



Roj: **SAP B 3121/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3121**

Id Cendoj: **08019370152018100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/04/2018**

Nº de Recurso: **249/2016**

Nº de Resolución: **289/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MANUEL GARCIA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120148009487

**Recurso de apelación 249/2016-2ª**

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1103/2014**

Parte recurrente/Solicitante: Luis Miguel , Alberto

Procurador/a: Jaume Romeu Soriano

Parte recurrida: Bruno , Domingo

Procurador/a: Javier Segura Zariquiey

Cuestiones.- Acción de responsabilidad de administrador del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital .

**SENTENCIA núm. 289/2018**

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON Antonio Manuel Garcia Lopez

En Barcelona, a veintisiete de abril de dos mil dieciocho.

**Parte apelante:** Luis Miguel y Alberto

-Letrado: Ferrán del Pozo Brutau

-Procurador: Jaume Romeu Soriano

**Parte apelada:** Bruno y Domingo

-Letrado: Silvia Solera Espín

-Procurador: Javier Segura Zariquiey

**Resolución recurrida:** Sentencia



- Fecha: 3 de marzo de 2016
- Demandante: Luis Miguel y Alberto
- Demandada: Bruno y Domingo

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

" *Que desestimando la demanda interpuesta por Luis Miguel y Alberto contra Bruno y Domingo , debo absolver y absuelvo libremente a los demandados, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales*".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, del que se dio traslado a la parte demandada.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 8 de junio de 2017.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON Antonio Manuel Garcia Lopez.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Los demandantes, conforme a lo dispuesto en el artículo 236 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , interpusieron acción individual de responsabilidad contra Bruno y Domingo , en su condición de administradores de la sociedad LICEA 2003 S.L. (integrantes del Consejo de administración desde el año 2008 hasta el 20 de junio de 2013 y como administradores mancomunados a partir de entonces hasta la liquidación de la compañía). Para la resolución del recurso hemos de partir de los siguientes hechos que resultan de las actuaciones y que no son controvertidos:

1º) Los demandantes Luis Miguel y Alberto eran titulares de participaciones sociales de la clase A del capital social de LICEA 2003 S.L. Tras cesar y causar baja en la compañía GRUPO AGENCIA DE VALORES S.A. el 7 de enero de 2008, causaron igualmente baja en aquella sociedad, ejercitando su **derecho de separación** contemplado en los artículos 6.3º y 30 de los Estatutos sociales.

2º) El día 14 de marzo de 2008 se celebró junta general de accionistas de LICEA 2003 S.L., en la que los socios rechazaron la propuesta de adquisición o amortización de las participaciones sociales de los actores, titulares, respectivamente, del 24,38% (Sr. Luis Miguel ) y del 12,175% (Sr. Alberto ) del total del capital social de la compañía (documento uno de la demanda).

3º) Los actores interpusieron demanda de nulidad del acuerdo ante el Juzgado de lo Mercantil 5 de Barcelona (autos 237/2008), que dictó sentencia en primera instancia de fecha 26 de mayo de 2009 desestimando la demanda, sin imposición de costas por apreciar dudas de derecho.

4º) La sentencia fue recurrida ante esta misma Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 31 de marzo de 2010 por la que estimaba el recurso, declarada la nulidad del acuerdo por el que se rechazaba la propuesta de adquisición o amortización de las participaciones sociales y se condenaba a LICEA 2003 " *a convocar nueva junta general de socios para que adopte, conforme a lo que dispone el artículo 6.3 de los Estatutos, el acuerdo de proceder a la adquisición o amortización* " de las participaciones de los actores, " *por el precio que fijen de común acuerdo las partes o, en su defecto, aquel razonable que determine un auditor nombrado por el Registro Mercantil*" (documento dos de la demanda) . Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 14 de marzo de 2013 desestimando el recurso (documento tres).

5º) El 20 de junio de 2013 se celebró junta general de socios de LICEA 2003, en la que se acordó por unanimidad dar cumplimiento a la Sentencia de esta Sección, fijando un plazo de 15 días para la adquisición por la compañía de las participaciones de los socios por el precio que se fijara de común acuerdo o, en su defecto, por el que determinara un auditor nombrado por el Registro Mercantil (documento tres de la contestación).

6º) Transcurrido el plazo de 15 días concedido a los actores para valorar la propuesta de adquisición ofertada por la sociedad, los demandados presentaron el 25 de julio de 2013 una solicitud ante el Registro Mercantil de Barcelona de nombramiento de auditor (documento cuatro de la contestación). El 4 de octubre de 2013 los demandantes formularon idéntica solicitud ante el Registro, acumulándose ambas solicitudes (documento cinco). El 21 de noviembre de 2013 se informó a las partes del nombramiento de ABANTE AUDIEST



AUDITORES SAP (en adelante, ABANTE) como auditor a fin de valorar las participaciones. La sociedad auditora emitió su informe de valoración el 11 de marzo de 2014 (documento cuatro de la demanda), que valora las participaciones de Alberto en 54.702 euros y las de Luis Miguel en 109.547 euros.

