



Roj: **SAP B 183/2020 - ECLI:ES:APB:2020:183**

Id Cendoj: **08019370152020100091**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **16/01/2020**

Nº de Recurso: **1988/2019**

Nº de Resolución: **90/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120188000995

**Recurso de apelación 1988/2019 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Impugnación acuerdos sociales art. 249.1.3) 83/2018**

Parte apelante/apelada: Justo , CARBURANTS J. SOLANAS, S.L.

Procuradora: MARTA DURBAN PIERA

Abogado: JOSEP AMADEU MOR LORENTE

Parte apelante/apelada: Josefina

Procurador: IGNACIO LOPEZ CHOCARRO

Abogado/a: FERNANDO LABASTIDA NICOLAU, MARTA MAGALLON VERA

**Cuestiones: impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento deber información, infracción del principio de imagen fiel y violación interés social. Acciones social e individual de responsabilidad frente al administrador societario.**

**SENTENCIA núm. 90/2020**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, 16 de enero de 2020

**Partes apelantes:**

a) Carburants J. Solanas, S.L. y Justo .

b) Josefina .



**Objeto del proceso:** impugnación acuerdos sociales.

**Resolución recurrida:** sentencia.

- Fecha: 6 de junio de 2019.
- Parte demandante: Josefina .
- Parte demandada: Carburants J. Solanas, S.L. y Justo .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *que estimando parcialmente la demanda interpuesta por parte de Dña. Josefina , contra la entidad CARBURANTS J. SOLANAS, S.L. y contra D. Justo , por la que se declara:*

1. *La nulidad de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales de 2015, gestión y aplicación de resultados del citado ejercicio, adoptados por la Junta general de C.J. Solanas de 27 de abril de 2017, conforme a los fundamentos y por las causas en esta resolución.*

2. *La nulidad de los acuerdos sociales de aprobación de las cuenta anuales de 2016, gestión y aplicación de resultados del citado ejercicio, adoptados por la Junta general ordinaria de C.J. SOLANAS de 29 de diciembre de 2017, conforme a los argumentos y por las causas expuestas en esta resolución.*

3. *Nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General Extraordinaria de C. J. SOLANAS de 29 de diciembre de 2017, de aprobación de informe económico/jurídico del estado de la sociedad y propuesta de regularización legal efectuada por el órgano de administración, de reducción del capital social y de ampliación simultánea a 3.000 euros con una prima de emisión de 132 euros por participación con la finalidad de restablecer el equilibrio entre capital de la sociedad y su patrimonio disminuido a consecuencia de pérdidas y modificación del art. 3 de los Estatutos Sociales conforme a los argumentos y por las causas expuestas en esta resolución.*

*Se desestiman el resto de las peticiones contenidas en el escrito de demanda.*

*No se imponen las costas procesales".*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpusieron sendos recursos de apelación Carburants J. Solanas, S.L. y Justo , por una parte, y Josefina , por otra. Admitidos en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentaron, respectivamente, sendos escritos impugnándolos y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 19 de diciembre pasado.

Ponente: magistrado Juan F. Garnica Martín.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Josefina interpuso demanda contra Carburants J. Solanas, S.L. y Justo ejercitando las siguientes acciones:

a) La de nulidad de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales de 2015, gestión y aplicación de resultados del citado ejercicio, adoptados por la Junta general de C.J. Solanas de 27 de abril de 2017, por ser contrarios a la ley ( arts. 272.2, 272.3 y 196 LSC, art. 254.2, 217.1 LSC y art. 1.281 del Código Civil), al artículo 7 de los Estatutos Sociales y por ser lesivos para el interés social en beneficio de un solo socio.

b) La de nulidad de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales de 2016, gestión y aplicación de resultados del citado ejercicio, adoptados por la junta general ordinaria de C.J. Solanas de 29 de diciembre de 2017, por ser contrarios a la Ley ( arts. 254.2, 217.1 LSC, 1281 y ss. y art. 1.195 del Código Civil), al artículo 7 de los Estatutos Sociales, y por ser, además, lesivos para el interés social en beneficio de un solo socio.

c) La de nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la junta general extraordinaria de C. J. Solanas de 29 de diciembre de 2017, de aprobación de informe económico/jurídico del estado de la sociedad y propuesta de regularización legal efectuada por el órgano de administración, de reducción del capital social y de ampliación simultánea a 3.000 euros con una prima de emisión de 132 euros por participación con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital de la sociedad y su patrimonio, disminuido a consecuencia de pérdidas, y modificación del art. 3 de los Estatutos Sociales por ser contrarios a la Ley ( arts. 254.2, 217.1, 320 a 327, 343 a 345 y 350 a 359 LSC, artículo 1281 y ss. CC, art. 1.195 y ss., 6.3, 6.4 y 7 del Código Civil), a los Estatutos Sociales (art. 7), así como por ser lesivos para el interés social en beneficio de un socio.



d) La acción social de responsabilidad frente al administrador Sr. Justo , solicitando que se le condenara a indemnizar a C. J. Solanas por el daño causado por sus actuaciones antijurídicas y culpables, determinados en las siguientes cantidades y casos:

- En concepto de devolución de remuneraciones percibidas indebidamente por el administrador demandado, el importe de 119.717,24 euros.

- En concepto de compensación por la falta de diligencia en la minusvaloración de los terrenos, el importe de los mismos por 274.357,97 euros.

- En concepto de indemnización por la realización de préstamos a su padre, de forma desleal y negligente, a cargo del 8% que tenía reconocido en concepto de comisión de gestión, el importe de 49.893,74 euros.

- Para el caso de que se aprecie conducta antijurídica en el devengo de la remuneración pendiente de pago a favor de su padre y en la deuda con personas vinculadas (a su favor), el importe de 488.742,80 euros.

e) La acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC, en solicitud de que se condene al administrador Sr. Justo a indemnizar a la Sra. Josefina por el daño causado a su patrimonio por sus actuaciones antijurídicas y culpables, determinado en las siguientes cantidades y casos:

- En concepto de pago del precio pendiente del solar vendido en 2005 a la sociedad indebidamente compensado por el administrador, la suma de 134.494,80 euros.

- En caso de continuar adelante la operación acordeón denunciada sobre bases simuladas, el importe que resulte de obtener el 49% del patrimonio neto real de la sociedad, tras las resultas del presente procedimiento.

**2.** Los demandados se opusieron a la demanda alegando:

a) Prejudicialidad penal, con fundamento en las querellas que ambas partes han interpuesto entre sí y contra el esposo de la actora Sr. Segundo .

b) El Sr. Justo negó haber incurrido en los actos antijurídicos que cita la demanda para justificar su responsabilidad como administrador societario.

c) También negó la sociedad que los acuerdos impugnados hubieran incurrido en las causas de nulidad invocadas en la demanda.

**3.** Tras haber sido desestimada la alegación de prejudicialidad penal, la resolución recurrida estimó en parte la demanda y estimó nulos todos los acuerdos impugnados a la vez que desestimó las acciones de responsabilidad ejercitadas frente al administrador societario.

**4.** El recurso de la parte actora insiste en la procedencia de las acciones de responsabilidad ejercitadas frente al administrador societario.

