



Roj: **SAP M 14585/2020 - ECLI:ES:APM:2020:14585**

Id Cendoj: **28079370282020101415**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **09/12/2020**

Nº de Recurso: **567/2019**

Nº de Resolución: **596/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

C/Santiago de Compostela 100

Tfno : 914931988/9 Fax : 914931996

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0098530

Rollo : RECURSO DE APELACION 567/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario nº 589/2017

RECURRENTE: ZOSMA, S.A.

PROCURADOR: D. JORGE MIGUEL DELEITO GARCIA

Abogado: Dº. JUAN CARLOS VÁZQUEZ VICENTE

RECURRIDAS: D./Dña. Begoña y otros 3

PROCURADOR: D. PEDRO EMILIO SERRADILLA SERRANO

Abogado: Dº. ADOLFO ARIAS FERIA

S E N T E N C I A nº 596/2020

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSÉ MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

En Madrid, a nueve de diciembre de dos mil veinte.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Pedro María Gómez Sánchez, Don José Manuel de Vicente Bobadilla y Don Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 567/2019, interpuesto contra la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2019, dictado en el proceso número 589/2017 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número nº 4 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha siete de junio de dos mil diecisiete, por la representación de ZOSMA, S.A., contra Dña. Begoña y otros tres, Dº Borja , Calixto , y Dº Cayetano , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que "

SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentada esta demanda junto con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirla y tenerme por personado y parte en la representación que ostento de ZOSMA, S.A. y por formulada demanda de JUICIO ORDINARIO contra D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto , cuyos datos constan en el encabezamiento del presente escrito, a quienes deberá darse traslado de la copia y documentos para que, dentro del plazo legal puedan contestarla si así les conviniera, y previos los trámites legales se dicte sentencia por la que:

A) SE DECLARE:

1º) El incumplimiento por parte de los demandados D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto de sus deberes de diligencia y lealtad respecto de las sociedades ZOSMA, S.A. y ZOHIMA, S.A. de las que fueron administradores de hecho y derecho (el primero), y de derecho (los restantes).

2º) Que dicha vulneración ha determinado para ZOSMA, S.A., como perjudicada directa y como sucesora a título universal de todos los derechos y obligaciones de ZOHIMA, S.A., un perjuicio de:

19 TRECE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO (13.388,468,71 €), en caso de estimarse el Escenario 1 y conforme al siguiente desglose:

n 57.678,37 € de perjuicio por la "Operación La Caixa".

n 897.075,88 € de perjuicio por la "Operación Galp".

§ 2.802.161,48 E de perjuicio por la "Operación Supercor".

n 482.858,65 € de perjuicio por la "URJC".

n 1.590.724,41 de perjuicio por la "Operación Nave Industrial Fuenlabrada".

II 3.861.984,16 de perjuicio por la "Operación Salón de Juegos".

n 3.695.985,76 € de perjuicio por la "Operación Opencor".

Subsidiariamente, un perjuicio de SEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (6.256.332,43 €), en caso de estimarse el Escenario 2 y conforme al siguiente desglose:

n 460.818,82 E de perjuicio por la "Operación La Caixa".

n 569.365,53 € de perjuicio por la "Operación Galp".

n 3.193.929,88 de perjuicio por la "Operación Supercor". 11 587.223,75 de perjuicio por la "URJC".

n 382.930,98 € de perjuicio por la "Operación Nave Industrial Fuenlabrada".

n 9.696,32 € de perjuicio por la "Operación Salón de Juegos".

1.052.367,15 de perjuicio por la "Operación Opencor".

3º) Que son responsables de la vulneración de sus deberes:

En la "Operación La Caixa", los demandados D. Cayetano y Da Begoña , en su condición de administrador de hecho y administradora de derecho, respectivamente.

a En la "Operación Galp", el demandado D. Cayetano , en su condición de administrador de hecho.

En la "Operación Supercor" D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto , en su condición de administradores de derecho.

a En la "Operación URJC" D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto , en su condición de administradores de derecho.

a En la "Operación Nave Industrial Fuenlabrada" D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto , en su condición de administradores de derecho.



a En la "Operación Salón de Juegos" D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto , en su condición de administradores de derecho.

a En la "Operación Opencor" D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto , en su condición de administradores de derecho.

B) Y una vez declarado lo anterior SE CONDENE:

1º) A todos los demandados a pasar por las anteriores declaraciones. 2º) A indemnizar a ZOSMA, S.A. en los siguientes términos:

D. Cayetano y Da Begoña , indemnizarán a ZOSMA, S.A. conjunta y solidariamente con la cantidad de 57.678,37 € (Escenario 1) o, subsidiariamente, 460.818,82 € (Escenario 2) por la "Operación La Caixa", más intereses desde el emplazamiento, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

· D. Cayetano indemnizará a ZOSMA, S.A. con la cantidad de 897.075,88 € (Escenario 1) o, subsidiariamente, 569.365,53 € (Escenario 2) por la "Operación Galp", más intereses desde el emplazamiento, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

· D. Cayetano , Da Begoña , D. Borja y D. Calixto indemnizarán a ZOSMA, S.A. conjunta y solidariamente con la cantidad de 12.433.714,46 € (Escenario 1) o, subsidiariamente, 5.226.148,08 € (Escenario 2) por las Operaciones Supercor, URJO, Nave Industrial Fuenlabrada, Salón de Juegos y Opencor, más intereses desde el emplazamiento, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

3º) Al abono de las costas causadas en el presente procedimiento.

OTROSÍ DIGO PRIMERO: Que a los fines dispuestos en el art. 243.3 LOPJ, esta parte ofrece la subsanación de cualquier requisito legal incumplido en la presente demanda, por lo que

SUPLICO AL JUZGADO: tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos expresados.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: que en relación al informe pericial elaborado por la firma Grant Thornton, interesa al derecho de esta parte poner de manifiesto que desea, y así lo solicitará, que los peritos firmantes del mismo comparezcan en el acto del juicio (art. 347 LEC). Igualmente, esta parte se reserva el derecho a solicitar ampliación de dicho informe y aportar su resultado a la vista de las manifestaciones y contrapericias que pueda realizar y aportar la parte demandada en relación con nuestro informe, por lo que

SUPLICO AL JUZGADO: tenga por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos oportunos.

OTROSÍ DIGO TERCERO: que al amparo del art. 152.1.2º, en relación con el 152.3.3a y 152.4, todos ellos de la LEC, esta parte solicita realizar por medio del procurador que suscribe la diligencia de emplazamiento de los demandados así como de los restantes actos de comunicación, para lo que interesamos se nos entreguen las copias acompañadas con esta demanda junto a la documentación señalada en el art. 152.4 de la Lec., comprometiéndonos a devolver la misma debidamente cumplimentada una vez se hayan verificado los emplazamientos que nos comprometemos a efectuar, es por lo que

SUPLICO AL JUZGADO: acceda a lo solicitado, entregando a esta parte las copias acompañadas junto con la documentación señalada en el art. 152.4 de la LEC a fin de que sea el procurador que suscribe quien efectúe las diligencias de emplazamiento.

Es Justicia que, para Principal y Otrosíes, respetuosamente pido, en Madrid a seis de junio de dos mil diecisiete.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor :

"FALLO

Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. ZOSMA, S.A., contra D. Borja , D^a Begoña , D. Calixto y D. Cayetano .

Se imponen las costas de este procedimiento a la parte demandante.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndolas de que contra la misma podrán interponer Recurso de Apelación en el plazo de 20 días, que será resuelta por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta mi sentencia, que pronuncio, mando y firmo

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente



rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día tres de diciembre de dos mil veinte.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Introducción.-

La mercantil ZOSMA S.A., que absorbió a ZHOIMA S.A. en una operación de fusión realizada el 27 de octubre de 2016 (en adelante, emplearemos la expresión ZOSMA para referirnos tanto a la actual demandante como al conjunto de las dos entidades fusionadas a no ser que en el desarrollo argumental que subsigue se haga necesario particularizar en alguna de las dos denominaciones), interpuso demanda contra sus otrora administradores, Don Borja, Doña Begoña, Don Calixto y Don Cayetano en ejercicio de la acción social de responsabilidad prevista en los Arts. 238 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital.

La acción se funda en la tesis de que los demandados incumplieron sus deberes de diligencia y de lealtad al transmitir mediante compraventa, en su condición de administradores de ZOSMA y a espaldas de esta, diferentes bienes inmuebles a favor de las sociedades CLEVIA INVERSIONES S.L. e IMAGINEA FUENLABRADA S.L. (en adelante, CLEVIA e IMAGINEA), sociedades que ellos mismos habían constituido y de las que eran únicos socios y en ciertos casos administradores. Todo ello por precios inferiores a los precios de mercado, sufriendo ZOSMA el quebranto patrimonial consiguiente a la diferencia.

