



Roj: **SAP B 10756/2014 - ECLI:ES:APB:2014:10756**

Id Cendoj: **08019370152014100277**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **01/10/2014**

Nº de Recurso: **541/2013**

Nº de Resolución: **310/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 4, 23-09-2013,
SAP B 10756/2014**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 541/2013-1ª

JUICIO ORDINARIO Nº 311/2012

JUZGADO MERCANTIL Nº 4 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 310 / 2014

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F GARNICA MARTÍN

DON LUIS GARRIDO ESPA

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

En Barcelona a 1 de Octubre de 2014

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 311/2012 ante el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, a instancia de HL LLAVANERES 2000 S.L., representada por el procurador de los tribunales D. Ángel Quemada Cuatrecasas, contra CERCLE DE GRACIA S.L., Don Alfonso y Don Ángel , representados por el procurador de los tribunales Don Xavier Ranera Cahís.

Penden las actuaciones ante esta Sala por virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada en fecha 23 de septiembre de 2013 .

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Don Ángel Quemada Cuatrecasas, procurador de los tribunales, actuando en nombre y representación de la mercantil HL LLAVANERES 2000 S.L., contra CERCLE DE GRACIA S.L., Don Alfonso y Don Ángel y, en consecuencia:

1º) Declaro que CERCLE DE GRACIA S.L. está incurso en causa de disolución por el cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social.



2º) Declaro la responsabilidad de Don Alfonso y Don Ángel como administrador de derecho y de hecho respectivamente de CERCLE DE GRACIA S.L.

3º) Condeno a Don Alfonso y a Don Ángel a pagar solidariamente a la actora la cantidad de 119.674,35 euros, así como los intereses legales que se devenguen, por aplicación de la acción individual del artículo 241 de la LSC.

4º) Declaro la nulidad de los acuerdos adoptados por la Juntas Generales de socios de la mercantil demandada de 27 de julio de 2011, y ordeno la correspondiente cancelación de los mismos en el Registro Mercantil.

5º) Condeno en costas a las partes demandadas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. La parte actora presentó escrito de oposición al recurso.

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 17 de septiembre de 2014.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- La entidad demandante HL LLAVANERES S.L., titular del 19,88% del capital social de la demandada CERCLE DE GRACIA S.L., acumuló en su demanda distintas acciones con fundamento en los siguientes hechos (que reseñamos en síntesis a los solos efectos de centrar la controversia):

1º) CERCLE DE GRACIA se constituyó con la finalidad de adquirir un inmueble sito en la CALLE000 NUM000 del BARRIO000 de Barcelona. A tal efecto la demandante acudió el 16 de diciembre de 2008 a la ampliación de capital de la sociedad demandada, aportando 100.000 euros (documentos uno y dos de la demanda).

2º) GESTIÓ DE PATRIMONIO ANTIC S.L., socio mayoritario de CERCLE DE GRACIA S.L. (actualmente es titular del 63,22% del capital social), suscribió un contrato de compromiso de compraventa del citado inmueble con los entonces propietarios, por un precio de 1.200.000 euros, realizando una entrega a cuenta de 158.000 euros.

3º) El 30 de septiembre de 2008, GESTIÓ DE PATRIMONI ARTISTIC S.L. cedió a CERCLE DE GRACIA S.L. los derechos de adquisición de aquel inmueble.

4º) El día 16 de diciembre de 2008 -el mismo día de la ampliación de capital-, CERCLE DE GRACIA S.L. compra el inmueble de la calle Sant Agustí por la cantidad acordada de 1.200.000 euros, suscribiendo ese mismo día un préstamo hipotecario con BANCO BILBAO VIZCAYA por importe de 850.000 euros (documento tres y cuatro).

5º) Tres meses después, el 24 de marzo de 2009 CERCLE DE GRACIA firma un contrato de compromiso de venta a favor de Don Indalecio . Finalmente la venta no se llevó a efecto, lo que supuso un ingreso extraordinario de 159.000 euros (documento cinco de la demanda).

