



Roj: **SAP B 5120/2018 - ECLI:ES:APB:2018:5120**

Id Cendoj: **08019370152018100348**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **140/2016**

Nº de Resolución: **363/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MANUEL GARCIA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 7, 02-02-2016,
SAP B 5120/2018**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120138005969

Recurso de apelación 140/2016-2ª

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 742/2013

Cuestiones.- Sociedades. Resolución de contrato de cuentas de participación. Responsabilidad de administradores.

SENTENCIA núm. 363/2018

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Antonio Manuel Garcia Lopez

Barcelona, a treinta de mayo de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Illuminati Production Group, S.L., Pinkerton Producciones y Servicios Audiovisuales, S.L., Carlos Alberto y Apolonio .

Letrado: Juan Rodés Parellada.

Procurador: Leopoldo Rodés Menéndez.

Parte apelada: Inverpsik, S.L.U.

Letrado: Vicente Sebastián Ruíz.

Procurador: Federico Gutiérrez Gragera.

Resolución recurrida: Sentencia.



Fecha: 2 de febrero de 2016.

Parte demandante: Inverpsik, S.L.U.

Parte demandada: Illuminati Production Group, S.L., Pinkerton Producciones y Servicios Audiovisuales, S.L., Carlos Alberto y Apolonio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: « *Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Inverpsik S.L.U., contra Illuminati Production Group S.L., Pinkerton Producciones Servicios Audiovisuales S.L., Don Carlos Alberto y Don Apolonio debo declarar resuelto el contrato de cuenta de participación firmado por la parte actora con la sociedad Illuminati Production Group S.L. asimismo condeno a las demandadas a pagar a la actora de forma solidaria la cantidad de 80.000 euros más los intereses legales y con expresa imposición de costas. »*

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada el 10 de marzo de 2016. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito el 29 de marzo de 2016 oponiéndose y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 27 de abril de 2017.

Ponente: Antonio Manuel Garcia Lopez.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1.- Inverpsik, S.L.U. (Inverpsik) interpuso demanda de juicio ordinario en la que acumulaba distintas acciones frente a diversos sujetos:

1.1. Una acción de resolución de un contrato de cuenta en participación con el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios, dirigida contra Illuminati Production Group, S.L. (Illuminati).

1.2. Una acción de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual contra Pinkerton Producciones, Servicios Audiovisuales, S.L. (Pinkerton) por la falta de diligencia en la gestión de los fondos que, finalmente, fueron transferidos a Pinkerton para la producción del musical Grease.

1.3. Una acción de responsabilidad individual de administradores contra Carlos Alberto y Apolonio , el primero como administrador de Illuminati, el segundo como administrador de Pinkerton, por no haber actuado diligentemente en el ejercicio de sus responsabilidades. En la demanda se invocaba el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital y también el artículo 363 del mismo texto legal .

La acumulación de acciones determinaba que la sociedad actora reclamara a todos los demandados conjunta y solidariamente la suma de 80.000 €, intereses legales y costas.

2.- Los codemandados se opusieron a lo pretendido de contrario conforme a las excepciones, hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

3.- Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando totalmente las acciones y pretensiones de la actora, dando por resuelto el contrato de cuentas en participación, condenando a las dos sociedades a devolver el dinero entregado y extendiendo esa responsabilidad, solidariamente, a los administradores de ambas sociedades, por falta de diligencia en la gestión de ambas.

SEGUNDO . - Principales hechos que sirven de contexto.

4.- La sentencia recurrida permite realizar el siguiente relato de hechos probados:

4.1. Hilario y la sociedad Addenda (actual Inverpsik) firmaron con Illuminati el 25 de noviembre de 2011 un contrato de cuentas en participación del espectáculo *Grease, el musical* . Este contrato se elevó a escritura pública el 13 de diciembre de 2011.