7º) El 26 de junio de 2014 se celebra junta general de socios de LICEA 2003, en la que los hoy demandantes declinan abordar el tema de la transmisión de las participaciones por el precio fijado por el auditor (documento dieciséis de la contestación).

8º) El 15 de septiembre de 2014 los actores interpusieron contra LICEA 2003 demanda de ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial (documento 17 de la contestación), solicitando que se despachara ejecución por aquellas cantidades (en total 164.249 euros) y otros 49.234 euros para intereses y costas. Notificada la demanda a la ejecutada, en el mes de enero 2015 consignó la totalidad de las cantidades objeto de ejecución, otorgándose el 12 de febrero de 2015 escritura de compraventa de las participaciones (documento diecisiete a veinte de la contestación).

2. La parte actora sostuvo en la demanda que los demandados habían actuado de forma negligente y dolosa, al no haber procedido en el año 2009 a la adquisición efectiva de las participaciones, que no se hizo efectiva hasta el año 2014. Además, en ese periodo de tiempo se ha producido un sustancial deterioro patrimonial de la compañía, que ha perdido casi el 50% de su valor, como consecuencia del "vaciado económico" de las empresas del Grupo al que pertenece LICEA 2003 (sociedades administradas también por los demandados). Por todo ello, solicitó que se declarara la responsabilidad como administradores de los demandados y que se les condenara al pago de los daños causados, que se concretan en la pérdida de valor de las participaciones (la diferencia entre el valor que tenían en el año 2008 y el valor que determina el auditor).

3. La sentencia, que acoge en lo sustancial los argumentos esgrimidos por la parte demandada en el escrito de contestación, desestima íntegramente la demanda. El *juez a quo* considera que el **derecho de separación** de los demandantes fue rechazado por la Junta General y no directamente por los administradores, aunque éstos también fueran socios. Por tanto, no nos hallamos ante un acto de los administradores, sino de la propia sociedad, argumento suficiente para desestimar la demanda. Además, la oposición al **derecho de separación** estuvo justificada, hasta el punto de haber obtenido sentencia a su favor en primera instancia. La sentencia de esta Sección de la Audiencia, aun estimando el recurso, apreció dudas de derecho, por lo que no impuso las costas. Por último, la sentencia, tras valorar la prueba practicada, no tiene por acreditado que los demandados llevarán a cabo la conducta irregular que se les imputa del "vaciado económico" del grupo societario.

4. La sentencia es recurrida por la parte actora, que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en la demanda. La demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia apelada. Para no ser reiterativos nos referiremos a los argumentos de las partes al analizar cada una de las cuestiones controvertidas.

#### **SEGUNDO.- Responsabilidad por daños del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital .**

5. Con carácter general, hemos de recordar que el artículo 236 dispone que *"los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa."* A la acción individual alude el artículo 241, por el que *"quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos."*

6. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2017 (ECLI ES:TS:2017:1660) reitera la jurisprudencia sobre la acción individual de los administradores y sobre la necesidad de delimitar los actos que son propios del administrador. La Sentencia dice al respecto lo siguiente:

*"Hemos declarado de modo reiterado (por todas, sentencias 253/2016, de 18 de abril , 472/2016, de 13 de julio , 129/2017, de 27 de febrero , y 150/2017, de 2 de marzo , por citar solo algunas de las más recientes) que la acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia ( art. 135 TRLSA , y en la actualidad art. 241 TRLSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 CC . Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por el administrador social en el desempeño de sus funciones del cargo.*

*Para su apreciación, la jurisprudencia requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea 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; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) que el daño que se infiere sea directo*



al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

Con carácter general, no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC.

De ahí que resulte tan importante, en un supuesto como este, que se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor, y que este daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad."

#### **TERCERO.- Responsabilidad por actos de los demandados como administradores sociales.**

7. La sentencia apelada señala un primer argumento que justifica por sí solo la desestimación de la demanda. El **derecho de separación** es excluido por la junta general, no por los administradores, por lo que no se puede derivar a ellos la responsabilidad si ésta no nace de obligaciones que legal o estatutariamente les corresponde. Los administradores demandados, añade la sentencia, cumplieron con su obligación de convocar la junta, y fue esta y no aquéllos la que el 14 de marzo de 2008 rechazó la propuesta de adquisición.