6º) Finalmente el inmueble de la CALLE000 fue vendido por la demandada a Doña Pilar el 19 de noviembre de 2009, por un importe de 1.290.000 euros (documento seis de la demanda).

En definitiva, como consecuencia de la operación, la sociedad contaba con los 156.000 euros del resultado extraordinario, 21.396,69 del resultado de la venta, una vez deducidos los gastos, así como los 500.000 euros aportados por los socios con ocasión de la ampliación de capital. En total, 677.396,69 euros.

7º) La demandante, a raíz de la junta general de socios de la demandada de 24 de marzo de 2010, pudo conocer que CERCLE DE GRACIA S.L. había entregado en concepto de préstamo las siguientes cantidades:

-A GESTIO DE PATRIMONIO ANTIC S.L., titular del 63,22% del capital social, 567.887,51 euros.

-A CONSULTORA DE FUSIONES Y ADQUISICIONES S.L., titular del 4,97% del capital social, 22.500 euros.

-Y a Don Pablo , titular del 1,93% del capital social, 25.000 euros.

SEGUNDO.- La demandante sostuvo en la demanda que la cantidad prestada al socio mayoritario no podrá ser restituida, atendido el fuerte endeudamiento de GESTIO DE PATRIMONIO ANTIC y, en consecuencia, que los administradores de la demandada -que ha quedado inactiva- han procedido a descapitalizar la sociedad, causando un daño directo a la demandante, que no podrá recuperar su aportación ni la parte proporcional de los beneficios que le hubieran correspondido con la venta del inmueble de la CALLE000 . A partir de todo ello, solicitó en la demanda se acordaran los siguientes pronunciamientos:



1º) La declaración de que CERCLE DE GRACIA S.L. está incurso en causa disolución, por conclusión de la empresa que constituye su objeto y por cese de actividad.

2º) La condena a Don Alfonso , administrador de derecho, y de Don Ángel , como administrador de hecho, al pago de 119.674,35 euros, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social; subsidiariamente, conforme al artículo 241 del TRLSC (responsabilidad por daños); y, más subsidiariamente, conforme al artículo 367 de la citada Ley, en relación con las causas de disolución previstas en los apartados a) y b) del artículo 363, que declara la responsabilidad de los administrador por no promover la disolución de la sociedad.

También con carácter subsidiario, para el caso de que no se estimaran las acciones de levantamiento del velo social y de responsabilidad individual de los administradores, ejercitó la acción social de responsabilidad de los artículos 238 a 240 del TRLSC.

3º) La declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas Generales de Socios de 27 de julio de 2011, la primera, de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2009, y la segunda, de aprobación de las cuentas del ejercicio de 2010. La nulidad se sustentó en la infracción del derecho de información del socio y en el hecho de haberse aprobado las cuentas anuales, que reflejaban los préstamos a los socios, con el voto a favor de los propios socios, que estaban incurso en un claro conflicto de intereses con la sociedad.

TERCERO.- La sentencia de instancia estima la acción individual de responsabilidad del artículo 241 del TRLSC. Según el *juez a quo* (fundamento cuarto de la sentencia), la concesión de préstamos a socios, actividad ajena al objeto social de la compañía, se efectuó con infracción del artículo 10 de la LSRL , que exige el previo acuerdo de la Junta General. Además, los administradores de la sociedad quebrantaron el deber de lealtad, al beneficiar a los socios prestatarios en perjuicio de la compañía. También infringieron el deber de diligencia al no constar que los préstamos devengaran intereses, al no formular requerimiento de pago y al no haber instado su resolución o la devolución del capital.