Por tal motivo, se interesó en la demanda, además de los pronunciamientos declarativos correspondientes a ese estado de cosas, un pronunciamiento condenatorio que impusiera a los demandados, individualizados en relación con cada una de las operaciones de venta, la obligación de resarcir a la actora en un total de 13.388.468,71 € o subsidiariamente de 6.256.332,43, según que el órgano judicial optase por el Escenario 1 o por el Escenario 2 de los que se describen en el informe pericial acompañado a la demanda como Documento número 2.

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

SEGUNDO.- Precisiones.-

Antes de entrar en el examen de la controversia consideramos útil efectuar dos precisiones:

1.- Habiéndose esgrimido en la contestación a la demanda la excepción de prescripción, la sentencia apelada la rechazó expresamente proporcionando los argumentos, acertados o desacertados, por los que el juzgador entendía que la acción no podía considerarse prescrita. Pues bien, los apelados no solamente no aluden a tal cuestión en su escrito de oposición al recurso sino que no impugnaron la sentencia pese a que pesaba sobre ellos un gravamen latente que afloraba necesariamente con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante, por cuyo motivo la desestimación de dicha excepción ha de considerarse un pronunciamiento firme de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre gravamen eventual en las hipótesis de desestimación expresa de excepciones o argumentos de oposición (S.T.S. de 19 de mayo de 2016 y las que en ella se citan).

2.- Algo similar sucede con la cuestión relativa a la condición de administrador de hecho concurrente en el demandado Don Cayetano en la época anterior a su adquisición de la cualidad de consejero delegado. Pese a que fuera negada en la contestación a la demanda, la sentencia apreció esa condición de administrador de hecho con base en la sentencia del Juzgado de lo Penal número 24 de Madrid de fecha 29 de junio de 2018 en la que se señaló que *"...resulta evidente, visto su contenido, su clara y evidente función como administrador de hecho de la mercantil aunque formalmente no lo fuera y así vemos como dijo que todos los trabajadores rendían cuentas al dicente, que solamente el declarante llevó a cabo la escritura de compraventa, que la decisión de vender los terrenos fue una decisión del declarante únicamente, que el resto de la familia no tenía un conocimiento digamos legal de la venta, que el dicente se lo había comentado pero no los entresijos de la operación (...) y en el caso que nos ocupa la gestión real y efectiva de la mercantil Zosma, S.A., es evidente en base a lo anterior que la llevaba dicho acusado"*. Pues bien, pese a ser una cuestión que fue resuelta de manera explícita por la sentencia ahora recurrida, el mencionado apelado no ha efectuado a ella la menor alusión en su oposición al recurso, como tampoco ha impugnado dicha resolución con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte contraria. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la S.T.S. de 24 de febrero de 2017 (con cita de las SS.T.S. de 19 de septiembre de 2013 y 19 de mayo de 2006) hace extensiva la doctrina del gravamen eventual a cualquier motivo de oposición a la demanda que haya sido rechazado de manera explícita pese a que esta haya fracasado por otros motivos, hemos de considerar también firme dicho pronunciamiento relativo a la condición de administrador de hecho del referido codemandado. En todo caso, tampoco apreciamos -ni



se nos han suministrado- razones que justifiquen adoptar sobre la referida cuestión un punto de vista diferente del que mantiene la sentencia apelada.

TERCERO.- Infracción del deber de lealtad (I).- Introducción.-

Las infracciones del deber de lealtad imputadas a los demandados se concretaron en la demanda, por referencia a la hoy derogada Ley de Sociedades Anónimas, del siguiente modo:

1.- Infracción del Art. 127 ter, apartado 4, con arreglo al cual "*Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieren en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria*". Y ello por cuanto los demandados habrían ocultado a ZOSMA la creación de las sociedades CLEVIA e IMAGINEA, de análogo objeto social y el 100% de cuyo capital era titulado por aquellos, además de no incluir en la Memoria de las cuentas anuales la obligada mención a dicha circunstancia.

2.- Infracción del Art. 127 ter, apartado 3, con arreglo al cual "*Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera*".

En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo". Ello, en la medida en que los demandados no solo no se abstuvieron de intervenir en las operaciones de venta de activos de ZOSMA a CLEVIA e IMAGINEA a las que se contrae el presente litigio sin mediar dispensa de la sociedad, sino que ni siquiera comunicaron la situación de conflicto en que se encontraban respecto de tales operaciones. Tampoco se hicieron constar dichas operaciones en la Memoria.

3.- Infracción del Art. 127 ter, apartado 2, con arreglo al cual "*Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador*". Ello, en la medida en que los demandados habrían llevado a cabo, sin mediar dispensa, la venta de activos de ZOSMA a sus sociedades CLEVIA e IMAGINEA por debajo del valor que tenían en las fechas de las respectivas transmisiones.

Lo primero que conviene matizar es que la infracción del deber de lealtad no constituye un elemento esencial de la acción social de responsabilidad. Es inherente a esta la producción de un quebranto patrimonial para la sociedad a consecuencia de la conducta del administrador, de manera que, faltando el daño, esa clase de acción devendría impropio. Y lo cierto es que las gestiones acometidas por el administrador con vulneración del deber de lealtad no solo no son forzosamente perjudiciales sino que incluso podrían, al menos en teoría, resultar provechosas para la sociedad. Por lo tanto, una cosa es que la infracción de tal deber de lugar al ejercicio de determinadas acciones (el Art. 232 L.S.C. nos habla de acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de tal deber, y a ellas podríamos añadir la acción de devolución del Art. 227-2) y otra cosa que el comportamiento desleal deba considerarse necesariamente pernicioso para el interés social.

Ello no significa, sin embargo, que la infracción de determinados deberes de lealtad resulte irrelevante cuando, constatado el daño, este encuentre su origen en una conducta del administrador que no haya sido respetuosa con esos deberes. En efecto, el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital enuncia el denominado principio de la "*Business Judgment Rule*" al establecer que "*En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado*". Aunque positivizado en nuestra legislación con posterioridad al conflicto que nos ocupa (se introdujo por Ley 31/2014, de 3 de diciembre en el Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital), este principio gozaba ya en el pasado de cierta raigambre jurisprudencial. Así, la S.T.S. de 17 de enero de 2012 nos decía, con referencia a un conflicto obviamente anterior a la Ley 31/2014 y con cita de otras sentencias precedentes como la de 12 de julio de 1983 o la de 29 de marzo de 2007, que "*Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983, aquel "escapa por entero al control de la Jurisdicción"*". También otras sentencias más antiguas, como las de 18 de marzo de 1981 y 17 de abril de



1997, habían tratado ya de destacar la conveniencia de evitar la conversión del juez en órgano fiscalizador del desacierto económico.

Concurriendo, pues, los cuatro elementos que enuncia el Art. 226 L.S.C. (buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y procedimiento adecuado), el examen judicial concerniente al deber de diligencia debería detenerse ahí pese a que pueda constatarse la producción de un daño para la sociedad a consecuencia de la gestión del administrador. Por lo tanto, si, cual afirma la parte demandante, los demandados llevaron a cabo las transacciones litigiosas en favor de dos sociedades de su exclusiva titularidad sin conocimiento ni dispensa de ZOSMA y mediando interés personal en tales operaciones, no concurriría el menor obstáculo para acometer la fiscalización judicial de las mismas. Ello, naturalmente, sin que esa posibilidad de fiscalización entrañe por sí misma una dispensa de la prueba del daño y de su vínculo causal con la conducta censurada.

CUARTO.- Infracción del deber de lealtad (II).- Desarrollo.-

El planteamiento de los demandados en relación con las imputaciones referidas al incumplimiento de esos deberes de lealtad ha consistido en asegurar que tanto la existencia de las sociedades CLEVIA e IMAGINEA por ellos constituidas como las operaciones inmobiliarias objeto del presente litigio eran conocidas por todos los socios de ZOSMA, además de consentidas, con la sola particularidad, también universalmente asumida en el seno de la sociedad, de que no se acostumbraba a documentar la notificación de las situaciones de conflicto ni las dispensas otorgadas a los administradores para que pudieran participar en ellas. Todo ello en el ánimo de hacer aplicable al caso la doctrina jurisprudencial contenida en la S.T.S. de 16 de febrero de 2000 en la que se razonó lo siguiente: *"La conducta de los administradores demandados no hay duda de que es contraria a los arts. 127 y 133.1 L.S.A., pero las sentencias de instancia resaltan la peculiaridad que la sociedad demandada junto con ellos había vivido jurídicamente de espaldas a aquellas normas con consentimiento, anuencia y beneplácito de todos los socios por ser una sociedad anónima familiar. Una vez que se producen disensiones personales entre los socios y familiares es cuando se originan también los litigios, unos por la vía penal y otros por la vía civil, que en el fondo tienen como causa en pretender encauzar retroactivamente, desde la fundación de la sociedad, la vida misma, como si no hubiese ocurrido nada hasta la promoción de los pleitos"*.