**5.** El recurso de los demandados impugna los pronunciamientos de nulidad de los acuerdos sociales. Cuestiona los hechos declarados probados por la resolución recurrida imputándole haber incurrido en error en la valoración de la prueba. También negó que la sociedad o su administrador hubieran incurrido en los distintos vicios de nulidad que ha apreciado la resolución recurrida.

## **SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto.**

**6.** La resolución recurrida contiene el siguiente relato de hechos probados:

*" 1. La entidad demandada CARBURANTS J. SOLANAS, S.L. es una sociedad familiar que se dedica a la explotación de una estación de Servicio, conocida como Pallejà II, y demás actividades relacionadas con la misma. Tiene su domicilio social en la Ronda de Santa Eulalia número 33 de Pallejà (Barcelona).*

*Ha estado vinculada, hasta fechas recientes, a otras dos sociedades, denominadas CARBURANTS LHOSPITALET y CARBURANTS LLOBREGAT, S.L. que también explotan otra estación de servicio denominada Pallejà I.*

*2. Los administradores sociales de la entidad actora habían sido D. Severino , padre del actor del procedimiento, y D. Segundo (esposo de la actora).*

*D. Severino fue diagnosticado de la enfermedad del ELA en el año 2007.*

*En la Junta de socios del día 23 de diciembre de 2009, el demandado D. Justo fue nombrado administrador social junto con los anteriores.*

*3. En el año 2013, la enfermedad del Sr. Severino le impedía trasladarse, hablar o escribir por lo que firmaba con su huella dactilar y en presencia de dos testigos.*

*4. El día 15 de abril de 2014, cesó en el cargo de administrador social D. Segundo (esposo de la actora).*



5. Desde el ejercicio 2013, el Sr. Justo percibe honorarios por el trabajo que desarrolla en la entidad demandada.

6. La actora era titular de 20.044 participaciones sociales de la sociedad CARBURANTS J. SOLANAS, S.L., antes de la ejecución de los acuerdos relativos a la operación acordeón acordados en la junta de 29 de diciembre de 2017. Suponía el 49% del capital social de esta entidad. El otro 51% pertenecía en el momento de interposición de la demanda al demandado, D. Justo .

7. El día 11 de abril de 2017, fue convocada Junta General de la sociedad indicada y de las otras dos que pertenecen al mismo grupo familiar y que tenía prevista su celebración para el día 27 de abril de 2017. En el primer punto del orden del día, se incluyó "examen y aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015".

8. La actora, ante los problemas derivados de la gestión de la gasolinera remitió, el día 18 de abril de 2017, burofax solicitando la entrega de determinada documentación (documento 77 de la demanda). En concreto, las cuentas anuales, el informe de gestión, informe de auditoría así como determinada documentación contable: el libro mayor de las cuentas, libro diario, balance de sumas y saldos, facturas y los extractos de las tres sociedades a las que se ha hecho referencia. Fijó para dicha exhibición el día 21 de abril de 2017 en el domicilio social de la entidad demandada y que se encuentra en la misma gasolinera. El día indicado no se encontró al administrador por lo que no se hizo entrega de la referida documentación. Así se desprende del acta notarial levantada al efecto y que se ha aportado como documento número 78 de la demanda.

9. El día 26 de abril de 2017, un día antes de la fecha prevista para la celebración de la junta, el representante de la Sra. Josefina recibió una carta en el que se le incluía una copia de las cuentas anuales, pero no el resto de la documentación solicitada (Documento 79 de la demanda). Se le indicaba que el resto de la documentación se podría consultar el mismo día de celebración de la junta.

10. En las cuentas anuales, se recoge una partida descrita como "remuneración pendiente de pago" por un importe de 488.742,80 euros. La citada cifra, según se consigna por el auditor de cuentas, corresponde a la prima o comisión devengada por la gestión del 8% a favor del Sr. Severino , administrador de la sociedad hasta su fallecimiento en el año 2015, en compensación por la labor desarrollada por éste.

11. En la memoria de dicho ejercicio 2015 se hizo constar que "el administrador social quiere informar a los socios de las siguientes incertidumbres:

1. La cuenta con socios y/o administradores que se viene arrastrando desde antes de que D. Justo administrara la sociedad, arroja un saldo de 1.484.267,07 euros. Esta cuenta incluye y recoge una serie de partidas de las que no se ha podido identificar el destinatario o beneficiario, dado que la anterior administración no tuvo ningún cuidado ni interés en ir identificando la aplicación de dichos fondos. Por consiguiente, se desconoce a dónde fueron a parar los importes que conforman dicha cuenta y por lo tanto a quién deben ser reclamados. Por tal motivo, y en previsión de que finalmente el importe de esta cuenta no podrá ser cobrado por la compañía, se ha contabilizado correspondiente deterioro de la misma como un quebranto, además de reclasificarse a largo plazo, lo que ocasiona que los fondos propios de la compañía queden en negativo, por lo que se deberá proceder a la recapitalización o bien a la disolución de la misma.

El administrador sigue exponiendo que considera que debe ser asumida dicha cantidad en función del capital social de los socios. Y en el caso de que no se haga de este modo, propondrá restablecer el equilibrio patrimonial: mediante aportación económica, por la constitución de préstamos participativos o mediante una operación acordeón de reducción de capital social a cero y suscribiendo un nuevo capital con una prima de emisión suficiente para restablecer el equilibrio patrimonial.

Las cuentas anuales fueron aprobadas en la citada junta de 27 de abril de 2017, con el voto a favor del Sr. Justo .

12. Tras la celebración de esta junta, la actora del procedimiento requirió notarialmente a la entidad demandada, CARBURANTS J. SOLANAS, S.L, para la convocatoria de junta con la finalidad de ejercer la acción social de responsabilidad contra el administrador así como la de impugnar los acuerdos de esta junta de 27 de abril de 2017. Documento número 87 de la demanda.

13. El día 13 de diciembre de 2017, el administrador de la sociedad CARBURANTS J. SOLANAS, S.L., convocó a la celebración de junta para el día 29 de diciembre de 2017, con la finalidad de aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2016, así como aprobar la operación acordeón que permitiera eludir a la sociedad encontrarse con fondos propios negativos, tras la aprobación de las cuentas del ejercicio 2015. En el punto 3º del orden del día indicaba que la operación se llevaría a cabo mediante "Reducción a cero del capital social, previa aplicación de todas las ganancias y reservas de la sociedad a 30 de junio de 2017 a la absorción de pérdidas, y simultáneo aumento de capital social en 3.000 euros, mediante la creación de 3.000 participaciones sociales de 1 euro de



valor nominal cada una, con una prima de emisión de 132 euros por participación social, que podrá asumirse y desembolsarse mediante aportaciones dinerarias y/o mediante compensación de créditos, con reconocimiento del derecho de asunción preferente con plazo de un mes para su ejercicio a contar desde la comunicación escrita a cada uno de los socios, todo ello, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital de la sociedad y su patrimonio disminuido como consecuencia de las pérdidas". Documento 88 y 89 de la demanda.