4.2. El Sr. Hilario e Inverpsik firmaron un segundo contrato con Illuminati el 23 de febrero de 2012, por el que se cedían los derechos de la cuenta en participación anterior. Este segundo contrato se elevó a público el 3 de abril de 2012.

4.3. Las cantidades entregadas como consecuencia de estos contratos ascienden a 80.000 euros. Como contraprestación, Illuminati se comprometía a entregar a la parte actora un 3'5% del resultado del espectáculo.



4.4. Pese a que los contratos en cuestión establecían que no era posible la transmisión de la cuenta en participación sin consentimiento del cuentapartícipe, lo cierto es que las cantidades de referencia fueron finalmente transmitidas a Pinkerton, que se ocupó de la efectiva producción y explotación del espectáculo.

4.5. Durante el proceso de producción del espectáculo, y, concretamente, a partir del tercer trimestre del año 2012, los resultados de explotación descendieron considerablemente, debiéndose ceder la licencia de explotación a una tercera sociedad, que arrendó la producción de la obra sin resultados favorables para los inversores, cesión que se produce en octubre de 2012 por una contraprestación de 175.000 dólares.

4.6. Hay irregularidades contables en el rastro de la cuenta en participación, ya que en las cuentas de Iluminati aparece reflejado el ingreso, pero no el origen de la cantidad entregada y lo mismo sucede en las cuentas de Pinkerton.

4.7. Iluminati tenía fondos propios negativos al finalizar el ejercicio 2011, sin que el administrador instara la disolución de las compañías. Pinkerton contablemente no tenía fondos propios negativos, aunque las irregularidades e imprecisiones hacen que la contabilidad sea poco fiable.

4.8. La prueba pericial practicada en primera instancia sirve en la sentencia para considerar acreditado que la llevanza de las cuentas de las dos sociedades demandadas no era, ni mucho menos, regular, que hay muchos errores e imprecisiones, constatándose un volumen importante de préstamos entre sociedades vinculadas, así como préstamos a socios y administradores que no están suficientemente documentados y que dieron lugar a pagos por parte de las sociedades demandadas.

TERCERO. - Motivos de apelación.

5.- Recurren en apelación los codemandados por los siguientes motivos:

5.1. Como primera alegación, los recurrentes consideran que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de cuentas de participación (citan como referencia la STS de 30 de mayo de 2008). Conforme a este criterio el partícipe no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca. A juicio de los recurrentes, no cabría resolver el contrato, sino únicamente establecer las ganancias que, en su caso, corresponderían al cuentapartícipe.

5.2. Error en la valoración de la prueba, por cuanto ha quedado acreditado que Iluminati cumplió con sus compromisos y produjo el musical, por lo tanto, no es posible acordar la resolución por incumplimiento.

5.3. Se denuncia la infracción por parte del demandante del propio contenido del contrato, que establece que llegado el momento de la liquidación cualquier discrepancia sobre la forma de efectuar el reparto y las partidas que incluye el mismo la determinará un auditor nombrado por las partes.

5.4. Error en la valoración de la prueba, por cuanto no se han acreditado ninguno de los incumplimientos denunciados en la demanda. Los recurrentes consideran suficientemente acreditado que Iluminati no procedió a ceder los derechos de explotación del espectáculo, únicamente subcontrató la explotación de la obra a Pinkerton, sociedad que estaba estrechamente vinculada a Iluminati. Esa subcontratación no estaba prohibida en el contrato.

En este mismo apartado se considera erróneo que en la sentencia se afirme que no hubo rendición de cuentas y auditoría dado que la actora tuvo toda la información necesaria sobre la producción y su resultado, constatándose con claridad que los resultados de la producción, fueron negativos, por lo que nada se pudo repartir.

En caso de existir incumplimientos no serían sustanciales.

5.5. Como motivo independiente del recurso, los demandados consideran que se ha valorado incorrectamente la prueba pericial y que, en todo caso, la explotación del negocio habría dado resultados negativos. La parte recurrente hace referencia al compromiso de no repartir beneficios con los partícipes hasta que no se hubiesen amortizado los costes de la producción del espectáculo.