Pues bien, en nuestra opinión la referida doctrina no sirve para solventar los problemas suscitados en el presente litigio, y ello en razón a la naturaleza específica del propio planteamiento defensivo articulado por los demandados. En efecto, estos nunca han planteado que en el seno de ZOSMA estuviera generalmente tolerada la infracción de los deberes de lealtad a los que se refieren los preceptos anteriormente transcritos (de hecho, una tolerancia de esa naturaleza sería difícilmente asumible al tratarse de normas de "ius cogens" de acuerdo con el Art. 230-1 L.S.C.). Precisamente, lo que los demandantes afirman es justamente lo contrario: que tales deberes eran objeto de riguroso cumplimiento dado que se ponía en conocimiento de todos los socios las situaciones de conflicto en las que pudieran encontrarse los administradores y se obtenía de la totalidad de los socios la dispensa correspondiente. En suma, su planteamiento defensivo se basó en que el régimen de tolerancia de los socios lo era solamente en relación con el cumplimiento de los deberes formales de documentación de tales hechos pero, se insiste, no en relación con el cumplimiento de los deberes de lealtad en su aspecto sustancial o material cuya documentación se omitía.

Correlativamente, el reproche de la demandante nunca se fundamentó en el hecho de que las situaciones de conflicto no se reflejasen en la Memoria o que no se transcribiera en las actas la obtención de la dispensa correspondiente. Lo que se censura a los demandados es el incumplimiento del deber sustancial de comunicar su situación de conflicto en relación con las operaciones objeto de litigio y su intervención en dichas operaciones sin previa obtención de la dispensa correspondiente. La alusión a las referidas carencias documentales la efectúa la demandante a los solos efectos de poner de relieve la inexistencia de prueba del cumplimiento de dichos deberes sustanciales.

Pues bien, del mismo modo que el incumplimiento de las obligaciones formales de documentación no constituye, por sí mismo, prueba de que se incumplieran las obligaciones sustanciales (simplemente desplaza sobre quien así lo afirme la carga de demostrar que se cumplieron), tampoco el hipotético beneplácito universal hacia el incumplimiento de las obligaciones formales constituye prueba de que sí se cumplieron las sustanciales. Así, vgr., si una sociedad mercantil arrastra la inveterada costumbre, asumida por todos los socios, de prescindir de las formalidades legales o estatutarias establecidas para la convocatoria de las juntas, ese hecho servirá para paralizar aquella acción impugnatoria que se funde exclusivamente en la ausencia de dichas formalidades, pero carecerá de la aptitud para enervar la acción impugnatoria de aquél socio que afirme que no fue convocado a esa junta ni siquiera mediante métodos convencionales, pues en tal hipótesis corresponderá a la sociedad acreditar que, aun habiéndose prescindido de las formalidades exigibles, se cumplió el requisito sustancial consistente en que la noticia de la celebración de la junta y de su orden del día llegó efectivamente a ser conocida por ese socio con la antelación necesaria. O dicho de otro modo: la prueba



del beneplácito generalizado hacia el incumplimiento de obligaciones formales no se identifica con la prueba de que se cumplieron las obligaciones sustanciales o materiales.

Algo parecido sucede en el supuesto que ahora nos ocupa. De la afirmación de que existía en el seno de ZOSMA tolerancia generalizada de sus socios hacia el incumplimiento de la obligación formal de documentar la comunicación y otorgamiento de dispensas en situaciones de conflicto, los demandados deducen, mediante un salto o giro argumental carente de justificación lógica, que las obligaciones sustanciales de comunicación y obtención de dispensa sí fueron respetadas. O lo que es igual, operan como si prueba de lo primero equivaliese a la prueba de los segundo. Y ello, además, incurriendo en el caso en cierta circularidad dialéctica en razón a la naturaleza específica del incumplimiento que se dice tolerado, pues, consistiendo este, precisamente, en la omisión de una actividad documental, es la carencia de los documentos que deberían haberse elaborado lo que dificulta extraordinariamente la prueba de que se ejecutaron efectivamente las conductas sustanciales (comunicación y obtención de dispensas) que aquellos estarían llamados a reflejar.

Así las cosas, nos encontramos con que, al margen de ese planteamiento general que estimamos sustancialmente erróneo, son pocos y poco concluyentes los medios probatorios que han suministrado los demandados para acreditar que se cumplieron esas obligaciones sustanciales en relación con las operaciones inmobiliarias en las que se funda la acción de responsabilidad.

En nuestra opinión, el debate a este respecto ha sido focalizado excesivamente y de manera hasta cierto punto superflua sobre el conocimiento que de todos esos hechos pudieran haber adquirido Doña Concepción y Doña Felisa en razón a su condición de integrantes del consejo de administración en la época en que las operaciones se llevaron a cabo. Téngase en cuenta que las acciones entabladas en el presente litigio han sido emprendidas por la sociedad ZOSMA y no por dichas señoras por más que sean ellas quienes en la actualidad ostentan el cargo de administradoras solidarias de la entidad. Y es que, si tenemos en que el planteamiento defensivo fundamental de los demandados solamente podría resultar operativo si el conocimiento de las situaciones de conflicto y el otorgamiento de dispensas por parte de los socios hubiera sido de carácter universal, bastaría con que un solo socio no hubiera adquirido conocimiento ni hubiera otorgado dispensa alguna para que dicho argumento decayera. Y este es el aspecto fundamental de la cuestión porque, con independencia de las referidas señoras, existen dos simples socios, Don Jesús Luis y Doña Enriqueta, padres de los demandados (suegros en el caso de Don Cayetano), que titulan nada menos que el 28 % del capital de la sociedad ZOSMA (la misma proporción tenían en las sociedades fusionadas ZOSMA y ZOHIMA) y que no consta en modo alguno que hayan prestado su consentimiento a la dispensa. Los argumentos que ha presentado la parte demandada en relación con estos dos socios son a nuestro juicio muy poco consistentes. Se trata de los siguientes:

1.- Se nos habla de una sentencia del Juzgado de lo Social número 13 de Madrid, ratificada por otra del Tribunal Superior de Justicia, en la que se declara probado que tanto la existencia de CLEVIA e IMAGINEA como la realización de determinadas operaciones (solo algunas de las que constituyen objeto del presente litigio) era conocidas tanto por los órganos sociales de ZOSMA como por los socios, mencionándose específicamente a Doña Concepción y Doña Felisa.

Después de enunciar la idea de que *"...la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)..."*, nos dice la STC 192/2009 de 28 de septiembre lo siguiente: *esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio...*(por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)" (énfasis añadido). En igual sentido se pronuncia, entre otras, la S.T.S. de 7 de noviembre de 2013.

Pues bien las sentencias de la jurisdicción social invocadas por los apelados no se detienen a valorar - probablemente por no existir- las pruebas relativas a un específico hecho que en el presente litigio sí ha sido objeto de especial controversia, a saber: si Don Jesús Luis y Doña Enriqueta fueron conscientes de las operaciones litigiosas con anterioridad a que estas fueran llevadas a cabo y si prestaron a no su consentimiento o dispensa a que las mismas fueran ejecutadas por parte de los administradores ahora demandados que se encontraban respecto a ellas en evidente situación de conflicto. No es lo mismo afirmar, "in genere", que los socios de una sociedad, sin personalización alguna, son conscientes de un determinado estado de cosas, que afirmar que, en particular, el estado de conciencia de dos concretos socios, Don Jesús Luis y Doña Enriqueta, era precisamente ese. No vemos que exista la menor contradicción entre afirmar lo primero y negar lo segundo. Téngase en cuenta que en el presente litigio el estado de conciencia particular de esas dos personas ha sido uno de los principales puntos de controversia en relación con la cuestión relativa al



incumplimiento de los deberes de lealtad, y que se ha desarrollado, bien que con magros resultados, actividad probatoria en torno a dicha cuestión. En cambio, no consta que en el proceso seguido ante la jurisdicción social el conocimiento y consentimiento de Don Jesús Luis y Doña Enriqueta haya constituido específico objeto de controversia ni que se haya desarrollado actividad probatoria particular en torno a tal cuestión. Por lo tanto, si este tribunal alcanza la conclusión de que esos dos señores en concreto no conocieron ni consintieron las operaciones, esa conclusión no resulta contradictoria ni incompatible con una afirmación general y manifiestamente inespecífica que se funda básicamente, como indica el Fundamento de Derecho 1º de la sentencia del Juzgado de lo social número 13, en el carácter familiar se la sociedad.