14. En la junta celebrada el día 29 de diciembre de 2017 se aprobó la denominada operación acordeón. Documento número 92 de la demanda.

En las cuentas aprobadas ese mismo día, se mantiene la cuenta de socios por un importe de 1.484.267,07 euros.

15. Mediante escritura pública de 23 de febrero de 2018, el Sr. Justo, elevó a públicos los acuerdos sociales, en el que se hizo constar que el día 5 de enero de 2018 había ejercitado su derecho de asunción preferente sobre 1.530 participaciones, procediendo a desembolsar el valor nominal más la prima de emisión de todas ellas, en suma, 203.490 euros mediante la compensación de créditos que ostenta frente a la sociedad.

16. De igual modo, se hizo constar que dado que había transcurrido el plazo para ejercer el derecho de suscripción preferente de Dña. Josefina, el día 12 de febrero de 2018, había procedido a desembolsar las que correspondían a ésta, haciéndolo a través de la compensación de créditos que el Sr. Justo ostenta frente a la entidad por un valor de 195.510 euros".

7. La parte actora añade en su recurso a ese relato los siguientes hechos que contextualizan y complementan el que ha hecho la resolución recurrida:

a) La sociedad J. Solanas fue inicialmente constituida por varios hermanos Josefina Severino, tratándose de una sociedad familiar de carácter cerrado. Y con el paso del tiempo el capital social quedó concentrado en dos de ellos: Severino, titular del 51 % y Josefina, titular del restante 49 %, cuestión no discutida.

b) Como consecuencia de un protocolo suscrito con CEPSA en 2004, J. Solanas cedió a dicha compañía -inicialmente por 15 años-, el derecho de superficie sobre un terreno sito en el término de Pallejà para la construcción y explotación de una estación de servicio llamada Pallejà II, que entró en funcionamiento entre 2005 y 2006.

c) Se acordó que la gestión social fuera encomendada al Sr. Severino y al Sr. Segundo, esposo de Josefina, lo mismo que en otras dos sociedades (C. Hospitalet y C. Llobregat), que tenían idéntica distribución del capital social. No obstante, a pesar de que el cargo era compartido, la gestión social recayó en exclusiva sobre el Sr. Severino, que percibía un sueldo de 41.341,20 euros, prácticamente el doble que el Sr. Segundo (28.835,64 euros).

d) Durante los primeros años de explotación de la gasolinera la gestión fue exitosa por la armonía que existía entre ambos grupos de socios y entre los administradores, lo que les llevó a pactar retribuciones que no percibían en su condición de administradores. Al Sr. Segundo se le reconoció una retribución como administrativo y al Sr. Justo el derecho a una comisión por nuevos negocios. En ese periodo, el Sr. Severino percibió fuertes sumas de la sociedad en efectivo, por diversos conceptos: (i) en pago del solar que -junto con su hermana- había vendido a la sociedad; (ii) como préstamo, reflejado en la cuenta de socios, aunque sin identificarse personalmente a él como deudor.

e) En 2007 el Sr. Severino fue diagnosticado de esclerosis lateral amiotrófica (ELA) que le fue incapacitando progresivamente produciéndole paroplejía y afasia, lo que le incapacitó para la gestión de las sociedades. De forma paralela se agudizaron las disposiciones de fondos de la sociedad, hasta el punto de llegar a finales de 2011 a una cantidad insostenible de 2.936.560,25 euros. Como consecuencia de ello la sociedad tuvo que renegociar a la baja con CEPSA en varias ocasiones y solicitar préstamos bancarios, hasta el extremo de que las deudas bancarias alcanzaron los 4 millones de euros y los ingresos sociales no daban para atender a los pagos pendientes. Por esa razón la actora permitió que se nombrara administrador al sobrino, el demandado Justo a finales de 2009. Y a partir de ese momento el nuevo administrador comenzó a tomar decisiones unilaterales sin consensuar con el otro administrador solidario, representante del 49 % y esposo de la actora, tales como rebajar y luego suprimir el sueldo del Sr. Segundo y dejar de pagar a la actora la parte pendiente de pago del precio del solar, compensándola con supuestas deudas, mientras que la deuda con su padre por igual concepto ya la había cancelado previamente.

f) También decidió mantener a su padre como administrador a partir de 2013, momento en el que se encontraba completamente incapacitado, pese a lo cual le mantuvo el sueldo íntegro y le añadió una comisión por supuestos nuevos negocios de otros 4.000 euros mensuales. Ello, unido al hecho de que continuó desviando importantes cantidades a fines personales, determinó que la sociedad no pudiera atender los pagos corrientes con los bancos entre junio y agosto de 2014, de modo que el Banco requirió a la actora como avalista.





g) Y justo en ese momento de gran crisis económica de la sociedad el demandado decidió fijarse una retribución como administrador de 800 euros en cada una de las tres sociedades del grupo, con la frontal oposición de la parte demandante. En tal situación la actora requirió al administrador para que dejara de pagarse los 2.400 euros mensuales y los 4.000 a su padre mientras no existiera tesorería para atender las obligaciones corrientes.

h) En ese contexto el administrador demandado renegoció con CEPSA un nuevo acuerdo extendiendo el derecho de superficie hasta 2037, con una rebaja considerable del canon superficiario y reconociendo una deuda de 1.495.000 euros.

**8.** La parte demandada cuestiona la declaración de hechos probados que hace la resolución recurrida en los siguientes términos:

a) No es cierto que J. Solanas sea quien explota la estación de servicio sino que es propietaria de un solar sobre el cual hay un derecho de superficie de una gasolinera (Pallejà II) que fue construida y explota CEPSA. Y añade que en la actualidad, además, explota cuatro estaciones de servicio propiedad de CEPSA. Y las mismas precisiones hace respecto de Carburants L'Hospitalet y Carburants Llobregat.

b) En cuanto al hecho 2/, el Sr. Severino no era el padre de la actora sino del demandado Justo .

c) No es cierto lo que se afirma en el hecho 3/ pues los testigos que depusieron en la vista afirmaron que durante los últimos años de su vida el Sr. Severino solo se comunicaba a través de su hijo Justo , aunque la comunicación era muy difícil porque no tenía movilidad muscular alguna y solo movía levemente los ojos. Lo que con ello se pretende afirmar es que el documento, relativo a la distribución de la deuda de socios con la sociedad, que la actora afirma firmado por el Sr. Severino a través de la estampación de su huella digital no fue realmente firmado por él voluntariamente.

d) Del hecho 8/ afirma que es incorrecta la frase "ante los problemas derivados de la gestión de la gasolinera" y afirma que los problemas en el seno de las sociedades eran consecuencia de la deuda histórica arrastrada.

e) Respecto del hecho 9/ expresa que había sido la actora quien solicitó que la documentación se remitiera a Valladolid, al domicilio de su letrado, de forma que el retraso en la recepción solo a ella le es imputable, ya que por su parte la remitió 6 días antes de la junta. Y el informe de auditoría no fue recibido por el administrador hasta dos días antes de la junta, momento en el que lo remitió al domicilio indicado por el socio. Añade que también había emplazado a la socia y a su apoderado para que 4 horas antes de la junta pudiera analizar la documentación contable en la sede social.

f) En cuanto al hecho 10/, afirma que la prueba practicada ha acreditado la procedencia de la contabilización de esa comisión por un importe de 488.742,80 euros y afirma que la salvedad puesta por la auditora no es equivalente a una opinión desfavorable sino que es simple expresión de una duda. Y afirma que el reconocimiento de esa comisión fue la justa manera que retribuir la dedicación que el Sr. Severino había hecho al negocio familiar.

g) También discrepa del resto de hechos, si bien lo hace en términos tan amplios y difusos que resulta difícil poder concretar los términos de tal discrepancia, que esencialmente es valorativa. Por esa razón estimamos que debe ser al examinar los concretos motivos del recurso donde, caso de ser necesario, nos extendamos en esas cuestiones fácticas, en la medida en que el discurso que sigamos lo exija.

