



Roj: **SAP AB 826/2020 - ECLI:ES:APAB:2020:826**

Id Cendoj: **02003370012020100523**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **02/12/2020**

Nº de Recurso: **880/2019**

Nº de Resolución: **521/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAREO MIGUEL MONSALVE ARGANDOÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

ALBACETE

SECCION PRIMERA

Apelación Civil nº 880/19

Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Albacete

Proc. Ordinario 83/17

APELANTE: AVILA Y SOLER, S.L.

Procurador: Antonio López Luján

APELADO: Federico Y LAS SOCIEDADES MERCANTILES INSOLAN 2014, S.L. Y AVILMANSA, S.L.

Procurador: Martín Tomás Clemente

S E N T E N C I A N U M . 5 2 1 / 2 0

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA

Magistrados

D. JOSE GARCIA BLEDA

D. JOSE RAMÓN SOLIS GARCIA DEL POZO

Dª INMACULADA ABELLÁN TÁRRAGA

En Albacete a dos de diciembre de dos mil veinte.

VISTOS en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de juicio Ordinario nº 83/17, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Albacete y promovidos por ÁVILA Y SOLER, S.L. contra Federico Y LAS SOCIEDADES MERCANTILES INSOLAN 2014, S.L. Y AVILMANSA, S.L.; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 15 de abril de 2019 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso el referido.

Habiéndose celebrado Votación y Fallo el día 19 de noviembre de 2020.

AN TECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y



1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: " **FALLO:DESESTIMO** íntegramente la demanda formulada por AVILA Y SOLER, S.L, representado por la Procurador Sr. Martinez del Fresno contra AVILMANSA, S.L ,INSOLAN 2014, S.L y D. Federico , representados por el Procurador Sr. Tomas Clemente y en consecuencia **ABSUELVO a AVILMANSA S.L, INSOLAN 2014 2014 y D. Federico de los pedimentos efectuados en su contra** , con imposición de las costas a la parte actora. -Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndose saber que la misma no es firme y el modo de impugnación. -MODO DE IMPUGNACIÓN: Cabe interponer Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Albacete con arreglo al artículo 455 LEC. El recurso se interpondrá mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 458 LEC). -Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo."

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, representado por medio del Procurador D. Antonio López Luján, bajo la dirección del Letrado Sr. Martínez Martí, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por la parte demandada, representada por el Procurador Sr. Tomás Clemente, bajo la dirección del Letrado Sr. Uris Riera, se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los mencionados Procuradores en sus respectivas representaciones ya indicadas.

Y habiéndose acordado el recibimiento del juicio a prueba en esta instancia se dió traslado a las partes, con el resultado que obra en las actuaciones.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. CÉSAR MONSALVE ARGANDOÑA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIME RO.- AVILA Y SOLER S.L. interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimó su demanda de impugnación de acuerdos sociales y, acumuladamente, de acción social de responsabilidad por infracción del deber de lealtad del administrador, interpuesta contra AVILMANSA, S.L., INSOLAN 2014 S.L y D. Federico . Solicita la apelante que se revoque dicha sentencia y se dicte otra en su lugar que estime su demanda con imposición a los apelados de las costas del procedimiento.

AVILMANSA, S.L., INSOLAN 2014 S.L y D. Federico se opusieron al recurso interpuesto de contrario solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia con imposición a la apelante de las costas causadas en la alzada.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso combate la excepción de caducidad que estima la sentencia de primera instancia respecto de la acción de impugnación del acuerdo social que AVILA Y SOLER S.L. ejercita en la demanda. En dicha sentencia se indica que el acuerdo que fue adoptado en Junta General extraordinaria de fecha 19 de Diciembre de 2016 no estaría vulnerando normas de orden público sino que podría vulnerar normas relativas al deber de lealtad y de evitar situaciones de conflicto proscritas por la Ley de Sociedades de Capital, lo que podía acarrear una responsabilidad del administrador social, pero que tratándose de la vulneración de estas normas imperativas y no de las de orden público, la acción interpuesta estaría sujeta al plazo de caducidad de un año y no a la imprescriptibilidad, de modo que interpuesta la demanda el día 26 de Enero de 2017 habría caducado. Discrepa la apelante de dicha conclusión afirmando que no estamos ante un acuerdo que sea contrario a las normas imperativas, sino que por su contenido y por sus circunstancias estaríamos ante un acuerdo que vulneraría el orden público y, por tanto, no sujeto a plazo alguno ni de prescripción ni de caducidad, a tenor del artículo 205.1 LSC. Argumenta en este sentido que el concepto de orden público no es un concepto que este predeterminado en la Ley, y que incluso no es un concepto sencillo de precisar, pero esta falta de determinación no debe de llevar a entender que se refiera únicamente a los derechos y libertades fundamentales garantizados constitucionalmente, sino también a derechos de rango legal que conformen los principios básicos o configuradores de las sociedades de capital. Cita en apoyo de su postura la STS 26-09-06, que entiende que un acuerdo que vulnere normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario resultará un acuerdo contrario al orden público y, por tanto, nulo. De esta forma, tomando en consideración que el artículo 230 de la LSC establece que " *El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo*", concluye que por la importancia atribuida legalmente a este régimen del deber de lealtad cabe considerar que se trata de una norma esencial del sistema societario, de suerte que un