5.6. Se plantea también el error en la valoración de la prueba, dado que no se puede considerar probado que Iluminati no cedió los derechos de explotación a Vértigo, sino que se resolvió el contrato de licencia por el titular americano y, resuelto el contrato, se concedió nueva licencia a este tercero.

5.7. No es correcto afirmar que falta información y soportes contables de las cuentas de producción y explotación del espectáculo: alegación referida específicamente a las referencias al instrumento de pago de la inversión (un cheque), también a los asientos contables de Pinkerton y a los pagos hechos por Vértigo.



5.8. Error de derecho, por cuanto los efectos de la declaración de incumplimiento del contrato no tendrían efectos declarativos, sino constitutivo. Considera la parte recurrente que incluso acreditados los incumplimientos de Iluminati, estos incumplimientos no darían derecho a la demandada a recuperar la inversión, sino que tendría que liquidarse la cuenta de participación en función de lo pactado, por lo tanto, no cabría condenar a la demandada a restituir la cantidad sino al pago de los beneficios, beneficios que no existieron.

5.9. Se denuncia el error de derecho en cuanto a la calificación de cesión de contrato a Pinkerton, ya que se considera acreditado que se trataba de un subarriendo previsto en el contrato. No hay novación y, por tanto, no hay responsabilidad.

5.10. Error en la valoración de la prueba, por cuanto no ha quedado acreditado que concurren los elementos fácticos para establecer la responsabilidad de los administradores de las sociedades demandada, ya que no se concretan los actos u omisiones imputables a los administradores. No queda acreditado que Iluminati tuviera fondos propios negativos, tampoco Pinkerton a fecha 31 de diciembre de 2012.

5.11. Se niega también que pueda establecerse la responsabilidad solidaria entre Pinkerton e Iluminati.

CUARTO.- Sobre el contrato de cuenta en participación y sus características.

6.- Para la correcta resolución del recurso consideramos útil establecer los requisitos y características del contrato de cuenta en participación, contrato que es el que da origen a las reclamaciones hechas en los presentes autos.

En este caso, partimos de un primer contrato, firmado el 25 de noviembre de 2011, y de un segundo contrato, de 23 de febrero de 2012. Por medio de estos dos contratos Inverpsik invertía 80.000 € en la producción y explotación del musical *Grease*. El contrato lo firmaba Inverpsik con Iluminati, que se comprometía a satisfacer a la hoy demandante un 3'5% de los beneficios que produjera la explotación del musical.

7.- Este es el criterio del Tribunal Supremo:

«Las cuentas en participación [...] vienen reguladas por los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio, y han sido descritas en la doctrina como "una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (partícipe) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último". Esta definición traduce la idea que expresa con claridad el artículo 239 C.Com. cuando dice que los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que conviniere "y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen". No se crea, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, un patrimonio común entre los partícipes, y lo aportado pasa al dominio del gestor (SSTS 20 de julio y 4 de diciembre de 1992, 5 de febrero de 1998, etc.). El partícipe, por ello, no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca (STS 6 de octubre de 1986, 20 de julio de 1992 y las que allí se citan) y en ello, más que en la transmisión de la propiedad de las aportaciones (que obviamente también se produce en el préstamo) consiste la peculiaridad de la composición de intereses típica de las cuentas en participación, esto es, que el partícipe no conserva un crédito para la restitución de lo aportado, sino para la obtención de su parte en las ganancias, previa la liquidación y rendición de cuentas que proceda», así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2612), que sintetiza, en este punto el criterio del Supremo.