Además, debe tenerse en cuenta que en nuestro litigio lo relevante sería conocer en qué momento, en su caso, adquirieron Don Jesús Luis y Doña Enriqueta el conocimiento que los demandados les atribuyen. Repárese en que la más antigua de las operaciones litigiosas data del 19 de abril de 2005 (CAIXA) y la más moderna del 6 de octubre de 2008 (OPENCOR), por lo que, si tenemos en cuenta que la sentencia del Juzgado de lo Social, fechada el 4 de enero de 2017, no localiza en el tiempo el conocimiento que atribuye a los socios, bastaría con que Don Jesús Luis y Doña Enriqueta hubieran adquirido ese conocimiento con posterioridad al 6 de octubre de 2008 para que su estado de conciencia deviniera incapaz de enervar el reproche de deslealtad que se formula en la presente demanda, toda vez que la noticia de las operaciones la habrían adquirido después de su consumación. Y es destacable a este respecto que el único dato cronológico que se invoca en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del Juzgado de lo Social es el relativo a la presentación de las cuentas anuales del ejercicio 2014, es decir, una época en la que ya habían transcurrido más de seis años desde la realización de la última de las operaciones controvertidas (OPENCOR).

En definitiva: 1) La afirmación genérica de que hubo conciencia "de los socios" o "de los órganos sociales" no es incompatible con la afirmación específica de que dos concretos socios, Don Jesús Luis y Doña Enriqueta, no adquirieron esa conciencia. 2) En el caso de que se pudiera atribuir dicho conocimiento a Don Jesús Luis y Doña Enriqueta, la sentencia del orden social solo nos permitiría afirmar que esa conciencia surgió a partir de la entrega de las cuentas del ejercicio 2014, pero desconoceríamos si existía o no con anterioridad al 6 de octubre de 2008 en que se llevó a cabo la última de las operaciones conflictuales en las que se basa la demanda.

2.- Se dice, con relación específica a las operaciones CAIXA y GALP ejecutadas en el año 2005, que Doña Enriqueta era en esa época administradora y Don Jesús Luis apoderado. No creemos, sin embargo, que este hecho sirva para acreditar el conocimiento de tales operaciones cuando, como se indicó anteriormente, ha quedado plenamente establecido en el proceso, con el carácter de pronunciamiento firme, que quien ejercía entonces las funciones de administrador único, con el carácter de administrador de hecho, era Don Cayetano. La circunstancia de que Doña Enriqueta pueda haber incurrido en responsabilidad por dejación de funciones no nos permite afirmar también que, por el solo hecho de que esa dejación se encuentre contrastada, pueda considerarse también probado su conocimiento respecto de aquellas materias respecto de las cuales habría incurrido, precisamente, en tal dejación.

3.- Se argumenta también que Don Jesús Luis y Doña Enriqueta apoyaron con su voto a lo largo de esos años las cuentas que se sometían a la aprobación de la junta general. No entendemos, sin embargo, por qué motivo este hecho sería capaz de evidenciar su conocimiento de la existencia de CLEVIA e IMAGENIA ni de la realización de las operaciones litigiosas. Que las cuentas anuales se confeccionen mediante un volcado de los datos obrantes en los libros de contabilidad de la sociedad no supone nada a este respecto porque, por más que tales operaciones fueran asentadas oportunamente en dichos libros, el referido volcado en las cuentas anuales lo es por datos agregados, datos incapaces de suministrar noción acerca de las operaciones individuales que aglutinan. Solo la constancia en la Memoria de dichas operaciones hubiera permitido afirmar la existencia de tal conocimiento, pero, como hemos visto, no ha resultado controvertido en el presente proceso el hecho de que las situaciones de conflicto nunca tuvieron el menor reflejo en dicho documento, de igual modo no que figuran en las actas del consejo de administración las hipotéticas comunicaciones de las situaciones de conflicto ni en las actas de las juntas generales las no menos virtuales dispensas que dicho órgano societario debiera haber otorgado. No es por ello extraño que Art. 238-4 de la Ley de Sociedades de Capital establezca que *"La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada"*.

4.- Se nos dice que en la junta general de 30 de junio de 2014 se preguntó por CLEVIA e IMAGENIA y por las operaciones litigiosas. Ahora bien, este hecho permite considerar acreditado que en esa fecha se tenía ya por dichos señores cierto conocimiento de tales situaciones conflictuales: nada nos dice, en cambio, de su estado de conciencia en la época anterior a la consumación de tales operaciones (se insiste en que la última de ellas -OPENCOR- es de fecha 6 de octubre de 2008). El hecho de que Don Jesús Luis no votase en dicha junta a favor del ejercicio de acción social de responsabilidad contra sus hijos y yerno carece de significación unívoca



porque no denota necesariamente la expresión de un beneplácito hacia la ejecución de tales operaciones. Se trata, más bien, de una conducta polisémica que admite una multiplicidad de explicaciones (singularmente, el deseo de no contribuir a enturbiar las relaciones entre sus hijos o de no ocasionar perjuicio a una parte de estos).

5.- Se argumentó que Don Jesús Luis y Doña Enriqueta tenían que tener forzosamente conocimiento de la existencia de CLEVIA e IMAGENIA porque estas tenían el mismo domicilio social que ZOSMA. Sin embargo, ni consta -nada se ha aducido al respecto- que mediante placa, rótulo o distintivo similar, se hubiera hecho patente esta circunstancia a la entrada de la sede social, ni tampoco se ha demostrado -a decir verdad, tampoco se ha alegado- que de la correspondencia dirigida a esas dos sociedades se hicieran partícipes a Don Jesús Luis y Doña Enriqueta, simples socios de ZOSMA. Tampoco consta que, con ocasión de la aprobación de cuentas anuales, giraran dichos señores visita con el fin de ejercitar su derecho de examen de los soportes contables, entre los que pudieran encontrarse los contratos de compraventa celebrados suscritos entre ZOSMA y CLEVIA o IMAGENIA.

6.- Finalmente, nos dicen los apelados (pag. 16 del escrito de oposición) que *"...no aparece ni consta por ningún sitio que los padres de mis mandantes hayan manifestado desconocer en momento alguno la existencia de CLEVIA e IMAGENIA o las operaciones objeto del procedimiento, ni su alcance ni sus consecuencias..."*. Pero consideramos que el planteamiento correcto es justamente el inverso porque lo que tampoco consta es que en algún momento hayan manifestado conocer tales extremos. De hecho, el referido enunciado de los apelados incurre en la falacia conocida como petición de principio porque, en el caso de que los referidos socios desconocieran realmente esos datos, lo lógico sería pensar que nunca habrían podido proclamar en algún momento que desconocían aquello que, precisamente, desconocían. O dicho de otro modo: la apreciación de los apelados solamente podrían tener sentido si se parte del presupuesto de que Don Jesús Luis y Doña Enriqueta tenían tal conocimiento, pero es precisamente ese estado de conciencia lo que los demandados deberían haber demostrado.

Así pues, no podemos considerar acreditado que los demandados cumplieran los deberes de comunicación de las situaciones de conflicto a las que se refiere el presente litigio ni que recabaran del órgano societario correspondiente la oportuna dispensa para intervenir en las operaciones correlativas. Lo cual determina, al menos, dos cosas: 1.- el éxito de la acción declarativa contenida en el apartado 1 de la súplica de la demanda, y 2.- que en el examen del daño que es propio de la acción social de responsabilidad el tribunal no se encuentre mediatizado por el principio de discrecionalidad empresarial que emana del Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el análisis del elemento dañoso se enfrentan el informe pericial emitido a petición de la actora por la firma GRANT THORNTON (en adelante, informe GT) y el elaborado a instancia de la parte demandada por la firma DELOITTE (en adelante, informe DELOITTE). El segundo de ellos acomete un análisis crítico del informe GT pero siguiendo el guion propuesto por este, el cual contempla dos escenarios distintos (a los que denomina Escenario 1 y Escenario 2) para cada una de las operaciones inmobiliarias objeto de litigio, distinguiendo en todos los casos cuatro conceptos indemnizatorios: perjuicio anterior, perjuicio inicial, consecuencias financieras del perjuicio y actualización por demora. Seguiremos, pues, en los ordinales que subsiguen este mismo esquema.

QUINTO.- El daño (I).- Perjuicio anterior.-

En el informe GT esta parte de la valoración del daño se funda en el hecho de que las sociedades tituladas y/o administradas por los demandados CLEVIA e IMAGINEA estuvieron percibiendo rentas de los arrendatarios de los inmuebles que adquirieron de ZOSMA con anterioridad a su adquisición, tratándose, por lo tanto, de rentas que debió percibir la propia ZOSMA porque durante tales periodos ella seguía siendo propietaria de los referidos bienes.