8. El recurso cuestiona el razonamiento de la sentencia apelada, aludiendo a la doble condición de socios y administradores de los demandados. LICEA 2003 desde su constitución cuenta con seis socios y desde entonces ha sido administrada por los demandados, que ostentan, conjuntamente con Baltasar (hermano del codemandado Bruno), la mayoría del capital social. También son socios y administradores de las sociedades del grupo PRIVARY y PRIVARY AGENCIA DE VALORES S.A.U. El recurso analiza las actas de las distintas juntas y las intervenciones de los administradores, concluyendo que fueron ellos quienes propiciaron o promovieron la decisión de la Junta, contraria a reconocer y a hacer efectivo el **derecho de separación**. La posición de los administradores influyó en la "ilegal formación de la voluntad social y en la toma del acuerdo ilegítimo" del que deriva la presente reclamación, apreciando en los demandados una voluntad "contumaz y permanente de incumplimiento del artículo 6.3º de los Estatutos y del derecho social de los demandantes".

9. No podemos compartir los argumentos de la recurrente. El **derecho de separación** se ejercita ante la junta general, que tiene la competencia exclusiva para reconocerlo y, en su caso, llevarla a efecto. Así lo establece el artículo 6.3º de los Estatutos de la sociedad (folio 143), precepto en el que se ampararon los demandantes para solicitar la separación. La competencia de los administradores se limita, según el mismo artículo de los Estatutos, a convocar la junta, cosa que hicieron. Y fue la junta la que, como órgano soberano de formación y expresión de la voluntad social, la que acordó rechazar la propuesta. Por mucho que los demandados, administradores de la sociedad, controlen por sí mismos o en unión de otros socios una mayoría del capital social, y por mucho que su participación en el acuerdo de la junta fuera decisiva, no es posible atribuirles la posible responsabilidad derivada de un acuerdo adoptado por la junta, en la que, a estos efectos, participaron como socios y no como administradores. De hecho, la presente reclamación trae causa de la estimación de la demanda de impugnación de la junta de 14 de marzo de 2008 y de la sentencia que declaró la nulidad de pleno derecho del acuerdo. Por tanto, cualquier responsabilidad por los perjuicios derivados de la negativa de la junta a reconocer el **derecho de separación** debe exigirse de la sociedad y no directamente a los administradores.

10. Además, tampoco podemos aceptar que el acuerdo contrario a la separación fuera, como se sostiene en el recurso, irracional o carente de cualquier justificación. La actora considera que los demandados incumplieron conscientemente los estatutos, de los que se deducía inequívocamente que el **derecho de separación** debía ser reconocido de forma inmediata y que con la misma inmediatez las participaciones de los socios debían ser amortizadas o adquiridas por la sociedad. No es eso lo que se deduce de las resoluciones judiciales que finalmente dieron la razón a los demandantes. La demanda de impugnación del acuerdo social fue desestimada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil 5 de Barcelona. Y aun cuando dicha sentencia fue revocada por la sentencia de esta Sección de 31 de marzo de 2010, no se impusieron las costas a la parte demandada "en atención -dice el fundamento tercero- a las dudas de derecho que derivan de la defectuosa redacción de los estatutos de la sociedad ( artículos 397 y 394 de la LEC)". Esto es, la sentencia llega a la conclusión que la interpretación de los estatutos postulada por la sociedad podía sostenerse en Derecho, si bien acoge finalmente los argumentos de los Sres. Luis Miguel y Alberto.

#### **CUARTO.- Responsabilidad de los administradores por el vaciado patrimonial del grupo de sociedades.**

11. La tesis de la parte actora enlaza dos comportamientos que reprochan directamente a los administradores de LICEA 2013: de un lado, utilizaron su poder de influencia en la sociedad para incumplir la normativa





estatutaria, desconociendo deliberadamente el **derecho de separación** que correspondía a los socios y, de otro lado, gestionaron negligentemente las sociedades participadas, incrementando su propia retribución, provocando el "vaciado económico" del grupo y la consiguiente pérdida de valor de las participaciones sociales.

**12.** La sentencia de instancia también rechaza dicha argumentación. Parte para ello del informe pericial aportado por la parte demandada (informe BDO, documento 21 de la contestación), que concluye que la retribución de los administradores se redujo sustancialmente entre los ejercicios 2007 y 2013. Aunque acepta que los ingresos netos por comisiones también disminuyeron ese periodo de tiempo y que el patrimonio neto del grupo se redujo en un 50%, no tiene por acreditado que las pérdidas tuvieran por causa una actuación dolosa o negligente de los administradores sociales. Además, las cuentas anuales de las distintas sociedades del grupo fueron auditadas, sin advertir ninguna irregularidad y fueron aprobadas en todos y cada uno de los ejercicios. Por último, la sentencia concluye que el daño que se habría causado lo sería a la propia sociedad, lo que permitiría el ejercicio de la acción social, pero no de la individual.