En una resolución más reciente, la Sentencia de 29 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS :2014:2135), se reitera esta definición y caracterización:

«Es una de las modalidades asociativas o de cooperación mercantil más antiguas que conoce el derecho de los negocios, que mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante, lo que armoniza con el interés del gestor o empresario en aumentar su liquidez, sin obligación de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas. Difiere de la sociedad mercantil en dos notas fundamentales, por un lado, falta en el contrato de cuenta en participación la autonomía patrimonial, como apunta la STS de 6 de octubre de 1986, pues no se constituye un patrimonio social, las aportaciones las recibe en propiedad y en exclusiva el gestor; y, por otro lado, no se crea un ente con personalidad jurídica propia que es característica de las sociedades mercantiles, que se constituyen con arreglo a su normativa reguladora (SSTS de 8 de abril de 1987, 19 de diciembre de 1946, y las de 3 de mayo y 30 de septiembre de 1960).

Su concepto se formula en el art. 239 del CCom, de donde resulta que: (i) se trata de la aportación o las aportaciones de un tercero al negocio de otro, del gestor, sin que señale si deben destinarse a todas las actividades o a una concreta, por lo que debe estar a lo convenido entre las partes (como permite el Código de Comercio italiano de 1942, arts. 2549 a 2554 y que contrariamente establece el Código de Comercio alemán, que



llama al contrato "sociedad oculta o tácita", y en la que debe participarse en todas las actividades del gestor), lo que no se opone a la literalidad del Código de Comercio español, pues si bien los arts. 239, 241 y 243 se refieren a "operaciones", el art. 242 habla de "negociación"; (ii) se trata de un acto de comercio aparentemente subjetivo, como si sólo fueran comerciantes quienes pudieran interesarse en el negocio de otros, característica que en la realidad del tráfico mercantil actual no puede mantenerse.»

8.- Siguiendo la mejor doctrina (Vicent Chuliá), podemos definir el contrato de cuentas en participación, de forma descriptiva, como un contrato bilateral de colaboración, en virtud del cual un sujeto (cuentapartícipe o partícipe) hace una aportación patrimonial a un empresario o profesional (gestor), obligándose este a aplicar dicha aportación a una determinada operación o actividad de forma independiente y en nombre propio, y a informar, rendir cuentas y dar participación al partícipe en las ganancias y pérdidas que resulten, limitando las pérdidas de este al importe de la aportación. Por tanto, el contrato siempre es bilateral, conmutativo o sinalagmático, aunque sean varias las personas ocupando la posición de partícipes (siempre frente a un gestor). Tiene que haber dos partes contractuales. La resolución por incumplimiento (art. 1124 CC), la incapacidad, el fallecimiento, etc., de una de las dos partes produce su extinción.

9.- Este contrato tiene su base fundamental en la confianza que el partícipe deposita en el gestor, que ha de cumplir con los deberes de fidelidad que se derivan de la naturaleza del vínculo que le une al cuenta-partícipe.

No podemos olvidar que el gestor, como titular de la actividad, la lleva a cabo en interés propio, pero la constitución de las cuentas en participación le obliga a promover el fin común y a atender a los intereses comunes con el cuentapartícipe en la gestión de las operaciones o de la actividad empresarial. El alcance del deber de fidelidad habrá de concretarse en cada caso en función de la finalidad y de la significación de las cuentas en participación para el desenvolvimiento de la actividad empresarial del gestor. Estos deberes de confianza y fidelidad permiten justificar las limitaciones del derecho de disposición, transmisión o cesión de la cuenta recibida por el gestor a terceros.

10.- Trasladadas todas estas consideraciones generales al supuesto de autos, debemos considerar acreditado que en los contratos de participación en cuentas analizados no existía pacto alguno que permitiera la cesión del contrato a terceros.

QUINTO.- Sobre el incumplimiento del contrato de cuentas en participación.

11.- Una parte importante de los motivos de apelación de los demandados se centra en negar que haya existido incumplimiento contractual.

Examinada la prueba practicada en primera instancia, hemos de concluir que sí existió este incumplimiento y, además, debe reputarse un incumplimiento grave. Son estas nuestras razones:

11.1. La prueba pericial contable permite considerar acreditado que Iluminati no actuó con la diligencia propia de un ordenado empresario.

