidad por infracción del art. 229 LSC de todos los acuerdos impugnados.

**13.** De tal suerte, debemos estimar la impugnación formulada por la parte demandada contra el pronunciamiento estimatorio de la nulidad del acuerdo relativo al punto 3º del orden día, sobre el ejercicio de una acción social de responsabilidad, por vulnerar el art. 229.1 LSC.

Además, y a mayor abundamiento, debe señalarse que no cabe imponer la abstención del derecho de voto por el mero conflicto de intereses en un acuerdo social relativo a las funciones del administrador en la sociedad o conflictos posicionales, como recoge ahora expresamente tanto el vigente art. 228 c) LSC ["... Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado."] como el art. 190 LSC sobre el conflicto de intereses del socio en la Junta general [ 3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.]. Con relación a la acción social de responsabilidad, el acuerdo negativo de la junta general a entablar una acción social de responsabilidad, no veda su ejercicio por el socio minoritario, dada la legitimación subsidiaria de la minoría que establece el art. 239 LSC, además de la posibilidad de ejercitarla directamente que estipula la vigente redacción del art. 239.1, segundo apartado.

**14.** Los mismos argumentos esgrimidos en los fundamentos anteriores son de aplicación para desestimar la pretensión de nulidad del acuerdo negativo al cese de los administradores, relativo al punto 4º del orden del día. No hay infracción del art. 229.1 LSC ni, tampoco, del art. 224.2 LSC ( *Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general*). La STS 609/2014, de 11 de noviembre de 2014 señala que "[ l]a norma que contiene el art 224.2 LSC ( art. 132.2 LSA ) es de carácter general, referida a cualquier Consejero, sea consejero delegado, o desarrolle tareas mero control, cualquiera que sea su colaboración en las tareas de administración. También es distinto su alcance, según se trate de sociedades cerradas o cotizadas, como acontece en el presente supuesto, dejando, en todo caso, a la Junta General "a posteriori" decidir, si a la vista de las circunstancias concretas, aprecia o no conflicto de intereses, y si la situación concurrencial es perjudicial para los intereses de la sociedad. Supone un procedimiento distinto del establecido en otros ordenamientos estatutarios en los que es necesaria la autorización previa por parte de la junta para soslayar la prohibición o incompatibilidad de un determinado futuro consejero en un eventual conflicto de intereses". El precepto prevé la separación del administrador siempre que la junta general decida cesar al administrador por existir un conflicto de intereses del administrador con los de la sociedad. En el supuesto de autos no existe un deber de abstención del socio mayoritario ex art. 229 LSC, como alega el recurrente, por lo que adoptado el acuerdo por la junta general cabría, en su caso, de concurrir el conflicto de intereses y no haber caducado la acción, su impugnación por ser anulables los acuerdos que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad pero no por ser nulos por infracción del preceptos invocados por el recurrente. Pero debe señalarse que el conflicto de intereses denunciado radica "en la suscripción y mantenimiento de los negocios jurídicos de préstamo sin la comunicación de la misma ni la debida autorización de la Junta en relación al punto 1º del orden del día" (conforme se expresa en la convocatoria de la junta y en la demanda) y, como ya se ha dicho, el demandante conocía la existencia del contrato de préstamo y el vínculo existente entre las





sociedades demandadas y el Sr. Norberto por ostentar la condición de consejero miembro del Consejo de Administración al tiempo de la suscripción del contrato.

**15** . Los acuerdos 1º y 5º y 2º y 6º son relativos a actos de gestión cuya competencia recae en el órgano de administración ( art. 209 LSC.- *Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley* ); pero, aún cuando, en su caso, pudiera considerarse que la junta general es competente para decidir sobre los mismos (art. 159 LSC.- *Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta* ) , por entender que son actos de gestión extraordinaria, en ese caso tampoco proceder declarar su nulidad por las siguientes razones: (i) si la causa de impugnación invocada es que son acuerdos que lesionan el interés social en beneficio de uno de los socios, serían acuerdos anulables y no nulos y, de conformidad con el art. 205 y como aduce el demandado, ha caducado la acción de impugnación; (ii) si la causa de nulidad es la infracción del art. 7 Código Civil por haberse adoptado el acuerdo por el ejercicio abusivo del derecho de voto del accionista mayoritario, tampoco procede estimar la pretensión de nulidad por cuanto no estimamos que el socio mayoritario haya abusado de su derecho de voto, infringiendo su deber de lealtad respecto al socio minoritario. No se aprecia que el contrato de préstamo únicamente sea beneficioso para el socio mayoritario sino que, como concluye la sentencia de primera instancia, el contrato de préstamo no es gratuito, sino que genera intereses a favor de la sociedad, y ha posibilitado la suscripción de las compraventas de los inmuebles, por cuanto la causa del contrato de préstamo es la garantía solidaria del cumplimiento de la condición resolutoria de esos contratos de compraventa. El acuerdo social impugnado puede presentar ventajas para el socio mayoritario pero no es un acuerdo perjudicial para la sociedad o un acuerdo que no se ajuste al interés social. El socio mayoritario no ha incumplido la buena fe o el deber de la lealtad respecto al socio minoritario sin justificación o amparo en el interés social que le impone el contrato de sociedad. No debe olvidarse, además, que el socio minoritario ostentaba el cargo de consejero cuando se suscribió el acuerdo de préstamo en el que se concretaba de forma expresa su causa y se establecía su prórroga tácita. Y no cabe en el ámbito de la presente acción de impugnación examinar si las gestiones llevadas a cabo por el órgano de administración en orden a obtener las licencias de edificación y el mantenimiento de la vigencia del contrato de préstamo cumple con los parámetros de la diligencia exigible al órgano de administración. Por todo ello, no cabe concluir que el accionista mayoritario haya realizado un ejercicio abusivo de su derecho de voto con infracción del art. 7 del Código Civil .

**QUINTO.-16.** Con la desestimación del recurso de la parte demandante y la estimación del recurso de la parte demandada y, con ellos, la desestimación íntegra de la demanda conlleva, conforme a lo que se establece en los arts. 394 y 398 LEC , que se impongan a la actora las costas de la primera instancia y las devengadas por su recurso de apelación y que no se impongan las costas del recurso de la demandada.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Grupo Loureiro & Sanmartin, S.L y estimamos el formulado por las entidades Construcciones José Castro, S.A. y Finca Do Conde, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona de fecha 15 de abril de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca en parte, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda, rechazando todas las pretensiones deducidas por la parte actora, con imposición de las costas causadas en la primera instancia a la demandante. Se imponen a la demandante las costas de la segunda instancia causadas por su recurso de apelación y no se hace expresa condena de las devengadas por el recurso de la parte demandada.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Así lo pronuncian mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal, de lo que doy fe.