En definitiva, la sentencia concluye que se ha producido un trasvase del patrimonio social en beneficio de alguno de los socios, con exclusión de la demandante, seguido del cese de la actividad. El daño lo cuantifica en 119.674,35 euros, suma que comprende el capital aportado en la ampliación (100.000 euros) y su participación en los beneficios obtenidos por la sociedad con la operación inmobiliaria (19.674,35 euros).

Aunque la sentencia considera que CERCLE DE GRACIA S.L. incurrió en causa de disolución por cese de la actividad -y así lo declara en el fallo de la sentencia-, no entra a analizar la responsabilidad por deudas del artículo 367 del TRLSC al haberse estimado íntegramente la responsabilidad por daños.

La sentencia, por otro lado, rechaza la aplicación al caso de la doctrina del levantamiento del velo social.

En cuanto a la acción de impugnación de los acuerdos sociales, la sentencia declara nulos los acuerdos adoptados en las dos juntas generales celebradas el 27 de julio de 2011 -en las que se aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2009 y 2010- por haberse infringido el artículo 190 del TRLSC, al haber participado en la votación los socios beneficiarios de los préstamos. También estima vulnerado el derecho de información del socio, al no haberse proporcionado a la demandante información de los préstamos.

La sentencia es apelada por la demandada, que impugna los pronunciamientos que le son desfavorables conforme a los argumentos que expondremos a continuación. La parte actora se opone al recurso e interesa se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

CUARTO.- Siguiendo el orden que estimamos más lógico, analizaremos, en primer término, la acción individual de responsabilidad del artículo 241 del TRLSC, que fue acogida por la sentencia de instancia. Como es sabido dicha acción exige para que prospere la producción de un daño para el acreedor y que el mismo sea directamente imputable a actos negligentes del administrador. Por consiguiente, tres requisitos son indispensables para su éxito: (i) un acto negligente imputable al administrador; (ii) que del mismo se derive un daño para el acreedor o el socio; y (iii) que entre el acto ilícito y el daño reclamado exista un enlace preciso y directo, esto es, nexo de causalidad.

Para su análisis hemos de tener presente los siguientes hechos no controvertidos o que estimamos debidamente acreditados:

1º) El 13 de junio de 2008, GESTIÓ DE PATRIMONIO ANTIC S.L., socio mayoritario de la demandada CERCLE DE GRACIA S.L., suscribió un contrato privado de "compromiso de compra" del inmueble sito en la CALLE000 NUM000 del BARRIO000 (Barcelona), por un importe de 1.200.000 euros, entregando a cuenta del precio 158.000 euros.



2º) El 13 de septiembre de 2008 se constituye la demandada CERCLE DE GRACIA S.L., con un capital social de 3.010 euros. GESTIO DE PATRIMONI ANTIC S.L. asume 3.009 participaciones e IMPUSABAL S.L. la participación restante. Es designado administrador único Don Alfonso .

No es controvertido que IMPUSABAL S.L.U., además de socio constituyente de CERCLE DE GRACIA S.L., es administradora única de GESTIO DE PATRIMONI ANTIC S.L. Las tres sociedades están domiciliadas en Ronda General Mitre 145, 1º-2ª de Barcelona. GESTIO PATRIMONI ANTIC S.L. está participada por los demandados Don Pedro Francisco , que ostenta el 10,97% del capital social, y Don Ángel , a través de las sociedades MONISTROL S.L. e IMPUSABAL S.L., que ostentan, respectivamente, el 36,76% y el 14,82% de aquélla. IMPUSABAL tiene como socio único y administrador a Don Ángel . Amén de no resultar controvertido, todo ello resulta de los documentos doce a catorce de la demanda.

3º) El 30 de septiembre de 2008 GESTIO DE PATRIMONI ANTIC traspasa a CERCLE DE GRACIA S.L. los derechos de adquisición del inmueble de la CALLE000 .