En el informe DELOITTE se argumenta ello no es exactamente así porque, aun cuando es cierto que el inicio de la percepción de rentas por parte de CLEVIA e IMAGENIA fue anterior al otorgamiento de las escrituras públicas de compraventa de los inmuebles, lo cierto es que dichas sociedades los habían adquirido con anterioridad mediante documento privado. Los peritos dicen haber podido examinar dichos documentos privados en relación con algunas de las operaciones y no en relación con otras. No parecen reparar, sin embargo, dichos expertos en el contenido del Art. 1227 del Código Civil a cuyo tenor *"La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio"*. Pues bien, no admitidos esos contratos privados por la demandante ZOSMA, no podemos obviar que se trata de contratos suscritos, en representación de vendedora y compradora, por los propios demandados y, como hemos visto, sin conocimiento de la vendedora. Y de ahí que, no concurriendo



ninguno de los hechos adverbantes a los que alude el Art. 1227, tan verosímil resulta que esos contratos privados hayan sido suscritos en la fecha que en ellos consta como que lo hubieran sido en la víspera misma de la presentación del escrito de contestación a la demanda.

Considerando, pues, justificada la pretensión de la actora de obtener la devolución de esas rentas previas, entendemos que también encuentra apoyatura el planteamiento del informe DELOITTE con arreglo al cual el importe de las mismas debiera experimentar las siguientes deducciones:

1.- En primer lugar el importe de la renta correspondiente al día mismo en que se otorga la escritura pública de venta, pues en tal fecha ya se encontraban las compradoras en disposición de percibir los frutos de los inmuebles que habían adquirido.

2.- En segundo lugar, el 4,3 % del importe de las rentas percibidas con anterioridad a las escrituras públicas por ser el porcentaje de aquellos gastos que, de acuerdo con el estudio de la contabilidad de CLEVIA e IMAGINEA acometido por DELOITTE, se encuentra asociado a la obtención de dichas rentas. Se trata, por lo demás, de una magnitud respecto de la cual solamente contamos con un informe pericial (el de DELOITTE) toda vez que el informe GT, consecuente con su decisión de no contemplar esta justificada deducción, no nos ofreció un cálculo alternativo.

3.- En tercer lugar -y por idéntico motivo- se ha de deducir el efecto fiscal del Impuesto de Sociedades sobre los ingresos por arrendamientos netos de gastos, efecto fiscal del que, precisamente por no recibir las rentas y al igual que sucede con los gastos de mantenimiento y demás asociados a su obtención, se vio ZOSMA liberada al ser asumido por CLEVIA e IMAGENIA. La actora se opone a esta deducción por entender que, caso de que se le otorgue la indemnización, esta se encontrará ya gravada fiscalmente. Ahora bien, no correspondiendo a este tribunal valorar si un concepto como el que examinamos es propiamente una indemnización o más bien una restitución de lo indebidamente cobrado ni si existiría o no por ello tal obligación tributaria (tampoco conoceríamos, en caso afirmativo, si el tratamiento impositivo de una indemnización es o no igual que al que corresponde al Impuesto de Sociedades), no podemos entrar en el examen de tales consideraciones, las cuales deberán ser dirimidas por los interesados ante la autoridad tributaria. Y ello por muy enojosas que puedan resultar las gestiones tendentes a evitar el indeseable efecto de la doble tributación.

SEXTO.- El daño (II).- Perjuicio inicial.-

Es al abordar este concepto cuando tiene verdadera relevancia si lo procedente es atenerse a los cálculos desarrollados bajo el epígrafe llamado Escenario 1 o bajo los contemplados en el Escenario 2.

El Escenario 1, que en la demanda se postula como preferible, se funda en el denominado método de actualización de rentas regulado en los Arts. 24 y ss. de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles (en adelante, Orden ECO). El Escenario 2 se basa en la comparación entre el precio pagado por los inmueble y el valor de estos, bien resulte tal valor de una tasación cercana o del precio obtenido por las compradoras CLEVIA e IMAGENIA de la posterior enajenación del inmueble a terceros.

Tal y como ha puesto de relieve el Informe DELOITTE, el Escenario 1 no ha tenido en cuenta los gastos asociados a los ingresos ni el impacto fiscal a pesar de que, como señala el Art. 28-4 de la referida Orden ECO, *"En el cálculo de los pagos se incluirá cualquier tipo de gasto necesario actual o previsible, incluso recuperable, que deba soportar la propiedad, ya sea imputable directamente al inmueble (mantenimiento, conservación administración, impuestos, tasas, etc.), ya sea consecuencia de su destino o necesario para su alquiler (administración de los alquileres, comercialización, etcétera)"*. Este no sería un inconveniente insalvable dado que podría ser objeto de una corrección similar a la que hemos indicado para el denominado "perjuicio anterior". Sin embargo, además de ello, el informe GT utiliza una tasa de actualización del 8 % de manera invariable y generalizada para todas las operaciones inmobiliarias que examina, y ello por aplicar la tasa sugerida por un informe de la entidad TINSA referido a una operación determinada. Entendemos, tal y como ha puesto también de relieve el informe DELOITTE, que de ese modo no se respeta el Art. 32-1 de la Orden ECO con arreglo al cual para determinar el tipo de actualización *"Se adoptará un tipo de interés nominal adecuado al riesgo del proyecto de inversión y que atienda, en particular, a su volumen y grado de liquidez, a la tipología (industrial, comercial, etc.) del inmueble, a sus características y ubicación física, al tipo de contrato de arrendamiento (existente o previsto) y al riesgo previsible en la obtención de rentas"*. Ello exige, como es natural, un estudio individualizado que evalúe las referidas características en relación con cada una de las operaciones examinadas, y lo cierto es que el informe GT no nos proporciona ese examen individualizado a consecuencia de la decisión de los expertos que lo elaboraron de generalizar a todas ellas el criterio mantenido por una determinadas sociedad de tasación en relación con una operación en particular, sin que este tribunal se encuentre en condiciones de suplir dicha carencia y sin que sea tampoco posible suplirla en fase de ejecución de sentencia por desbordar esa clase de estudio particularizado el ámbito de lo que pudiera constituir una mera operación aritmética (Art. 219 L.E.C.). En tal sentido, no nos parece que el informe DELOITTE esté ofreciendo



una alternativa consistente en una tasa del 10 %. Lo que hace dicha entidad es manejar esa tasa virtual a título meramente ejemplificativo para examinar los resultados que ofrece y poner así de manifiesto el alto grado de sensibilidad a ese índice que experimenta la valoración. De no ser así, estaría incurriendo DELOITTE en el mismo defecto de generalizar un índice sin haber acometido el estudio individualizado que exige el Art. 32-1 de la Orden ECO.

Todo ello hace que se nos antoje insegura la opción representada por ese denominado Escenario 1. Además, siendo la utilización simultánea de varios métodos de valoración un expediente llamado a verificar el acercamiento o aproximación entre los resultados el que unos y otros puedan arrojar, resulta ciertamente chocante que los métodos empleados por el informe GT ofrezcan resultados entre los que media una distancia abismal (más del doble el primero sobre el segundo: 13.388.468,71 € el Escenario 1 y 6.256.332,43 € el Escenario 2). En dicho trance, consideramos que es susceptible de ofrecer mayores garantías el método comparativo del Escenario 2 que, aunque dotado de mayor simplicidad, se ajusta en mayor medida que el Escenario 1 a parámetros susceptibles de captación empírica. Ambas razones justifican que nos decantemos por la metodología del referido Escenario 2.

Así pues, examinaremos a continuación las diferentes operaciones únicamente bajo el prisma del denominado Escenario 2. Son las siguientes:

1.- Operación La Caixa.-

Se trata del local comercial de 127 m² sito en la calle Móstoles nº 78 de Fuenlabrada (finca registral 36.933 del Registro de la Propiedad nº 2 de Fuenlabrada) que fue vendido a IMAGINEA mediante escritura pública de 19 de abril de 2005 por un precio de 152.976 € cuando existe una tasación coetánea a la venta elaborada por la firma SOCIEDAD DE TASACIÓN S.A. que lo valora en 432.107 €, con lo que ZOSMA habría sufrido un perjuicio inicial de 279.131 €.