**13.** El recurso reitera los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de demanda y añade una alegación nueva, que no fue invocada como tal en la demanda y que por ello no podemos valorar, como es un supuesto cambio en el sistema de remuneración de los directivos de las sociedades participadas, que inicialmente se fijó en un porcentaje sobre las comisiones y que, ante la caída de ingresos, se pasó a una retribución fija. La prohibición de introducir cuestiones nuevas en la apelación es un principio fundamental recogido en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispone dicho precepto que en el recurso de apelación podrá perseguirse que se revoque una sentencia "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia". Impide, por tanto, que ante el tribunal "ad quem" se puedan plantear recursos de apelación sobre cuestiones no alegadas oportunamente en la primera instancia y, por tanto, respecto de las que no se ha dado al juzgado de instancia explícitamente la posibilidad de resolverlas.

**14.** Pues bien, no es controvertido que LICEA 2013 es una sociedad de tenencia de participaciones sociales que nunca ha tenido ingresos. Según resulta del informe ABANTE (documento cuatro de la demanda) participa en el capital social de GRUPO PRIVARY S.L. y de PRIVARY AGENCIA DE VALORES S.A. El informe ABANTE, de valoración de las participaciones sociales de los socios a los efectos de determinar el precio de adquisición, y el informe BDO, aportado por la demandada, detallan, por un lado, la retribución de Bruno y Domingo durante los ejercicios 2007 a 2013 y, de otro lado, los ingresos por comisiones en esos ejercicios. Es cierto que la remuneración de los demandados cayó en más de un 50% si se comparan los datos del año 2007 y los del 2013 (informe BDO, al folio 522). Ahora bien, lo relevante es la evolución entre los ejercicios 2008 y 2013, esto es, entre el acuerdo de la junta de marzo de 2008 contrario al reconocimiento del **derecho de separación** y la sentencia de 2013 que lo reconoce (el valor de las participaciones en el informe ABANTE toma como fecha de referencia el 30 de octubre de 2013). Y en ese periodo de tiempo la remuneración de los demandados se mantuvo estable (en torno a los 150.000 euro en cada ejercicio). Los ingresos por comisiones, por su parte, evolucionaron de la siguiente manera; 1.040.230 euros en el año 2008; 709.636 euros en el año 2009; 605.117 euros en el año 2010; 793.213 euros en el año 2011; 607.340 euros en el año 2012; y 538.668 euros hasta el mes de octubre de 2013. Por tanto, podemos concluir que se produjo una reducción sustancial de ingresos en el año 2009 respecto del ejercicio anterior y que, a partir de ese año, los ingresos se mantuvieron más o menos estables.

**15.** No es controvertido, por otro lado, que el patrimonio neto del grupo a 1 de enero de 2009 ascendía a 2.359.230 euros, mientras que a 30 de octubre de 2013 pasó a 1.346.255 euros, por lo que el valor de las participaciones de los demandantes disminuyó en ese periodo de tiempo en casi un 50%.

**16.** Tomando en consideración esas variables económicas (retribuciones, ingresos económicos y deterioro patrimonial), no podemos descartar que las retribuciones de los demandados en las sociedades participadas fueran excesivas, dado que se mantuvieron fijas pese a la caída de ingresos. Descartamos, por el contrario, que los demandados buscaran intencionadamente vaciar patrimonialmente la sociedad. El informe ABANTE realiza un análisis sectorial de las retribuciones en empresas que desarrollan el mismo tipo de actividad (agencia de valores), llegando a la conclusión que la retribución media del personal de alta dirección de PRIVARY estaba "por encima de la media de empresas comparables" (página 14 de informe). Sin embargo, no podemos tener por acreditado que el deterioro patrimonial de las empresas participadas por LICEA 2013 tuviera por causa la remuneración de sus gestores. Más bien parece que se debió a la caída de los ingresos en los ejercicios analizados, no constando que esa pérdida de ingresos fuera consecuencia de la mala gestión. De hecho, como bien indica la sentencia apelada, en el año 2007 la remuneración de los demandados era un 50% superior a la del 2013 y el resultado del ejercicio fue sensiblemente mejor.

**17.** Además, en línea con lo argumentado en la resolución apelada, el daño derivado de unas retribuciones ilícitas o desproporcionadas lo es directamente a la sociedad y, en consecuencia, debe hacerse valer por medio



de una acción social, por cuanto la acción individual precisa de una lesión directa al acreedor que la ejercita, según jurisprudencia reiterada.

Por todo lo expuesto debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución apelada.

**QUINTO.- Costas procesales.**

**18** . Las costas procesales del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , deben imponerse al apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Luis Miguel y Alberto , contra la sentencia de 3 de marzo de 2016 , que confirmamos, con imposición de las costas a los apelantes.

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

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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