**TERCERO. Sobre la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta ordinaria de 27 de abril de 2017. Violación del derecho de información.**

**a) Resolución recurrida**

**9. La resolución recurrida considera que los acuerdos adoptados en esta junta ( examen y aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015) son nulos por dos razones distintas:**

**a) Primera, por la violación del derecho de información del socio, ya que no se le facilitó toda la información requerida y la que le fue facilitada, las cuentas anuales, las recibió el día antes de la junta y era incompleta porque faltaba el informe de auditoría, informe que contenía importantes reservas.**

**b) Infracción del principio de la imagen fiel, por dos razones: (i) la inclusión en las cuentas de una partida de 488.742,80 euros correspondiente a una retribución a favor del Sr. Severino que no estaba justificada; (ii) haber provisionado de forma injustificada una partida de la cuenta de socios que reflejaba al cierre de 2012 una deuda de 1.744.664,76 euros.**

**b) Términos del recurso de la demandada**



10. El recurso de la parte demandada cuestiona que haya existido vulneración del derecho de información argumentando que el art. 196 LSC , que es el aplicable en el caso, no establece que la información deba suministrarse con anterioridad al acto de la junta sino que permite que pueda ser suministrada incluso en el propio acto de la junta, a diferencia de lo que ocurre para el caso de la sociedad anónima. Y añade que el derecho de información tiene límites y no autoriza al socio a la investigación de la contabilidad, función que corresponde a los auditores. Argumenta que se dio satisfacción al derecho de información por las siguientes razones:

- a) Proporcionó a la socia copia de las cuentas anuales, con lo que cumplió lo que ordena el art. 272 LSC .
- b) Facilitó la documentación con antelación a la junta y la circunstancia de que la recibiera solo el día anterior a su celebración es consecuencia de que hubo de remitirla a Valladolid, siguiendo las indicaciones del socio.
- c) No se proporcionó el resto de información solicitada porque no tenía obligación de hacerlo y el informe de auditoría se le remitió en cuanto la sociedad dispuso de él, si bien el letrado de la socia ya estaba previamente al corriente de su contenido.

11. También cuestiona que haya existido infracción del principio de la imagen fiel argumentando lo siguiente:

a) En cuanto a la partida de comisiones correspondientes al Sr. Severino , que resulta sorprendente que el juzgado mercantil haya entrado a examinar la validez del contrato de comisión del 8 % sin que la actora haya ejercitado acción alguna que cuestione su validez, incurriendo por ello en incongruencia. Los actos propios de la actora evidencian la validez de ese crédito pues la inmovilidad del Sr. Severino no se produjo en 2013 sino que se había producido años antes sin que por ello se le dejara de reconocer anualmente el derecho con la aquiescencia de todos los socios. La salvedad de la auditora no priva de validez al contrato.

b) En cuanto a la cuenta de socios, ninguna de las partes ha reconocido percibir cantidad alguna de la sociedad que se haya imputado a la cuenta de socios, sino que se trataba de un simple cajón de sastre en la que se anotaban todas aquellas disposiciones que no tuvieran un soporte documental. De manera que su mantenimiento era contraria al principio de imagen fiel y fueron los auditores de las tres compañías quienes sugirieron su dotación a pérdidas, ante la falta de documentación acreditativa de la realidad de las disposiciones anotadas en ella. Por tanto, existía una constatada incertidumbre acerca de la realidad de ese crédito que justificaba su provisión en las cuentas.

c) Posición de la actora

12. La parte actora argumenta en sentido contrario afirmando que la resolución recurrida ha apreciado correctamente las causas de nulidad invocadas. Afirma que el recurso interpreta de forma incorrecta los arts. 196 y 272 LSC . En cuanto a este segundo, porque establece que la entrega de los documentos ha de ser hecha "de forma inmediata", lo que claramente no ha cumplido la sociedad porque:

a) Las cuentas que se debían aprobar no le fueron entregadas hasta el día anterior al señalado para la celebración y ocho días después de ser solicitadas.

b) El informe de auditoría ni siquiera fue recibido por el socio antes de la celebración de la junta y fue emitido por el auditor diez días después de convocada la junta y no es cierto que la socia o su círculo próximo conociera su contenido.

c) Existió infracción del art. 196 LSC porque la socia no solo solicitó las cuentas sino también documentación contable adicional que nunca le fue entregada.

d) También existió infracción del derecho de información contenido en el art. 272.3 LSC porque en el día y hora señalados para el examen de la contabilidad nadie atendió al socio y al experto que debía llevarlo a cabo. Era inadmisibles la pretensión del socio de que ese examen se llevara a cabo el mismo día de la junta.

d) Valoración del tribunal

13. Examinaremos en este fundamento el primer motivo de nulidad, relativo al derecho de información, y dejaremos para el siguiente el segundo.

**El derecho de información del socio en la sociedad de** responsabilidad limitada está regulado en el art. 196 LSC en los siguientes términos:

"1. Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.



2. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.

3. No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social".

14. Y, cuando el acuerdo social tenga por objeto la aprobación de las cuentas sociales, esa regulación se complementa con lo dispuesto en el art. 272, apartados 2 y 3 LSC, cuyo contenido es el siguiente:

"2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

*En la convocatoria se hará mención de este derecho.*

3. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad".

15. A partir de esa regulación, no es preciso hacer un gran esfuerzo argumentativo para llegar a la misma conclusión que lo ha hecho la resolución recurrida, esto es, que ha existido una flagrante infracción del derecho de información del socio en todos los aspectos sustanciales del mismo invocados en la demanda y que ha apreciado la resolución recurrida.

16. Existe una clara infracción de lo dispuesto en el art. 272.2 LSC porque:

a) No es aceptable que la entrega de las cuentas que se debían aprobar al socio que las solicitaba se demorara de forma tan notable cuando la norma legal impone que la entrega sea inmediata. No es excusa para ello que la entrega se hubiera de llevar a cabo fuera de la localidad en la que la sociedad tiene su sede. Y el hecho de que se entregara solo el día antes del señalado para la junta creemos que implica una violación del derecho de información porque lo deja vacío de contenido, particularmente cuando esa entrega era esencial para el cumplimiento de los demás extremos interesados como parte del derecho de información solicitado.

b) Es asimismo inaceptable que junto con las cuentas no se entregara el informe de auditoría, que está incluido dentro de los documentos de entrega obligada. Y, si es cierto que no disponía de él la sociedad hasta pocos días antes de la celebración de la junta, no se entiende por qué razón se llevó a cabo la convocatoria de la junta en ese momento o no se aplazó, cuando la ley impone que esa entrega deba hacerse de forma inmediata al socio que lo solicite, hasta el extremo de que está obligada la sociedad a informar al socio de ese derecho en el momento de la convocatoria.