acuerdo acordado en una Junta General que vulnere directamente esta norma imperativa sería contrario al orden público y, por tanto, nulo, sin que la acción dirigida a obtener esa nulidad esté sujeta a plazo de caducidad o prescripción.

El motivo debe ser estimado. No porque el acuerdo impugnado sea contrario al orden público sino porque es contrario a la ley. Y porque la acción de nulidad de dicho acuerdo social ejercitada en la demanda no había caducado a la fecha de su interposición. En efecto, el acuerdo se adopta en la Junta General Extraordinaria de AVILMANSA celebrada en fecha 19 de diciembre de 2016, y la demanda se interpone en fecha 26 de enero de 2017. Es decir, poco más de un mes después de adoptado el acuerdo impugnado. Resulta evidente, por tanto, que la acción no había caducado, pues no había transcurrido el plazo de un año a que se refiere el art. 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

TERCERO.- Ello conduce a examinar en esta alzada la acción de nulidad por infracción de Ley que se ejercita en la demanda y que, ya hemos adelantado, debe ser estimada. Comenzaremos señalando que es un hecho pacífico entre las partes y acreditado en las actuaciones que D. Federico, socio y administrador de la mercantil AVILMANSA, es igualmente socio y apoderado de la mercantil INSOLAN 2014 S.L. También lo es que la mercantil AVILMANSA acordó en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 19 de diciembre de 2016 la venta de cuatro de sus activos inmobiliarios a INSOLAN 2014 S.L. por un importe de 565.000 euros. E igualmente resulta incontrovertido y acreditado documentalmente que ese acuerdo de venta se adoptó por una mayoría del 60% de los socios (entre los que se cuenta el voto de D. Federico), frente al 40% que votó en contra, entre estos últimos la mercantil demandante, AVILA Y SOLER S.L.

El art. 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que "*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*". El art. 228, apartado c), dispone que este deber de lealtad obliga al administrador a "*Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto*". Este concepto de conflicto de interés resulta precisado en el art. 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que enumera algunas situaciones en las que concurre, señalando en su apartado a) que lo es la de "*Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia...*"; y en el apartado f) que también lo es "*Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o **potencial**, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*".

Pues bien, la aplicación de tales disposiciones legales al caso que nos ocupa revela que D. Federico, administrador de AVILMANSA S.L., infringió este deber de lealtad al participar en la votación por la que se aprobó la venta por la sociedad de gran parte de sus activos inmobiliarios a la mercantil INSOLAN 2014 S.L., participada por el mismo y de la que era su apoderado general, y ello a pesar de que existía un evidente conflicto de intereses entre una y otra mercantil.

CUARTO.- En este punto deben ser rechazadas las alegaciones de los codemandados sobre inexistencia de ese conflicto de interés alegando que INSOLAN ni había desarrollado ni iba a desarrollar ningún acto de concurrencia o conflicto de interés con AVILMANSA S.L.

Como bien resalta la sentencia de primera instancia, el objeto social de la mercantil INSOLAN 2014 S.L. es, entre otros, *la promoción inmobiliaria; la construcción de edificios residenciales; las actividades de construcción especializada; la compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia o el alquiler de inmuebles*. Y el objeto social de AVILMANSA es, también entre otros, "*las construcciones de toda clase de edificios, como promotor o acogidos a la legislación que regula la Protección oficial del estado, con cuantas operaciones se relacione o precisen tales materias*" y "*las operaciones de venta, permuta y arrendamiento de inmuebles en general que pertenezcan en propiedad a la compañía y conforme a los contratos adecuados en cada caso puedan concertarse*". Resulta entonces evidente que ambos objetos sociales son coincidentes, cuando menos en parte, ya que ambas sociedades tienen como objeto social la promoción de viviendas y la venta de inmuebles. Como igualmente resulta evidente que ambas sociedades tienen conflicto de intereses, desde luego **potencial**, aunque en el momento de adopción del acuerdo no existiera tal conflicto porque INSOLAN no estuviera desarrollando esa actividad concurrente con AVILMANSA.