El informe DELOITTE pone de relieve que la tasación que otorga a la fina un valor de 432.107 € es errónea porque existen dos operaciones comparables efectuadas con terceros en esa misma anualidad de 2005 y sobre locales sitios también en la Calle Móstoles 78 de Fuenlabrada que así vendrían a corroborarlo: la venta del local número 8 de 190 m² que tuvo lugar el 13 de mayo de 2005 a razón de 1.202 €/m², y el local número 9 de 163 m² vendido el 7 de julio de 2005 a razón de 1.290,52 €/m², siendo así que el precio de la operación litigiosa La Caixa se cerró en 1.204 €/m², es decir, un precio aproximado al de esas dos operaciones. Ahora bien, el carácter comparable de esos dos inmuebles dista de encontrarse acreditado al no disponerse de un estudio comparativo en relación con el inmueble que es objeto de este litigio y, en todo caso, dos transacciones constituye un número que juzgamos insuficiente cuando para la utilización del método de comparación el Art. 21 de la Orden ECO exige "*Disponer de información suficiente sobre al menos seis transacciones u ofertas de comparables que reflejen adecuadamente la situación actual de dicho mercado*" (énfasis añadido). En todo caso, la parte actora demostró, mediante la aportación de diversas escrituras públicas, que a lo largo de ese mismo año 2005 se efectuaron en número superior otras transacciones, también sobre locales comerciales sitios en el número 78 de la Calle Móstoles, que arrojaron precios mucho más cercanos al de 432.107 € en que fue valorada por SOCIEDAD DE TASACIÓN S.A. la finca ahora litigiosa:

-El 8 de julio de 2005 se vendió a DAVIMAR S.L. un local comercial de 190 m² a razón de 2.430 €/m² (folios 2380 y ss.).

- El 24 de mayo de 2005 se vendieron a INMOBILIARIA LUALCA S.L. dos locales comerciales de 202 m² cada uno a razón de 2.157 €/ms (folios 2411 y ss.).

-El 19 de abril de 2005 se vendió a Don Jeronimo y otros un local comercial de 103 m² a razón de 2.150 €/m² (folios 2427 y ss.).

-El 17 de mayo de 2005 se vendió a Doña Amalia y otro un local comercial de 209 m² a razón de 2.343,42 €/m² (folios 2436 y ss.).

Consideramos, pues, más fiable el resultado de la tasación realizada por SOCIEDAD DE TASACIÓN S.A. que el criterio de comparación que propone el informe DELOITTE, lo que nos lleva a considerar acreditado, en relación con esta operación La Caixa, un perjuicio inicial de 279.131 €.

2.- Operación Galp.-

Se trata de las fincas registrales 23.392 y 23.393 que fueron vendidas a IMAGINEA mediante escritura pública de 13 de junio de 2005 por un precio de 775.000 € cuando existía una tasación muy reciente elaborada por la firma TINSA el 29 de abril que valoraba esas mismas fincas en 1.096.314,73 €, con lo que ZOSMA habría sufrido un perjuicio inicial de 321.314,73 €.



En este caso, en ausencia de operaciones eventualmente comparables, las objeciones puestas por el informe DELOITTE se nos antojan ciertamente poco consistentes. Dicho informe se limitó a manifestar al respecto lo siguiente:

"...hay que tener en cuenta que la tasación de TINSA tiene una serie de limitaciones especificadas en su propio informe ("TINSA no se hace responsable de los posibles vicios ocultos de la edificación. Del valor de tasación, en su caso, habría que deducir cuantas cargas hipotecarias pudieran recaer sobre el inmueble"). De aclararse dichas limitaciones el importe de la tasación podría verse alterado".

Evidentemente, se trata de fórmulas genéricas de salvaguarda que carecen del menor interés cuando nadie ha invocado en el proceso la aparición de la clase de riesgos o cargas de las que previenen, y cuando ni siquiera se ha suscitado contienda en el litigio en cuando al riesgo de que sobrevengan. Todo lo cual nos lleva a considerar acreditado, en relación con esta operación GALP, un perjuicio inicial de 321.314,73 €.

3.- Operación Supercor.-

En este caso se trata de una parcela urbanísticamente calificada como comercial (finca 35.851 del Registro de la Propiedad nº 2 de Fuenlabrada) que fue vendida el 8 de junio de 2007 a CLEVIA por 1.410.000 €. Dicha finca había obtenido tasaciones recientes en enero y en marzo de ese mismo año a cargo de las sociedades de tasación TASAMADRID y TINSA que arrojaron unos valores de 1.409.585,65 € y 1.250.005 €, respectivamente.

Como se ve, el precio de venta no fue distante, en este caso, de los valores en los que la finca fue tasada. Por ello, el perjuicio inicial que se reclama deriva del hecho de que un año y cuatro meses después, el 3 de octubre de 2008, CLEVIA vendía a SUPERCOR S.A. dicha parcela por un precio de 3.333.000 € privando así a ZOSMA de una oportunidad de negocio que, atendiendo a la diferencia entre los precios de venta y de reventa, ascendería a 1.923.000 €.

La distancia temporal de un año y cuatro meses entre venta y reventa no nos permitiría, en principio, afirmar con total seguridad que en el momento de la venta los demandados fueran conscientes del precio que, transcurrido ese tiempo, podría obtenerse en la reventa. Ahora bien, sosteniendo la demandante que sí eran conscientes de ello, no funda tal apreciación en el hecho de que aquella distancia temporal sea escasa o asumible sino, más bien, en el hecho de que, una vez fueron cesados los demandados en sus cargos, se encontraron en las dependencias de ZOSMA diversos borradores de contratos de superficie (Documentos 88 y ss. de la demanda, folios 1308 y ss.) fechados uno de ellos en enero de 2006 y otros dos en marzo de 2007 en los que, o bien la propia ZOSMA o bien CLEVIA (en el último de los borradores), aparecían transmitiendo virtualmente a SUPERCOR S.A. un derecho de superficie sobre la parcela que comentamos, el cual que generaría un canon anual de 200.000 € a lo largo de 20 años o 50 años (según los borradores). Ello evidenciaría que con anterioridad a la venta de la parcela a SUPERCOR S.A. el 8 de junio de 2007 por precio de 3.333.000 €, los demandados se encontraban en negociaciones que hacían verosímil la posibilidad de obtener del inmueble un provecho económico que, atendiendo a valores de rentabilidad media en sede de productos de inversión alternativos, se acercaría significativamente a la magnitud que finalmente, una vez descartada entre los contratantes la fórmula del derecho de superficie, se fijó como precio de reventa (la ya referida cantidad de 3.333.000 €).

Tratándose de una explicación que consideramos en principio plausible, de lo que se trataría es de determinar si esos borradores son o no documentos auténticos, o lo que es igual, si permiten o no tener por acreditado el hecho de que ya en 2006 y en 2007, con carácter previo a la venta de la parcela a CLEVIA, los demandados se encontraban en negociaciones con SUPERCOR S.A. para la constitución de un derecho de superficie capaz de reportar un canon anual de 200.000 € con una duración como la anteriormente expresada (20 o 50 años).

A este respecto, fue convocado en calidad de testigo Don Pedro Enrique, que es la persona que en dichos borradores figura como representante de SUPERCOR S.A. Dicho testigo refirió que, en tanto que abogado de la entidad, él no intervenía en la negociación de las adquisiciones inmobiliarias sino que estas eran gestionadas por los apoderados y que su papel se reducía a comparecer ante el notario para firmar las escrituras una vez que otros órganos de la empresa habían adoptado la decisión de comprar. Por tal motivo, dijo no conocer o no recordar los borradores que se le exhibieron, dado que él, como en todos los casos, no había tenido participación alguna en las negociaciones habidas.

Ahora bien, lo cierto es que no consideramos que fuera necesaria la adveración de dicho testigo para poder considerar acreditada la realidad de tales negociaciones desde el momento en que son los propios demandados quienes no han negado dicha realidad, o, cuando menos, no lo han hecho con el grado de rotundidad exigido por el Art. 405 L.E.C. En efecto, establece dicho precepto legal que *"En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales"*. Pues



bien, al enfrentar el hecho correlativo de la demanda en el que se aludía a la existencia de tales borradores, lo que los demandados dijeron en su contestación a aquella fue lo siguiente: "A este respecto significamos que la adversa sólo aporta borradores sin firmar, y que incluso de su texto, aun **suponiendo que fuera auténtico**, se desprenden numerosas condiciones suspensivas, entre otras la referida a que se terminaran las obras porque el edificio en cuestión no estaba ni tan siquiera construido" (énfasis añadido). Pues bien, los demandados tenían que ser forzosamente conocedores de si esos borradores fueron o no efectivamente confeccionados y de si se negoció o no son SUPERCOR S.A. con base en el contenido que reflejan. A pesar de ello, en su escrito de contestación, como vemos, no afirman que se trate de documentos falsos sino que se limitan a enunciar una duda o conjetura ("...suponiendo que fuera auténtico..."), y ello en un contexto discursivo en el que toda vacilación carece de sentido y de fundamento racional. Se trata, pues, en nuestra opinión, de una respuesta claramente evasiva que autoriza a considerar admitido el hecho de que las negociaciones que tales borradores reflejan tuvieron efectivamente lugar en las fechas que en ellos mismos se indican, anteriores a la celebración de la venta entre ZOSMA y CLEVIA.