17. Existe violación de lo previsto en el art. 272.3 LSC porque el socio cuya participación supere el 5 % tiene el derecho a examinar, por sí o en unión de un experto, toda la documentación contable que sirva de soporte a las cuentas anuales y es inadmisibles que la sociedad no hubiera dado cumplida satisfacción a ese derecho con el tiempo suficiente para permitir que el socio o su experto pudieran llevar a cabo el examen de las cuentas y de los soportes con tiempo suficiente para que durante la junta el socio pudiera, no solo emitir de forma adecuada su derecho de voto, sino ejercitar también el derecho de solicitar al administrador la información adicional que considerara precisa. Constituye una burla de los derechos del socio que la sociedad retrasara de forma tan importante (solo unas horas antes de la propia junta) e injustificada el señalamiento de una fecha en la que se pudiera llevar a cabo el análisis.

18. Existe asimismo infracción de lo dispuesto en el art. 196 LSC porque el mismo, particularmente en una sociedad de carácter tan cerrado como la demandada, no puede ser interpretado en los términos tan restrictivos que propone la demandada. La actora es titular del 49 % de las participaciones sociales y eso determina que resulte de aplicación lo previsto en el apartado 3 de ese precepto, que excluye del contenido de la información que puede solicitarse los límites que establece el apartado 2, límites que, aunque fueran de aplicación en el caso, no hubieran impedido que la sociedad estuviera obligada a facilitar la información requerida por el socio en el caso que examinamos.

19. Por tanto, y no discutiéndose otros aspectos del derecho de información infringido, particularmente su relevancia desde la perspectiva del ejercicio del derecho de voto, hemos de desestimar en este punto el recurso de los codemandados. Apreciamos, igual que antes lo ha hecho la resolución recurrida, que ha





existido una clara infracción del derecho de información del socio y que se trata de una infracción tan grave que justifica por sí sola la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la junta.

**CUARTO. Sobre la infracción del principio de imagen fiel.**

20. La conclusión que hemos alcanzado en el fundamento anterior determina que resulte completamente irrelevante para el examen de la validez de los acuerdos que ahora examinamos el análisis de la segunda causa de nulidad invocada en la demanda y que también aprecia la resolución recurrida que concurre, esto es, la infracción del principio de la imagen fiel. Concretamente, y como hemos adelantado, considera el juzgado mercantil que las cuentas anuales de 2015 no reflejan la imagen fiel de la sociedad por dos razones: (i) la inclusión en las cuentas de una partida de 488.742,80 euros correspondiente a una retribución a favor del Sr. Severino que no estaba justificada; (ii) haber provisionado de forma injustificada una partida de la cuenta de socios que reflejaba al cierre de 2012 una deuda de 1.744.664,76 euros.

21. No obstante, la relevancia de esta cuestión se descubre al analizar la validez de los acuerdos de la junta en la que se aprueban las cuentas de 2016, junta cuya validez se cuestiona exclusivamente desde la perspectiva de la violación de la imagen fiel. Por esa razón procede entrar en el examen de esta cuestión en relación con las cuentas de 2015, en la medida en que las del año siguiente traen causa de las anteriores. De manera que resulta relevante examinar si las cuentas de 2015 reflejaban la imagen fiel del patrimonio social.

22. La **imagen fiel** ( artículo 254.2 de la nueva Ley de Sociedades de Capital) es la resultante de la aplicación regular y sistemática de las normas de contabilidad y de los principios contables generalmente aceptados en los términos previstos en el artículo 34 del Código de Comercio, en la nueva Ley de Sociedades de Capital y en la demás normativa reguladora de la contabilidad empresarial. Si las cuentas anuales se redactan conforme a dichas exigencias normativas la legalidad habrá sido respetada, pues se habrá reflejado la **imagen fiel** de la realidad económica de la sociedad; en cambio, si fueran vulneradas o desconocidas (bien por contabilizar de modo incorrecto partidas trascendentes o bien porque se hubiesen dejado en el terreno de lo sumergido, contra la legalidad económica y fiscal) el acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales sería nulo ( artículos 56 de la LSRL y 115 del TRLSA ) por infringir el principio de **imagen fiel** establecido en las citadas normas.

23. El art. 34.2 del Código de Comercio establece que "(l)as cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la **imagen fiel** del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica".

El apartado 3 sigue diciendo que "(c)uando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la **imagen fiel**, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado".

24. El principio de la **imagen fiel** del patrimonio, de la situación financiera, y la atención a la realidad económica, implica que las cuentas anuales reflejen esas circunstancias, de tal manera que con su examen se obtenga el conocimiento de que el resultado del ejercicio se ajusta a las cuentas, y que las mismas son representación real y verdadera de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

La simple existencia de partidas en las cuentas anuales consignadas según criterios para su contabilización que pudieran ser susceptibles de discusión no supone motivo bastante para justificar la **nulidad** del **acuerdo** aprobatorio de las mismas si no resultase patente que con ello se generaba una importante distorsión de la **imagen fiel** que la ley exige que se proporcione con aquéllas.

a) Sobre la cuenta de clientes.

25. Creemos que, también en este caso, las razones por las que la resolución recurrida ha considerado que las cuentas anuales de 2015 infringen el principio de la imagen fiel son razones sólidas. Especialmente la segunda, esto es, haber provisionado como incobrable una importante deuda de socios por la única razón de que no se sabe con seguridad a cuál de ellos se debe imputar de forma concreta. Resulta anómalo que una sociedad pueda presentar esa situación de una cuenta de socios con un importante saldo a su favor y sin imputación a un concreto socio; ahora bien, que sea preciso que esa anomalía se deba corregir, no equivale a que sea un método adecuado de corrección el que ha aplicado la sociedad en sus cuentas de 2015, que equivale a la condonación del crédito. No es aceptable porque no existen datos que nos permitan pensar que los socios sean insolventes y porque existen hasta tres reconocimientos distintos de los que se desprende que la participación de cada uno de los dos socios en esa deuda no es paritaria sino que la participación del Sr. Severino era muy superior a la de su hermana Josefina .

26. No nos corresponde a nosotros, al menos en este proceso, determinar cuál de esos reconocimientos debe ser determinante a los efectos de concretar la imputación de la deuda a cada uno de los socios. Solo podemos



decir que existen documentos que con claridad se refieren a esa cuestión y que las testificales practicadas para desacreditarlos (particularmente la del Sr. Isidoro y la del Sr. Jeronimo) no creemos que merezcan el menor crédito porque son testigos parciales, relacionados con la sociedad demandada, de la que uno de ellos ha pasado a seguir siendo empleado, y antes con el Sr. Severino, del que el Sr. Isidoro afirmó haber sido amigo íntimo desde la infancia, y, sobretodo, porque su testimonio entra en abierta y flagrante contradicción con manifestaciones que los propios testigos habían hecho tanto en documento privado como incluso público, ante notario.