El art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital nos dice que el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo y que no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. Ello no obstante, permite que la sociedad dispense las prohibiciones a que se refiere el precepto anterior (art. 229) en casos singulares "*autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad*", autorización que debe ser otorgada por la Junta General cuando la transacción alcance el 10% de los activos sociales. No habiendo



sido dispensado el Sr. Federico por la mercantil AVILMANSA S.L. - ni siquiera consta acreditada una solicitud al respecto - para realizar esa venta de activos a INSOLAN 2014, es claro que la existencia de ese conflicto de interés y la infracción del deber de lealtad cometida al respecto por D. Federico impide computar su voto para la adopción del acuerdo impugnado adoptado en la Junta de 19 de Diciembre de 2016, ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 190.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El art. 198 dispone que " *En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social* ". Excluido el voto del Sr. Federico, la Junta no alcanzó la mayoría de votos necesaria para la adopción de ese acuerdo, pues resultaría un empate entre los que votaron a favor y en contra (1.200 participaciones de uno y otro lado). Ello determina que dicho acuerdo es nulo por no alcanzar la mayoría necesaria para su adopción de conformidad con lo dispuesto en el art. 204.3 a) de la Ley de Sociedades de Capital.

QUINTO.- El segundo motivo de recurso combate la desestimación de la acción social de responsabilidad del administrador Sr. Federico ejercitada en la demanda. Asegura la mercantil apelante que a pesar de que la sentencia recurrida reconoce la existencia del conflicto de intereses que concurría en el administrador para votar ese acuerdo no aprecia que dicha conducta antijurídica culposa o negligente haya producido un daño a la sociedad porque no ha quedado acreditado la existencia del mismo. Discrepa AVILA Y SOLER de dicha conclusión y recuerda que a fin de intentar acreditar el daño solicitó una tasación pericial judicial que le fue rechazada por el Juzgado en el acto de la audiencia previa, negando que el razonamiento de la sentencia de primera instancia sea correcto pues no es cierto que el acuerdo de venta fuera el único medio para reducir el pasivo y hacer frente al pago de las deudas hipotecarias ya que a través de dicha prueba pericial se hubiera acreditado que por ser una venta a precio de derribo se eliminó cualquier posibilidad de sacar un precio óptimo por las mismas y así maximizar el pago de las hipotecas.

El motivo debe ser desestimado. Con respecto a la acción social de responsabilidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 2017 señala que " *La jurisprudencia (contenida entre otras en las sentencias 346/2014, de 27 de junio, y 391/2012, de 25 de junio) se ha pronunciado sobre los requisitos para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad, antes regulada en el art. 134 TRLSA y en actualidad en los arts. 236 y ss. LSC, en los siguientes términos: «La responsabilidad prevista en dicha norma - art. 134 TRLSA - precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño* ".

En el caso que nos ocupa, y según resulta de los fundamentos jurídicos precedentes, ha resultado plenamente acreditado la concurrencia de los dos primeros requisitos a que se refiere la citada doctrina jurisprudencial para declarar la existencia de esta responsabilidad, a saber: a) un comportamiento activo desplegado por el administrador Sr. Federico ; b) que el mismo supuso una conducta antijurídica por infringir la Ley en cuanto a través del acuerdo adoptado vulneró su deber de lealtad por existir conflicto de intereses entre la mercantil vendedora, de la que era administrador, y la compradora, de la que era apoderado general. Sin embargo, lo que no ha resultado en modo alguno acreditado es que AVILMANSA sufriera daño patrimonial alguno a consecuencia de dicho acuerdo y de las ventas de activos inmobiliarios de la sociedad efectuadas en cumplimiento del mismo. Este daño, entendido como merma del patrimonio de la sociedad, debe ser probado debidamente por la demandante, siendo obvio que para ello no basta con la mera afirmación de que el daño se produjo y de que las ventas se hicieron a precio " *de derribo* ". No se aportó con la demanda prueba pericial dirigida a acreditar dicho extremo. Y, como ya dijimos en nuestro auto de 13 de noviembre de 2019, la denegación de la prueba pericial judicial pedida en el acto de la audiencia previa resultó plenamente ajustada a derecho por extemporánea. Por lo demás, y como bien se indica en la sentencia recurrida, es un hecho no discutido en las actuaciones que la sociedad AVILMANSA venía sufriendo graves problemas económicos desde 2009 a raíz de la crisis inmobiliaria, resultando a la vista del acta de la Junta General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 2016 que los administradores (entre ellos D. Federico) sometieron a la Junta distintas propuestas para poder hacer frente al pago del préstamo hipotecario suscrito con CAJAMAR - del que respondían personal y solidariamente los socios y sus esposas -, propuestas entre las que se incluían en primer lugar que los socios efectuaran aportaciones al capital necesarias para que la sociedad pueda pagar la totalidad de los préstamos hipotecarios con CAJAMAR, y en segundo lugar que se realizaran por cada socio aportaciones periódicas para que la sociedad pueda pagar las cuotas mensuales del préstamo hipotecario, propuestas a las que votó favorablemente el Sr. Federico, mientras que lo hicieron en contra todos los demás socios. Siendo finalmente la última propuesta, consistente en la venta de cuatro fincas a INSOLAN 2014 por un precio global de 565.000 euros, la única que fue aprobada (con una votación realizada vulnerando la ley, según