Los peritos coinciden al afirmar que la llevanza de las cuentas de Iluminati no es ni clara, ni ordenada. No aparece referencia alguna a las cantidades entregadas por la actora, cantidades que se han identificado a partir del cheque en el que se instrumentaliza la inversión, pero no hay un reflejo contable ordenado que permita identificar al cuentapartícipe.

De hecho, el perito Sr. Luis Antonio indica que no ha podido contar con la totalidad de extractos bancarios, faltan partes del libro mayor, no hay referencia a los contratos existentes entre sociedades vinculadas y la factura de los servicios prestados por esas sociedades. Estas circunstancias han hecho que la contabilidad pueda considerarse *poco fiable*, en palabras del perito. La lectura del fundamento jurídico séptimo de la sentencia y su contraste con la prueba pericial practicada pone de manifiesto las graves irregularidades contables observadas en la contabilidad de las sociedades demandadas.

En el recurso de apelación los codemandados hacen referencia a la información facilitada al perito para realizar el dictamen, el examen de esa documentación permite corroborar la afirmación del perito respecto a la poca fiabilidad de la documentación.

En estas circunstancias, la pretendida rendición de cuentas realizada y el resultado de la explotación no tienen tampoco fiabilidad. Se ha quebrado, en definitiva, esa relación de confianza que justificaba la firma del contrato de cuentas en participación, quebranto que se produce ya en el arranque de la relación.

11.2. Esa falta de orden y claridad se observa también en la salida de las cantidades entregadas hacia terceras sociedades (hacia Pinkerton), cuyo reflejo contable se ha localizado a partir del contraste entre las salidas de capital de Iluminati y las entradas de Pinkerton.



11.3. Los codemandados niegan que haya existido cesión de Iluminati a Pinkerton, se afirma que se trata de sociedades vinculadas y que en realidad lo que se produjo es un arriendo de parte de la producción y explotación, o bien una cesión parcial de aspectos concretos de la explotación. Lo cierto y acreditado es que se produjo una doble cesión: por una parte una cesión del capital invertido y, por otra, una cesión del objeto principal de las cuentas de participación que era la explotación de un espectáculo musical. Un subarriendo o cesión parcial (en los términos que expresa Iluminati) no es sino un eufemismo para intentar eludir responsabilidades. De hecho, Iluminati reconoce que el titular norteamericano de los derechos resolvió unilateralmente el contrato de licencia y que Iluminati lo único que hizo fue ceder al nuevo titular de la licencia en España algunos elementos de la producción (el atrezzo).

Debe advertirse que incluso aceptando, a los meros efectos dialécticos, que no hubo cesión completa de la producción del espectáculo, lo que sí ha quedado sin duda acreditado es que se cedió la cuenta en participación, que aparece reflejada en la contabilidad de Pinkerton.

11.4. El contrato de cuentas en participación no incluía, en modo alguno, el derecho del gestor a transferir o ceder el negocio sobre el que se realizaba la inversión. Esa transmisión se debe considerar acreditada dado que se transmite no sólo el negocio, sino también la cuenta recibida por Iluminati.

11.5. Hemos de calificar el incumplimiento como grave, primero, porque se quiebra con la relación de confianza que dio lugar a la firma del contrato. Segundo, porque el cuentapartícipe no recibió información suficiente. Tercero, porque esa cesión o transmisión se hizo a título gratuito, por cuanto no consta qué contraprestación debía recibir Iluminati (gestor de la cuenta). Cuarto, porque las cuentas de Iluminati no respondían a los estándares de diligencia de un ordenado empresario. Además, hay que advertir que esos incumplimientos se constatan desde prácticamente el inicio de la relación contractual.

Al transmitirse el negocio se frustraba cualquier expectativa razonable del cuentapartícipe de recibir la cuota comprometida, dado que el gestor dejaba de explotar el negocio.