27. No podemos ignorar que el único objeto que podemos y debemos examinar es si las cuentas reflejan la imagen fiel y esa conclusión se alcanza con la simple constatación de que haber provisionado la cuenta de socios por las razones que se ha hecho no es acorde con los buenos principios contables. A la vez, el saldo de esa cuenta es tan importante, que el error contable es muy relevante desde la perspectiva de la imagen que ofrecen las cuentas sobre el patrimonio social.

b) Sobre el reconocimiento del crédito por "gestiones comerciales".

28. Asimismo creemos que resulta inaceptable que se lleve a las cuentas el reconocimiento de un crédito por "gestiones comerciales" a favor de una persona física que desde años antes no se encontraba en condiciones físicas de llevar a cabo gestión alguna por encontrarse completamente paralizada. El hecho de que en las cuentas anteriores, correspondientes a ejercicios en los que el Sr. Severino se encontraba en similar condición, no se haya discutido el crédito, no es razón suficiente para entender que el mismo seguía estando justificado de forma indefinida. No podemos ignorar que se trata de una sociedad familiar con un peculiar sistema de gestión y que no todas sus decisiones se pueden explicar en términos razonables, desde una perspectiva contable. Lo relevante es que las razones por las que se aceptan algunas decisiones o se dejan de aceptar en otro momento, no son con frecuencia válidas para considerar que exista una situación de actos propios que obligue a los socios. Eso creemos que es lo que ocurre en nuestro caso, de forma que no podemos compartir con la resolución recurrida que el hecho de no haber cuestionado las cuentas anuales equivalga a una aceptación de todas las concretas partidas que las integran.

29. Lo relevante en nuestro caso es que el contrato de 2004 del que presuntamente nacería el derecho a favor del Sr. Severino no creemos que pretendiera consagrar un derecho a favor de éste correspondiente al 8 % de la facturación de las gasolineras y prueba de ello es que durante 2005 el propio socio firmó un saldo y finiquito en relación con la gasolinera explotada por la demandada. Y, a ello debemos añadir, que, en el caso de que no fuera esa la interpretación que se deba dar al contrato y al documento de finiquito de 30 de diciembre de 2005, tampoco creemos que esté justificado reconocer al socio un crédito por gestiones comerciales cuando se encontraba desde años antes incapacitado físicamente para llevarlas a cabo.

30. También en este caso creemos que el importe del crédito (488.742,80 euros) es tan relevante cuantitativamente que está justificada la apreciación de que su contabilidad distorsiona la imagen fiel. Esa conclusión es aún más evidente si se considera que su propia creación está al servicio de otra finalidad aún más inaceptable desde la perspectiva del derecho societario, cual es consumir la expropiación de los derechos del socio minoritario.

#### **QUINTO. Sobre la junta ordinaria de 29 de diciembre de 2017 por la que se aprueban las cuentas del ejercicio 2016.**

31. En el caso del acuerdo adoptado aprobando las cuentas de 2016, la resolución recurrida, partiendo de que la impugnación no se hacía por infracción del derecho de información sino exclusivamente por infracción del principio e imagen fiel, considera que su nulidad se debe apreciar por las mismas razones de fondo que por las mismas razones que la junta anterior.

32. El recurso de los codemandados impugna en este punto la resolución recurrida argumentando en el mismo sentido que lo hizo respecto de la junta anterior, esto es, que la cuentas de 2015 reflejaban la imagen fiel del patrimonio social. E invoca, a favor de esa postura, la testifical del auditor de esas cuentas.

33. También aquí compartimos el punto de vista que expresa la resolución recurrida. Si las cuentas de 2015, tal y como hemos concluido en el fundamento anterior, no reflejaban la imagen fiel, de ello se deriva, necesariamente, que tampoco las de 2016 la puedan reflejar, con independencia de lo que haya podido decir el auditor de esas cuentas, que es distinto de las cuentas del año anterior (en este caso una auditora nombrada por el Registro Mercantil, que formuló reservas a las cuentas presentadas).

34. Para llegar a la conclusión de que las cuentas no reflejan la imagen fiel por haber incluido un crédito correspondiente a unos servicios no prestados, no es preciso declarar la nulidad del contrato firmado entre los socios en el año 2004, al contrario de lo que ha entendido el recurso de los demandados al imputar incongruencia por este motivo a la resolución recurrida. La existencia y validez de ese contrato no está



discutida en las actuaciones en las que lo único que se discute es si del mismo emanaba el derecho de crédito que el administrador ha reconocido al socio, equivalente al 8 % de la cifra de negocios de la sociedad.

**35.** Como la actora, lo que creemos que ese contrato establecía no era una comisión del 8 % sobre la cifra de negocios de toda la vida de las gasolineras y así se explica que poco más de un año más tarde (el 30 de diciembre de 2005) el Sr. Severino firmara un saldo y finiquito por ese concepto respecto de Pallejà II (doc. 11 de la demanda). El importe recibido, 288.485,81 euros, correspondiente al 8 % de 3.606.072,63 euros, cantidad en la que el Sr. Severino valoró la cifra de ese negocio, era lo suficientemente elevado como para que la credibilidad de ese saldo y finiquito no pueda ser razonablemente cuestionada.

**SEXTO. Sobre la nulidad del acuerdo de ampliación de capital (operación acordeón) de la junta extraordinaria de 29 de diciembre de 2007.**

**36.** La resolución recurrida también considera nulo el acuerdo de reducción a cero y a su vez de ampliación del capital social, acuerdo que habría permitido al Sr. Justo hacerse con el 100 % del capital social sin realizar desembolso alguno, solo aprovechando la situación de ventaja en la que le habían situado las cuentas irregulares que había aprobado y que la propia resolución, y ahora también nosotros, hemos apreciado que no expresaban la imagen fiel de la sociedad.

**37.** Frente a ello, la parte demandada recurrente argumenta que las cuentas eran correctas y obligaban a llevar a cabo una operación acordeón porque la sociedad había quedado en situación de fondos propios negativos.

**38.** Por consiguiente, dado que el recurso no introduce tampoco en este caso ningún argumento nuevo, esto es, que sea distinto a los que nos han servido para justificar los acuerdos sociales adoptados en las juntas anteriores, también el resultado debe ser el mismo respecto de este acuerdo. Si las cuentas no eran correctas, la operación de reducción a cero del capital social y su simultánea ampliación, hemos de considerar que no estaba justificada. Por consiguiente, también este acuerdo es nulo ya que no tenía justificación y era lesivo para los derechos del socio minoritario.

**SÉPTIMO. Recurso de la parte actora: acción social de responsabilidad.**

**39.** La actora ejerció la acción social de responsabilidad frente al administrador demandado Sr. Justo con fundamento en tres actos ilícitos:

- a) Haber percibido retribución como administrador cuando los estatutos establecen que el cargo es gratuito.
- b) Haber imputado una importante deuda social a la comisión por gestión a favor de uno de los socios, su padre, el Sr. Severino .
- c) No haber procedido a documentar de forma adecuada los activos sociales, originando con ello un grave riesgo de deterioro de su valor efectivo.