hemos visto más arriba) con el voto en contra del demandante AVILA Y SOLER y del socio D. Belarmino . El precio se destinó a la cancelación de las responsabilidades pendientes de pago que gravaban las fincas que se vendían, y la diferencia hasta el total del precio ofrecido a cubrir las cuotas del préstamo pendiente de pago a esa fecha por AVILMANSA a CAJAMAR, liberando con ello de responsabilidad a la sociedad, a los socios y a los demás fiadores solidarios respecto al prestamos hipotecario que grava las cuatro fincas. Frente a esta realidad, la apelante tampoco ha acreditado la existencia a la fecha de adopción del acuerdo (ni tampoco en la actualidad) de esas otras soluciones a que se refiere en su recurso para afrontar el grave problema de solvencia que padecía AVILMANSA para hacer frente al pago de los préstamos hipotecarios que gravaban las fincas y amenazaban el patrimonio de los propios socios en cuanto fiadores de los mismos. En definitiva, no probado en modo alguno que el precio de venta de los activos fuera notoriamente inferior a los precios medios de mercado en la fecha de adopción de los acuerdos, ni la existencia de otra opción para hacer frente a la grave situación que atravesaba AVILMANSA en tales momentos, la acción social de responsabilidad contra el administrador debe ser desestimada, como correctamente se acordó por la sentencia de primera instancia.

SEXTO .- Estimado en parte el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace especial imposición de costas de la alzada.

Y tampoco de las causadas en la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse estimado en parte la demanda.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLA MOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Antonio López Luján, actuando en nombre y representación de la mercantil AVILA Y SOLER S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete en el Procedimiento Ordinario 83/2017, **DEBEMOS REVOCAR COMO REVOCAMOS** en parte dicha resolución, acordando en su lugar:

1/ Estimar la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercitada por la demandante y, en su virtud, DECLARAR LA NULIDAD del acuerdo adoptado por mayoría de socios en el punto 3 del orden del día de la Junta General Extraordinaria de la mercantil AVILMANSA celebrada el día 19 de diciembre de 2016, y que era del siguiente tenor:

3. Aprobación de la propuesta económica que ha recibido la sociedad AVILMANSA, S. L., y que efectúa la sociedad mercantil INSOLAN, S. L., para la adquisición y compraventa por un precio total de QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL EUROS (565.000 €) de los bienes inmuebles que se relacionan a continuación, destinándose el precio a la cancelación de las responsabilidades pendientes de pago que gravan a cada una de las fincas transmitidas y destinándose la diferencia hasta el total precio ofrecido a cubrir las cuotas del préstamo que se encuentren pendientes de pago a la fecha de transmisión por Avilmansa, S. L., a CAJAMAR; con la correlativa liberación de la responsabilidad de la sociedad, de sus socios y demás fiadores solidarios respecto de aquellas cantidades que en relación al préstamo hipotecario suscrito con CAJAMAR vengan a responder estas cuatro fincas transmitidas a INSOLAN, S. L. Las fincas objeto de la oferta son:

Finca registral Registro Propiedad Almansa SITUACIÓN: Población Almansa

15.237 Solar Almansa (c/muelle, 20) c/ Cid, 2

7.306 Edificio Almansa, c/ Muelle, 22

32.880 Local comercial c/ Almendros, 4

34.258 Local comercial c/ Almendros, 6

2/ Confirmar la desestimación de la acción social de responsabilidad deducida por la mercantil demandante contra D. Federico .

Todo ello sin hacer especial imposición de costas ni en la primera instancia ni en la alzada.

Contra la presente no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación ante este Tribunal, en los términos previstos en los arts. 468 y ss., y 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