A partir, pues, de esta constatación fáctica, compartimos la línea argumental de la parte demandante, anteriormente expuesta, con arreglo a la cual los demandados, actuando de modo consciente y en su propio y exclusivo provecho, privaron a la sociedad que administraban, ZOSMA, de una oportunidad de negocio que era altamente verosímil. Lo cual nos lleva a considerar acreditado, en relación con esta operación SUPERCOR, un perjuicio inicial de 1.923.000 €.

4.- Operación Universidad Rey Juan Carlos.-

Se trata del local comercial núm. 1 de 242 metros cuadrados de superficie, finca nº 37.952 del Registro de la Propiedad número 2 de Fuenlabrada, que fue valorado por TASACIONES MADRID el 6 de junio de 2007 en 576.000 € y que tan sólo 34 días después, el 10 de julio de 2007, fue vendido a IMAGINEA por 227.430 €, con lo que ZOSMA habría sufrido un perjuicio inicial de 348.570 €.

El informe DELOITTE admite que no existen en relación con esta operación transacciones comparables, por lo que nada objeta a la valoración efectuada por TASACIONES MADRID. No obstante, nos indica que esta tasación incluye ciertas limitaciones:

-Por un lado, dice que la tasación está condicionada por el hecho de que solamente pudo inspeccionarse el exterior del local. Ahora bien, perteneciendo dicho local en propiedad a IMAGENIA, resultaba extremadamente sencillo para los hoy demandados, propietarios de dicha entidad, haber accedido al interior del local y haber encargado una tasación complementaria que contemplase las valoraciones precisas del interior del mismo y que eventualmente pudieran ser capaces de rebajar el valor otorgado por TASACIONES MADRID. No habiéndolo hecho así a pesar de tener a su disposición la posibilidad de hacerlo, no cabe tomar en consideración tal alegato en aplicación del principio de disponibilidad probatoria (Art. 217-7 de la L.E.C.). Lo mismo cabe indicar respecto del problema de la comprobación de las superficies.

-Por otra parte, indica el informe que la documentación aportada supera el plazo máximo de tres meses establecido en la Orden ECO, por lo que no es válida para ninguna de las finalidades indicadas en dicha normativa. No vemos, sin embargo, qué clase de trascendencia podría tener dicha apreciación en un supuesto como el presente donde el objeto que se persigue con la utilización de la referida tasación en el presente litigio es adquirir una noción del valor del inmueble a efectos de determinar el perjuicio sufrido por la vendedora. No se aspira, en cambio, a utilizar la tasación para ninguna de las finalidades indicadas en el Art. 2 de la Orden ECO (garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen o vayan a formar parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios emitidos por las entidades, promotores y constructores; cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras; determinación del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias reguladas en el Real Decreto 1309/2005 o de los Fondos de Pensiones regulados en el Real Decreto 304/2004).

Todo lo cual nos lleva a considerar acreditado, en relación con esta operación UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, un perjuicio inicial de 348.570 €. Es de ver, además, que es el propio informe DELOITTE quien nos propone para el Escenario 2 una cifra incluso superior a esa (367.364 €).

5.- Operación nave industrial Fuenlabrada.-

Se trata de la nave sita en la Avenida de la Hispanidad nº 54 (finca 25.198 del Registro de la Propiedad número 2 de Fuenlabrada), que fue vendida a CLEVIA el 27 de noviembre de 2007 por un precio de 808.000 € cuando en la misma fecha había sido tasada por la firma nave sita en KRATA S.A. en 1.009.595 €, con lo que ZOSMA habría sufrido el perjuicio representado por la diferencia, esto es, 201.595,84 €.

El informe DELOITTE disiente de dicho planteamiento por existir en este caso operaciones comparables que lo desautorizan. Siendo la nave litigiosa el número 54 de la Avenida de la Hispanidad, en abril del mismo año



2007 se habrían vendido las naves 56 y 58 situadas en la misma avenida por un precio de 1.357,59 €/m² y 945,29 €/m², respectivamente, siendo así que la litigiosa (número 54) se vendió a razón de 1.186,66 €/m². Ahora bien, al respecto hay que decir:

-Al igual que hemos indicado anteriormente a propósito de la operación La Caixa, dos transacciones constituye un número que juzgamos insuficiente cuando para la utilización del método de comparación el Art. 21 de la Orden ECO exige "*Disponer de información suficiente sobre al menos seis transacciones u ofertas de comparables que reflejen adecuadamente la situación actual de dicho mercado*" (énfasis añadido).

-El informe KRATA S.A. contiene exhaustiva información (páginas 7 y 8) sobre materiales y acabados en plante baja y en planta primera, materiales de la fachada, carpintería exterior e interior e instalaciones específicas con que contaba la nave litigiosa (protección contra incendios, fontanería, sanitarios, detectores volumétricos conectados a centralita de alarmas, cámaras de vigilancia, instalación de evacuación, termo eléctrico etc...). En cambio, el informe DELOITTE no nos informa de cosa alguna acerca de las características correlativas de las naves industriales 56 y 58, por cuyo motivo resulta arriesgado deducir que se trate verdaderamente de operaciones comparables.

-De hecho, si optásemos por calificarlas así, no habría base para dispensar un tratamiento o consideración distinta a las operaciones que en calidad de "operaciones comparables" nos presenta el propio informe KRATA y que, en número superior (nos presenta, como exige la Orden ECO, seis transacciones), pondrían de relieve un precio medio por metro cuadrado de 1.604,59 € (páginas 12 y 13).

Todo lo cual nos lleva a considerar acreditado, en relación con esta operación NAVE INDUSTRIAL FUENLABRADA, un perjuicio inicial de 201.595,84 €.

6.- Operación Opencor.-

Se trata del local comercial sito en la Calle Leganés 58 (finca 22.360 del Registro de la Propiedad nº 4 de Fuenlabrada) que el día 6 de junio de 2006 fue tasado por TINSA en 1.624.802,55 € y que dos años y cuatro meses después, el 6 de octubre de 2008, fue vendido a CLEVIA por 953.000 €, entendiéndose el informe GT que ZOSMA sufrió perjuicio por la diferencia, es decir, por 671.802,55 €.

Pues bien, en este caso participamos el punto de vista expresado en el informe DELOITTE porque un periodo como el que media entre la tasación y la venta (de dos años y cuatro meses) es excesivo. Entendemos que no garantiza en absoluto la vigencia del valor otorgado al tiempo de la tasación, especialmente si se tiene en cuenta que la venta se lleva a cabo en octubre de 2008 cuando, según es público y notorio, se estaban ya haciendo sentir los efectos de la crisis económica provocada por la denominada "burbuja inmobiliaria" con un descenso significativo de valor de los bienes inmuebles. Así parece corroborarlo, además, el hecho de que algo más de un año después CLEVIA no lograra obtener del inmueble, al revenderlo a un tercero, un precio superior a 750.000 € que se encuentra bastante por debajo del que ella pagó (953.000 €).

Entendemos, en consecuencia, que en el presente caso no se ha justificado probatoriamente la producción de daño alguno.

7.- Operación Salón de Juegos.-

Se trata del local comercial número 3 perteneciente al conjunto Residencial "Edificio Arco", ubicado en la calle Tulipanes de Fuenlabrada que fue vendido a CLEVIA el 7 de agosto de 2008 por 420.000 euros.

En este caso, al no existir tasación alguna, es el propio informe GT el que nos indica que no es posible detectar perjuicio bajo los parámetros del Escenario 2. Por otro lado, entendemos que el hecho de que local se encuentre arrendado a un tercero no es circunstancia que determine la aplicabilidad del modelo de actualización de rentas del Escenario 1 como si gravitase sobre el presente litigio la necesidad de encontrar a ultranza algún tipo de quebranto patrimonial: ya hemos especificado al inicio del presente ordinal relativo al "Perjuicio Inicial" las carencias por las que entendemos que el modo como ha sido aplicado dicho método de valoración por parte del informe GT es esencialmente inseguro, así como las razones por las que no resulta posible suplir dichas carencias en fase de ejecución de sentencia.

SÉPTIMO.- El daño (III).- Consecuencias financieras del perjuicio.-

Bajo este epígrafe el informe GT calcula el tipo medio de interés pagado por ZOSMA desde abril y julio de 2005 (en el caso de ZOSAMA y ZOHIMA, respectivamente), y se funda en la consideración de que el numerario que no ingresó en su tesorería debiendo haberlo hecho (el que se ha denominado "perjuicio inicial") hubo de ser suplido acudiendo a la financiación externa, y ello con los costes financieros consiguientes. Es decir, se valora el coste financiero que ZOSMA habría podido ahorrarse si hubiera dispuesto de la liquidez representada por las cantidades que dejó de ingresar.