**40.** La resolución recurrida desestima la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

- a) Respecto de los puntos a/ y b/, que *al margen de las disposiciones de los Estatutos, tanto cuando eran administradores sociales los Sres. Josefina Severino y el Sr. Segundo, como cuando se produjo el cese de éste, como cuando quedó como único administrador social el Sr. Justo, se han venido produciendo retribuciones a la persona que desempeñaba el cargo de administrador .* Por tanto, estima la resolución recurrida que está justificado que el Sr. Justo siguiera percibiendo retribución y también que siguiera autorizando pago a su padre.
- b) Respecto del presunto deterioro de los activos (unos terrenos), que el mismo no podía ser consecuencia de la contabilización.

**41.** El recurso de la actora impugna la resolución recurrida e insiste en que existe responsabilidad del administrador por cada uno de los conceptos referidos.

En cuanto a la retribución del administrador, afirma que si bien era cierto que hasta 2013 ambas partes de la familia (y por tanto de la sociedad) habían contado con retribuciones, a partir de ese año el Sr. Justo decidió unilateralmente suprimir las retribuciones correspondientes a una parte (la Sra. Josefina y su esposo) y mantener las de la otra (las del Sr. Severino y la del Sr. Justo .

En cuanto a la minusvaloración de los terrenos insiste en que el informe de auditoría acredita la incorrecta valoración.

En cuanto a la deuda por comisiones, afirma que con ella lo que se ha pretendido es justificar la ampliación de capital y que no corresponde a una deuda realmente existente.

*Valoración del tribunal*



**42.** De acuerdo con lo previsto en el art. 236.1 LSC, " *los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.*

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales".

**43.** Por tanto, los requisitos que han de concurrir para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad ejercitada frente al administrador societario son los siguientes:

- a) Un acto ilícito que sea imputable al administrador actuando en cuanto tal.
  - b) Que el patrimonio social sufra daño como consecuencia del mismo.
  - c) La existencia de nexo causal entre el acto ilícito y el daño sufrido por la sociedad.
- a) Retribuciones del administrador.

**44.** En nuestro caso, el primer acto ilícito que se imputa al administrador consiste en que ha venido percibiendo ingresos en concepto de retribución por el cargo cuando el mismo es gratuito según los estatutos, por lo que carece de derecho que justifique esa percepción.

El art. 217.1 LSC dispone que *el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración.* Por consiguiente, al no haberse cuestionado que en los estatutos sociales no se ha establecido el carácter remunerado del cargo, el administrador no tiene derecho a percibir remuneración alguna por su desempeño.

**45.** De ello se deriva que resulte de aplicación en el caso la presunción de culpa establecida en el art. 236.1, párrafo 2.º LSC. Y tal presunción de culpa no puede quedar enervada ni por el hecho de que previamente los administradores habían venido percibiendo retribuciones ni tampoco por el hecho de que el cometido que desempeñaba el administrador de forma efectiva las pudiera justificar. Si el administrador quiere percibir retribuciones en concepto de tal es preciso que se modifiquen los estatutos y se introduzca en los mismos el carácter retribuido del cargo y el sistema de retribución que se estime conveniente, de entre los que se indican dentro del propio art. 217.2 LSC. Mientras ello no ocurra, el administrador no tiene derecho a percibir retribuciones.

**46.** No podemos compartir en este punto el parecer que expresa la sentencia para justificar la inexistencia de responsabilidad por este hecho. Que ambas partes hubieran venido cobrando retribuciones a las que, de acuerdo con la Ley y los Estatutos Sociales, no tenían derecho, no justifica que esa práctica no sea contraria a la Ley y a los estatutos y que se pueda seguirse perpetuando con fundamento en la doctrina de los actos propios. La práctica social contraria a la Ley y los estatutos sociales se asentaba sobre un fundamento, cual es la voluntad concorde de todos los socios, que más tarde desapareció, cuando el actual administrador decidió actuar de forma unilateral, sin contar con la voluntad del socio minoritario. Cuando ese presupuesto ha desaparecido y la buena entente entre los dos grupos sociales se ha roto, esa práctica no tiene por qué ser tolerada por el socio minoritario.

**47.** Por consiguiente, reclamándose por ese concepto la suma de 119.717,24 euros, correspondientes a los años 2014 a 2017 y no cuestionándose por la demandada la suma reclamada, procede estimar en este punto también la demanda y condenar al administrador demandado a reintegrar a la sociedad la cantidad reclamada.

b) *Minusvaloración de los terrenos.*

**48.** Compartimos el punto de vista que expresa la resolución recurrida acerca de que una supuesta incorrecta valoración de un activo de la sociedad en sus cuentas no justifica que se pueda estimar la acción de responsabilidad porque de ese defecto en las cuentas no se deriva daño alguno para la sociedad. La contabilización del valor de los terrenos por un importe inferior al de mercado no lleva consigo un minusvalor real de los mismos, ya que el valor de los terrenos no es el que fijen las cuentas de la sociedad sino que lo fijará el mercado, en el caso de que los mismos se vendieren.

c) *Préstamos a cargo del 8 % y a favor del Sr. Severino .*

**49.** Por este concepto se reclamaron al administrador 49.893,74 euros, suma que aparece en las cuentas de 2015 con el concepto de préstamo a cuenta del 8 %, esto es, en un momento en el que el administrador era perfectamente consciente de la incapacidad del Sr. Severino para devengar comisión alguna por nuevos negocios.





50. Ya hemos anticipado nuestra posición en fundamentos anteriores acerca de la inexistencia de derecho alguno que justificara que el Sr. Severino pudiera cobrar en 2015 comisión por negocios propios. Si a ello unimos la existencia de una gran deuda de socios con la sociedad (en parte sustancial atribuida al socio Sr. Severino) y la angustiosa situación por la que pasaban las finanzas sociales en ese ejercicio, ya que ni siquiera podía atender regularmente al pago de sus obligaciones bancarias, la conclusión no puede ser otra que considerar que la autorización de nuevos pagos a favor de uno de los socios no podía estar justificada.

51. Ahora bien, la cuestión es si ello es suficiente para entender que el administrador demandado ha incurrido en responsabilidad por este motivo y, por consiguiente, debe ser condenado a la reintegrar a las arcas sociales la cantidad referida. Reiteramos en este punto que no podemos compartir con la resolución recurrida que constituya un motivo para negar esa posibilidad el historial de hechos similares que se había venido produciendo en la sociedad con el consentimiento de ambos socios durante los años anteriores al que se refiere la acción de responsabilidad ejercitada. Cuando ese consentimiento concorde de los socios se rompe se abre un escenario nuevo que obliga al administrador a poner los intereses de la sociedad por encima de los particulares de los socios. De manera que no basta que el administrador cuente con el respaldo de la mayoría, por muy holgada que la misma pudiera ser (que no es el caso, pues en nuestro caso se trata de una mayoría exigua), para que pueda llevar a cabo actos que pueden entrañar un daño o bien un riesgo de daño para las arcas sociales. Sobre el administrador pesa el deber de lealtad, que le obliga a anteponer los intereses de la sociedad a los de los socios.