La cesión de la explotación del negocio de Iluminati a Pinkerton, que podría estar justificada desde la perspectiva de funcionamiento de un grupo de sociedades, incluso podría estar justificada respecto de la capacidad efectiva para producir y explotar el espectáculo, asumiendo las tareas y costes derivados de la puesta en marcha de un musical pagando la correspondiente licencia, alquilando el local en el que se realizaría el espectáculo, contratando a los profesionales y artistas que debían desarrollar el espectáculo. Esas razones empresariales, sin embargo, no justifican el grave incumplimiento, que debe circunscribirse fundamentalmente a la relación entre cuentapartícipe y gestor.

Al transmitirse la explotación del negocio a un tercero, se priva al cuentapartícipe del derecho a percibir beneficio alguno. No hubo precio por la cesión y no constan en modo alguno acreditados los compromisos económicos que Pinkerton asumía para con Iluminati.

12.- Acreditado el incumplimiento y siendo grave, por cuanto frustraba por completo las expectativas de beneficio del cuentapartícipe, conforme al artículo 1124 del Código civil, surge el derecho de la parte *in bonis* de pedir la resolución del contrato, así como la devolución de la cantidad entregada en concepto de perjuicio sufrido por un incumplimiento que se produjo poco tiempo después de haberse verificado la inversión, en pleno proceso de producción y de una manera engañosa, pues no se informó a la actora de dicha cesión. Se rechazan, con ello, todas las alegaciones de los apelantes, referidas a la incorrecta valoración de la prueba del incumplimiento del contrato, las referidas a la ponderación de la gravedad del incumplimiento y las referidas a las consecuencias económicas de ese incumplimiento. Inverpsik tiene derecho a ser restituida en la cantidad que entregó, debiendo Iluminati ser condenada al pago de esta cantidad, más los intereses correspondientes. No debe olvidarse que la actora, amparada por el artículo 1124 del Código Civil, ha optado por la resolución del contrato y no por el cumplimiento.

Deben, por lo tanto, rechazarse todos los motivos de apelación referidos a la realidad de la deuda reclamada, a la naturaleza de la relación jurídica que unía a la actora con Iluminati, a las consecuencias de esa relación, a la causa de resolución del contrato y a sus consecuencias.

SEXTO.- Sobre la responsabilidad del administrador de Iluminati.

13.- Acreditada la realidad de la deuda de Iluminati, nos corresponde ahora analizar si existe responsabilidad del administrador de la compañía, Carlos Alberto. Debe advertirse que la acción ejercitada es la acción de responsabilidad individual del artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC): «*Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*».



14.- La jurisprudencia constante sobre la acción individual (SSTS 396/2013, de 20 de junio ; 15 de octubre de 2013 ; 395/2012, de 18 de junio ; 312/2010, de 1 de junio ; y 667/2009, de 23 de octubre , entre otras) fija los siguientes requisitos para que prospere la acción: (i) incumplimiento de los deberes orgánicos; (ii) imputabilidad de tal conducta omisiva a los administradores, como órgano social; (iii) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (iv) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) relación de causalidad entre la conducta contraria a la ley y el daño directo ocasionado al tercero.

15.- La parte recurrente considera que no concurren los requisitos para el ejercicio de la acción, centrándose básicamente en el análisis de las cuentas de la sociedad y su situación patrimonial. Hemos de advertir que la acción analizada en la sentencia recurrida no es la del artículo 367, sino la acción individual, por lo tanto, poca trascendencia tiene lo alegado por la parte recurrente, que no analiza los requisitos específicos de la acción individual.

16.- Revisada la prueba practicada, consideramos suficientemente acreditados los incumplimientos imputables al administrador de la compañía, referidos a la desordenada llevanza de la contabilidad de la compañía, desorden que afecta en general a todas las partidas de la contabilidad y, específicamente, a lo que son las relaciones con otras sociedades vinculadas. Ese desorden también se ha constatado y concretado en lo referido a la gestión de las cantidades recibidas como consecuencia del contrato de cuentas en participación, cantidades que no fueron gestionadas de modo diligente.