Los cálculos se efectúan hasta la fecha en la que los demandados quedaron apartados de la administración de la actora y se llevan a cabo, según el informe GT, "...con metodologías comúnmente aceptadas en el ámbito financiero a través de la variable *Kd*, como coste medio ponderado de las deudas de cada una de las sociedades".

El informe DELOITTE considera improcedente este concepto porque las operaciones objeto de litio supusieron un porcentaje sumamente discreto dentro de la cifra de negocios de ZOSMA (entre el 0,53% y el 6,46%), indicando que, dado que ZOSMA tenía una estructura de financiación que implicaba costes financieros para la totalidad de la actividad, las operaciones cuestionadas en el presente litigio supusieron una parte residual de sus ingresos totales.

Ahora bien, aun cuando ello sea efectivamente así, un perjuicio económico no deja de serlo porque su magnitud sea discreta. Precisamente, el hecho de que el coste financiero se mida en términos porcentuales y no absolutos comporta la utilización de una función matemática que permite absorber e integrar el carácter relativo del daño. De hecho, así parece entenderlo el propio informe DELOITTE cuando nos dice que "...el hecho de que se llevaran a cabo las Operaciones Inmobiliarias **fue beneficioso para la situación de tesorería de Zosma**, ya que supuso la obtención de una liquidez muy significativa para el desarrollo de su negocio que, de otra manera, o no hubiera podido obtener, o hubiera obtenido con un coste financiero que no han tenido que soportar con las Operaciones Inmobiliarias" (énfasis añadido). Y es que, si se admite que el dinero pagado por los inmuebles fue provechoso para ZOSMA al proporcionarle una liquidez que en otro caso debería haber sido suplida mediante financiación externa con los costes financieros consiguientes, parece también forzoso concluir que más provechoso aún hubiera sido el ingreso de una cantidad superior a la pagada y que se ajustase al precio de mercado de los inmuebles vendidos por los demandados.

Por lo demás, pese a que el informe DELOITTE pone de relieve la solvencia de ZOSMA, no llega en momento alguno a afirmar que esa solvencia le dispensase ordinariamente de la necesidad de acudir a la financiación externa para el desarrollo de su actividad.

Se ha de considerar, pues, justificado este concepto indemnizatorio.

OCTAVO.- El daño (IV).- Actualización por demora.-

El objeto de este concepto indemnizatorio, aplicable a todos los anteriores, es el de valorar el efecto que el paso del tiempo produce sobre los perjuicios ya determinados.

Dos son las objeciones que el informe DELOITTE plantea con relación al mismo:

1.- Por una parte, nos dice que el cálculo que acomete el informe GT abarca todo el tiempo comprendido hasta su elaboración, siendo así que, según DELOITTE, dicho cálculo debería tener como límite final la fecha de celebración de la junta general del año inmediatamente posterior a cada operación, y ello por entender que a partir de esa fecha ZOSMA era perfectamente conocedora de cada operación y de sus peculiaridades. Ahora bien, este alegato es enteramente tributario de la consideración de que las juntas generales proporcionaban a los socios conocimiento pleno no solo de las operaciones acometidas sino también de su carácter perjudicial para ZOSMA, hipótesis que ya hemos descartado en la parte inicial de la presente resolución a propósito del examen de la infracción de los deberes de lealtad.

2.- Por otra parte, considera el informe DELOITTE que el índice de actualización debería estar constituido por el interés legal del dinero y no por el interés legal de demora que el informe GT ha aplicado y que es ordinariamente un 25 % superior a aquel. Este tribunal comparte, en efecto, dicho planteamiento. Como hemos indicado en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2020, "*El Tribunal Supremo admite la aplicación tanto del IPC como del interés legal como medio de actualización de una deuda de valor por daños originados por una infracción del Derecho de la competencia. Así, en la sentencia de fecha 8 de junio de 2012 se indica que: "La sentencia recurrida condenó a Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria a entregar a cada una de las sociedades demandantes determinada suma de dinero, en concepto de indemnización por el daño que se derivó para ellas de los pactos colusorios. Siguió el Tribunal de apelación, en este extremo, las conclusiones del dictamen pericial repetido, en el que se incrementaron aquellas en la medida correspondiente a los **intereses legales** de cada cantidad, como medio no de sancionar un retraso en el pago, sino de actualizar la medida de la reparación del daño, producido doce años antes, atendiendo al valor del dinero.*"

En definitiva, el pago de los intereses legales no ha sido impuesto a la recurrente por el Tribunal de apelación por el hecho de haber incurrido en mora, sino por haber sido calificada su deuda indemnizatoria como de valor, en el sentido de directamente relacionada con el poder adquisitivo de la moneda". (énfasis añadido).

También la S.T.S. de 3 de abril de 2006, entre otras, nos indica que "*En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de*



restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero **nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica** -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto" (énfasis añadido).

Entendemos, por todo ello, que el interés aplicable como índice de actualización adecuado para una deuda de valor como la que ahora nos ocupa es el representado por el interés legal del dinero y no por el interés de demora.

NOVENO.- Conclusión.-

Entendemos, en consecuencia, que los daños examinados son daños resarcibles e imputables a los demandados, por cuyo motivo debe prosperar parcialmente la acción social de responsabilidad al haber desarrollado aquellos, en su condición de administradores de ZOSMA, los comportamientos generadores correspondientes, y ello sin que pueda operar en su descargo el principio de discrecionalidad empresarial del Art. 226-1 de la Ley de Sociedades de Capital al haberlos ejecutado en interés propio y en detrimento de la sociedad que administraban, todo ello sin respetar sus deberes de lealtad legalmente exigibles.

Por lo tanto, para concluir e integrar convenientemente el fallo de la presente resolución, la determinación del daño se llevará a cabo con base en la metodología del denominado Escenario 2 del informe GT y con las siguientes precisiones:

1.- El perjuicio anterior será el resultante de deducir de las cantidades establecidas en el informe GT los siguientes conceptos: el importe de la renta correspondiente al día mismo en que se otorgaron las escrituras públicas de venta; el 4,3 % del importe de las rentas percibidas con anterioridad a las escrituras y, finalmente, el efecto fiscal del Impuesto de Sociedades sobre los ingresos por arrendamientos netos de gastos.

2.- El perjuicio inicial apreciado es el siguiente: por la operación CAIXA, 279.131 €; por la operación GALP, 321.314,73 €; por la operación SUPERCOR, 1.923.000 €; por la operación UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, 348.570 € y por la operación NAVE INDUSTRIAL FUENLABRADA, 201.595,84 €.

3.- Las consecuencias financieras del perjuicio se valorarán aplicando la metodología del informe GT.

4.- La actualización de la deuda se llevará a cabo aplicando la metodología del informe GT pero aplicando en cada caso como índice de actualización el interés legal del dinero y no el interés de demora.

Tales cálculos se llevarán a cabo en fase de ejecución de sentencia al tratarse de meras operaciones aritméticas que tienen perfecto acomodo dentro del ámbito del Art. 219 de la L.E.C.

DÉCIMO.- Costas.-

Estimándose parcialmente el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C., y lo propio cabe indicar respecto de las causadas en la instancia precedente al conducir la presente resolución a una estimación solamente parcial de la demanda, todo ello de acuerdo con el Art. 394-2 de la misma ley.

Al haber sido absolutoria la sentencia apelada, el interés procesal previsto por el Art. 576-2 L.E.C. habrá de computarse solamente desde la fecha de la presente resolución

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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de ZOSMA S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocamos dicha resolución y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda deducida por ZOSMA S.A. contra Don Borja, Doña Begoña, Don Calixto y Don Cayetano, efectuamos los siguientes pronunciamientos:



- Declaramos que dichos demandados han incumplido sus deberes de lealtad y de diligencia para con las entidades ZOSMA S.A. y ZOHIMA S.A. de las que fueron administradores, ocasionando a las mismas daños económicos.

-Condenamos a dichos demandados a indemnizar a la actora en las sumas que se determinen en ejecución de sentencia de acuerdo con los criterios establecidos en el Fundamento de Derecho Noveno de la presente sentencia con referencia a la metodología del Escenario 2 del informe pericial GRANT THORNTON acompañado a la demanda, sumas que devengarán el interés legal desde la fecha del emplazamiento de aquellos y el interés del Art. 576 de la L.E.C. desde la fecha de la presente resolución.

-Dicha responsabilidad se distribuirá entre los demandados del modo siguiente: en la operación la Caixa, son responsables los demandados Don Cayetano y Doña Begoña ; en la operación GALP, Don Cayetano ; en la operación SUPERCOR, Don Cayetano , Doña Begoña , Don Borja y Don Calixto ; en la operación UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, Don Cayetano , Doña Begoña , Don Borja y Don Calixto ; y en la operación NAVE INDUSTRIAL FUENLABRADA, Don Cayetano , Doña Begoña , Don Borja y Don Calixto .

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.