52. En nuestro caso estimamos que, dadas todas las circunstancias a que nos hemos referido, y particularmente la indeterminación de la deuda de los socios con la sociedad, no estamos ante un simple préstamo de la sociedad a su socio mayoritario, sino que lo que esa operación esconde es en realidad una salida injustificada de las arcas sociales a favor del socio mayoritario. Por esa razón, también en este caso estimamos que el administrador Sr. Justo ha incurrido en responsabilidad al consentirla en un momento en el que la sociedad no podía permitirse hacerla.

*d) Conversión en crédito con parte vinculada de una remuneración pendiente de pago.*

53. En íntima relación con la cuestión que hemos examinado en el apartado anterior, la recurrente también cuestiona las conclusiones a las que llega la resolución recurrida en relación con otra de las operaciones que es imputable al administrador Sr. Justo en las cuentas de 2015, esto es, el reconocimiento, en julio de 2015 (solo un mes antes de su fallecimiento) a favor de su padre de una importante deuda de 488.742,80 euros, deuda que se afirma derivada del contrato de comisión de 2004.

54. En este punto estamos de acuerdo con las conclusiones a las que llega la resolución recurrida porque, aunque compartimos que esa contabilización es incorrecta, ya que corresponde a un concepto injustificado, en realidad se trata de un mero artificio contable destinado a simular la existencia de un crédito a favor del socio mayoritario con el que justificar su apropiación de la totalidad de las participaciones sociales. Ahora bien, anulado el acuerdo de ampliación de capital, así como los acuerdos de aprobación de las cuentas, ha dejado de tener sentido esta acción frente al administrador. En realidad, tras esa partida de las cuentas no existe propiamente una salida efectiva de las arcas sociales. Y, si bien puede ser cierto que se pretende justificar con ese concepto contable otras salidas, en este caso sí que injustificadas, con mucha probabilidad, dada la importancia de la deuda de socios, que creemos en su parte sustancial imputable al Sr. Severino, en realidad esas salidas fueron previas al ejercicio 2015 y aparecían ya contabilizadas en la cuenta de socios, de manera que no creemos que guarden relación con este concepto.

**OCTAVO. Acción individual de responsabilidad.**

55. Al amparo de lo previsto en el art. 241 LSC, la actora ejercitó asimismo una acción individual de responsabilidad afirmando que el Sr. Justo había llevado a cabo diversas actuaciones ilícitas que se habían traducido en un daño directo en el patrimonio de la Sra. Josefina. Concretamente, los actos ilícitos que le imputa son los siguientes:

a) Haber compensado, de forma discriminatoria a un socio en relación con el otro, la deuda que la sociedad tenía con la Sra. Josefina por la suma de 134.494,87 euros, deuda procedente del precio pendiente de pago por el solar vendido por ambos socios (los hermanos Josefina Severino) a la sociedad, compensación que se produjo contra la cuenta de socios, que posteriormente fue dotada.

b) Haber procedido a la dotación o deterioro, sin base legal alguna, de determinados créditos de la sociedad (cuenta de socios) para colocar a la misma en situación de pérdidas y justificar la operación acordeón. Caso de consolidarse la operación acordeón, la pérdida sería directa por la socia.

56. La resolución recurrida desestima esta pretensión con los siguientes argumentos:





- a) La compensación de la deuda se produjo en las cuentas de 2014 y fue conocida y consentida por la actora, de manera que no puede pretender ahora imputar responsabilidad por ese hecho al administrador.
- b) Al haberse declarado la nulidad de la operación acordeón, no procede entrar en la segunda cuestión aducida.

57. El recurso insiste en que no es cierto que por su parte consintiera la compensación referida, que se produjo como decisión unilateral del administrador. Frente a ello se opone la parte demandada alegando que la falta de impugnación de las cuentas, tal y como ha estimado la resolución recurrida, equivale a haber consentido esa operación contable.

#### *Valoración del tribunal*

58. No podemos compartir con la resolución recurrida que del hecho de que no haya existido impugnación de las cuentas de 2014 se siga la idea de que la demandante ha consentido expresamente la partida contable que justifica la acción de responsabilidad. En primer lugar, las cuentas sociales no son impugnables por los socios, que solo pueden impugnar el acuerdo social aprobándolas. A su vez, esta impugnación no se puede justificar por la discrepancia del socio respecto de partidas concretas sino exclusivamente cuando las cuentas aprobadas no reflejen la imagen fiel del patrimonio social. De manera que si la socia hubiera impugnado el acuerdo por este solo concepto, con mucha probabilidad la impugnación no hubiera prosperado siquiera.

59. Lo relevante, por tanto, no es ese hecho negativo (la falta de impugnación del acuerdo aprobando las cuentas) sino que la socia, de forma reiterada, se quejó de la decisión del administrador, que tachó en todo momento de injusta porque trataba de forma desigual el crédito de cada uno de los hermanos cuando su procedencia era la misma. Nosotros compartimos el punto de vista de la recurrente pues estimamos que no existe ninguna razón (que conozcamos y sea legítima) que justifique que el administrador decidiera abonar la totalidad del crédito de su padre, del que hemos de suponer que es heredero, y no hacer lo propio con el de su tía, la socia minoritaria. Se trata, por tanto, en nuestra opinión, de una decisión arbitraria del administrador que justifica el éxito de la acción individual de responsabilidad, atendido que como consecuencia de ella la socia se ha visto imposibilitada de percibir de la sociedad el crédito referido, de 134.494,87 euros.

60. El éxito de la acción de nulidad del acuerdo relativo a la operación acordeón también en esta instancia justifica que no hayamos de entrar siquiera en el segundo motivo del recurso relacionado con la acción individual de responsabilidad.

#### **NOVENO. Costas.**

61. También hemos de estimar el motivo del recurso de la parte actora relativo a las costas de la primera instancia. La suerte de su recurso en esta primera instancia nos lleva a apreciar que la demanda ha sido sustancialmente estimada, de forma que procede hacer imposición de las costas a la parte demandada.

62. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas a los demandados apelantes, al haber sido desestimado el recurso por ellos interpuesto, con pérdida del depósito.

63. No procede hacer imposición de las costas del recurso de la parte actora, al haberse estimado, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Carburants J. Solanas, S.L. y Justo , con imposición a los recurrentes de las costas procesales correspondientes al mismo y con pérdida del depósito.

**Estimamos en parte el recurso de** Josefina contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 6 de junio de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se modifica en los siguientes sentidos:

- a) Estimar la acción social de responsabilidad ejercitada por Josefina contra Justo y condenar a este a reintegrar a las arcas sociales de Carburants J. Solanas, S.L. la suma de 119.717,24 euros y la suma de 49.893,74 euros.
- b) Estimar la acción individual de responsabilidad ejercitada por Josefina contra Justo y condenar a este a abonar a la actora la suma de 134.494,80 euros.
- c) Imponer las costas de la primera instancia a los codemandados Carburants J. Solanas, S.L. y Justo de forma conjunta y solidaria.



Confirmamos la referida resolución en sus demás extremos y no hacemos imposición a la actora de las costas de su recurso, con devolución del depósito.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