4º) El 16 de diciembre de 2008 CERCLE DE GRACIA S.L. acuerda ampliar capital en 500.000 euros, que se distribuye de la siguiente manera:

-La demandante HL LLAVANERAS 2000 S.L. suscribe 100.000 participaciones, aportando al efecto 100.000 euros.

-El demandado Don Pedro Francisco suscribe el mismo número de participaciones por el mismo importe (100.000 euros).

-Don Pablo suscribe 60.000 participaciones.

-CONSULTORA DE FUSIONES Y ADQUISICIONES S.L. 25.000 participaciones.

-GESTIO DE PATRIMONIO ANTIC suscribe 215.000 participaciones, mediante una aportación dineraria de 57.000 euros y el resto (158.000 euros) mediante la compensación del crédito que ostentaba con la sociedad por la cesión de los derechos sobre el inmueble de la CALLE000 .

5º) El mismo día 16 de diciembre de 2008, CERCLE DE GRACIA S.L. compra el inmueble a los Sres. Narciso por la cantidad pactada de 1.200.000 euros, venta que se financia con el importe de la ampliación de capital y un préstamo hipotecario suscrito con el BBVA de 850.000 euros (documento cuatro de la demanda).

6º) El inmueble se pone de inmediato a la venta y el 24 de marzo de 2009 CERCLE DE GRACIA otorga un compromiso de venta con Don Indalecio . Finalmente la venta no prosperó por incumplimiento del comprador, que abonó a la demandada 156.000 euros. En el balance de la sociedad del ejercicio 2009 figura esa cantidad como ingreso extraordinario.

7º) Finalmente el inmueble se vende el 18 de noviembre de 2009 a Doña Pilar , mediante escritura autorizada por el notario de esta ciudad Don Antonio Bosch Carrera, por el precio de 1.290.000 euros (documentos cinco y seis de la demanda).

En la memoria del ejercicio 2009 de CERCLE DE GRACIA se indica, en la partida de "resultado por enajenaciones del inmovilizado", que con ocasión de la venta del inmueble de la CALLE000 la demandada obtuvo un resultado neto de 21.296,69 euros, una vez deducido del precio de venta (1.290.000 euros) el precio de adquisición (1.200.000 euros) y los gastos.

Tampoco se cuestiona que tras cerrarse la venta en noviembre de 2009, el patrimonio de la demandada ascendía a 677.396,69 euros, incluyendo las aportaciones de los socios (500.000 euros), el resultado de la venta (21.396,69 euros) y el ingreso extraordinario de 156.000 euros por la venta fallida.

8º) La entidad demandante pudo comprobar que las cuentas del ejercicio 2009, sometidas a aprobación en la junta convocada el 24 de marzo de 2010, incluían préstamos a socios por un importe superior a 610.000 euros y una entrega a la sociedad CERCLE DE PALLARS S.L. de 134.926,53 euros. A tal efecto no son controvertidos los siguientes actos de disposición:

-CERCLE DE GRACIA entregó en concepto de *cash pooling* a CERCLE DE PALLARS 134.926,53 euros. Ello no obstante, GESTIO DE PATRIMONI ANTIC asumió la deuda de esta última frente a la demandada, según resulta del documento 18 de la demanda (folio 220). Ese documento lo suscribió el Sr. Ángel en representación de GESTIO DE PATRIMONI ANTIC y CERCLE DE PALLARS. Por CERCLE DE GRACIA intervino el Sr. Alfonso .

-CERCLE DE GRACIA entregó en concepto de préstamo al socio mayoritario GESTIO DE PATRIMONI ANTIC 567.887,51 euros, suma que comprende la cantidad asumida de CERCLE DE PALLARS.



-CERCLE DE GRACIA, por último, entregó en concepto de préstamo a los socios minoritarios Don Pablo y CONSULTORA DE FUSIONES Y ADQUISICIONES 22.500 y 25.000 euros respectivamente.

El único de los socios que no percibió cantidad alguna fue la actora HL LLAVANERAS 2000 S.L., pese a ser titular del 19,88% del capital social.