Estos actos orgánicos referidos a la llevanza contable y a la gestión de la cuenta eran los propios de las funciones atribuidas al administrador, a quien se pueden imputar los actos y omisiones a título de negligencia grave.

Al quebrarse la relación de confianza entre el cuentapartípe y el gestor, el daño directo causado a la hoy demandante queda también acreditado. La sociedad demandada incumplió con las obligaciones propias del contrato de cuentas en participación, justificando, con ello, la resolución del contrato por el cuentapartípe.

La situación patrimonial de Iluminati, reconocida por los propios recurrentes que afirman que la gestión de la producción del espectáculo fue deficitaria, generando importantes pérdidas en la sociedad, por lo que las expectativas de recuperación del dinero invertido son nulas.

Por tanto, se cumplen todos los requisitos para el ejercicio de la acción individual. Rechazándose los motivos de apelación referidos a la acción de responsabilidad personal.

SÉPTIMO.- Sobre la responsabilidad extracontractual de Pinkerton.

17.- Tanto en la contestación a la demanda como en el recurso se indica que Pinkerton no fue nunca cesionario del contrato de cuentas en participación.

Ya hemos analizado las circunstancias y realidad de esa cesión.

18.- En el recurso se reiteran las alegaciones referidas a la correcta gestión por parte de Pinkerton de las cantidades referidas. En este punto debemos advertir que, al no existir relación contractual entre Pinkerton y la actora, no rigen las reglas sobre el contrato de cuentas en participación. Lo que se plantea en la sentencia es la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código civil) de una sociedad que no fue parte del contrato inicial de cuentas en participación.

El examen de la prueba pericial, ya realizado en fundamentos anteriores, permite considerar la oscura gestión contable y de negocio de Iluminati. Sin embargo, no es posible trasladar esas conclusiones respecto de Pinkerton.

No hay elementos de juicio suficientes como para que, aplicando la técnica del levantamiento del velo, puedan trasladarse de modo automático a Pinkerton los hechos y circunstancias que permitieron responsabilizar a Iluminati; en definitiva, no pueden trasladarse a este codemandado las responsabilidades por el contrato de cuenta en participación que la actora firmó con Iluminati sin levantar el velo de Pinkerton. Para ello es necesario que concurren una serie de circunstancias que la actora no ha acreditado.

Debemos tener en cuenta que la técnica del levantamiento del velo se aplica con carácter excepcional y siempre y cuando la parte que solicita su aplicación realice y asuma la carga de probar las circunstancias que permiten ese levantamiento.

En el supuesto de autos, es cierto y queda acreditado que Pinkerton es una sociedad participada al 100% por Iluminati, pero esta circunstancia no es suficiente para considerar que Pinkerton fue constituida de modo fraudulento, o que opera en el tráfico como una mera pantalla para eludir posibles responsabilidades. Por lo tanto, en este punto la apelación debe estimarse, absolviendo con ello a Pinkerton y a su administrador social.



OCTAVO.- Sobre las costas.

19.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no hay condena en costas de la segunda instancia (artículo 398 de la LEC).

20.- Las dudas de hecho que plantea el supuesto de autos determina que, respecto de las costas de la primera instancia, pese a desestimarse la acción contra Pinkerton y su administrador, no haya condena en costas de la primera instancia (artículo 394 de la LEC).

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Iluminati Production Group, S.L., Pinkerton Producciones y Servicios Audiovisuales, S.L., Carlos Alberto y Apolonio contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 2 de febrero de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma respecto de la condena a Iluminati y a su administrador, absolviendo a Pinkerton y a su administrador de lo pretendido de contrario, sin imposición a la recurrente de las costas del recurso y con devolución del depósito constituido.

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

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