9º) La demandante interpuso demanda de nulidad de los acuerdos adoptados en junta general de socios el 30 de junio de 2010 (aprobación de las cuentas del ejercicio 2009) y en junta general de 27 de abril de 2010 (reparto de un dividendo extraordinario con cargo a una reserva voluntaria de 78.429,88 euros). El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de lo Mercantil 4 (autos 481/2010). Atendido el allanamiento de la sociedad demandada, el Juzgado dictó sentencia estimatoria, declarando la nulidad de los acuerdos impugnados. Ello no obstante, no es controvertido que el acuerdo de distribución de la reserva voluntaria se llevó a efecto y que la demandante percibió por tal concepto 15.592,11 euros.

10º) En el balance abreviado de GESTIO DE PATRIMONI ANTIC del ejercicio 2009 la deuda con CERCLE DE GRACIA figura en el pasivo corriente en el apartado "otros deudores a corto plazo". No consta, sin embargo, que aquella entidad haya saldado siquiera de forma parcial la deuda ni que haya abonado intereses.

11º) CERCLE DE GRACIA no ha desarrollado por sí misma actividad alguna tras la operación de venta. Los demandados aluden a una actividad residual por los préstamos a la matriz y por la propia actividad que ésta y otras empresas del mismo grupo realizan.

QUINTO.- Los recurrentes sostienen en su recurso que no concurren los presupuestos de la acción de responsabilidad por daños, que la sentencia vincula con la concesión de préstamos a socios, con exclusión del demandante. Y ello por los siguientes motivos:

-La entidad demandante aceptó percibir 15.592,11 euros, que atribuye a intereses de los préstamos. A su entender, la aceptación de esa cantidad implica la confirmación de los préstamos, por lo que la actora no puede ir contra sus propios actos.

-Los préstamos fueron legales, dado que el de mayor cuantía, concedido a GESTIÓ DE PATRIMONI ANTIC, no precisaba de la autorización de la junta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.2º de la LSRL (162.2º del TRLSC), por tratarse de un crédito a favor de una empresa del grupo. Los otros dos préstamos, de cuantía muy inferior, hubieran superado la prueba de la resistencia, dado que aquella entidad ostenta el 63% del capital social de la demandada.

-No existe perjuicio para la sociedad, que hubiera justificado únicamente el ejercicio de la acción social, no la individual. Tampoco existiría daño indirecto para la demandante, dado que tanto el patrimonio neto de CERCLE DE GRACIA como el de GESTIÓ DE PATRIMONI ANTIC es positivo. Esto es, la demandada tiene patrimonio suficiente para abonar la cuota de liquidación. La actora debería haber acreditado que CERCLE DE GRACIA y su matriz (la prestataria) son absolutamente insolventes, cosa que no ha hecho.

SEXTO.- Rechazamos, en primer lugar, que la aceptación por la demandante de la parte que le correspondió en el reparto de la reserva voluntaria constituya un acto propio que confirme unos préstamos contra los que HL LLAVANERES 2000 S.L. se ha rebelado por todos los medios posibles. No existe, en definitiva, confirmación, a los efectos establecidos en el artículo 1309 del Código Civil .

Coincidimos, por lo demás, con los argumentos esgrimidos por el *juez a quo* . Atendido el relato de hechos probados, cabe concluir que CERCLE DE GRACIA se constituyó para llevar a cabo una única operación financiera: la compra del inmueble de la c/ CALLE000 y su posterior reventa. Así, el mismo día en que se amplió el capital (el 16 de diciembre de 2008) se concertó el préstamo con el BBVA y se otorgó la escritura de compra. De forma inmediata se puso a la venta el inmueble, venta que se llevó a efecto el 18 de noviembre de 2009. Inmediatamente después se concertaron los "préstamos" con tres de los socios (dentro del ejercicio 2009) y desde entonces la demandada no ha realizado por sí misma actividad alguna. En definitiva y como concluye la sentencia de instancia, nos hallamos ante una liquidación de hecho de la sociedad con exclusión de uno de los socios.

Al margen de la legalidad de los supuestos préstamos, la actuación de los administradores fue desleal con la sociedad y gravemente lesiva para la demandante. La mayor parte de los fondos (567.887,51 euros) se transfirió a GESTIÓ DE PATRIMONI ANTIC, sociedad controlada por los demandados. No consta que se exigiera garantía alguna o que se pactara con la supuesta prestataria algún tipo de compensación. Es más, contabilizado el crédito como "deuda a corto plazo", al tiempo de interponerse la demanda (tres años después del traspaso de fondos) nada se había restituido del principal y nada se había abonado en concepto de intereses. Tampoco hoy (cinco años después) se ha amortizado siquiera parcialmente el capital. Además, los demandados no cuestionan que ninguna actuación han realizado para recuperar la cantidad prestada.



La recurrente considera que la actora debería haber acreditado que tanto la demandada como GESTIÓ DE PATRIMONI ANTIC S.L. son insolventes y, en definitiva, que nada percibirán como cuota de liquidación. Pues bien, atendido el tiempo transcurrido, la situación del mercado inmobiliario y los antecedentes citados, entendemos que es a la parte demandada a la que incumbía la carga de acreditar que CERCLE DE GRACIA cuenta con algún activo que liquidar y que los préstamos, cinco años después de haberse concedidos sin garantía alguna, podrán ser devueltos. Por aplicación del principio de facilidad probatoria, los Sres. Pedro Francisco e Ángel , administradores de CERCLE DE GRACIA y GESTIÓ DE PATRIMONI ANTIC S.L., respectivamente, se encuentran en la posición idónea para demostrar la calidad de los activos de las empresas que gestionan. Y dado que nada han probado en tal sentido, podemos concluir que aquellos préstamos nunca serán devueltos.

Es cierto que con la actuación negligente y desleal de los gestores de la demandada se ha lesionado, fundamentalmente, el interés social. Ahora bien, las circunstancias concurrentes nos permiten colegir que, en realidad y como hemos expuesto, se ha producido una liquidación de facto de los activos de CERCLE DE GRACIA, con exclusión de uno de los socios, que ha perdido definitivamente su aportación inicial y la participación en los beneficios de su inversión. En este caso, más que de una lesión indirecta o refleja, cabe hablar de un daño directo causado dolosamente por los administradores. Concurren, por tanto, todos los presupuestos de la acción individual de responsabilidad del artículo 241 del TRLSC. En cuanto al perjuicio, hemos de ratificar el criterio de la sentencia apelada, que no ha sido rebatido en el recurso. Se concreta en los 100.000 euros aportados con la ampliación de capital y la parte proporcional de los beneficios obtenidos por CERCLE DE GRACIA con la compra y posterior venta del inmueble de la CALLE000 .

El Tribunal Supremo, en un supuesto casi idéntico al enjuiciado (sentencia de 4 de noviembre de 2010, ROJ 7568/2010), llegó a la misma conclusión. Dijo al respecto lo siguiente:

" Aunque como regla el daño a la sociedad susceptible de ser reclamado por vía del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas conceptualmente excluye el ejercicio por los socios de la acción prevista en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas , dado que el daño en estos casos, de existir, como regla, puede calificarse de indirecto o reflejo, en supuestos extraordinarios como el que nos ocupa, en el que en el que no se ha impugnado la conclusión de la sentencia recurrida de existencia de daño y en el que la sociedad ha desaparecido de hecho y la actuación de los administradores desde la perspectiva civil merece el más severo reproche, hay base para entender que entre la lesión de los intereses del socio en la liquidación de la sociedad por vía de hecho sin atribución de la cuota correspondiente en el remanente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 394 de la Ley de Sociedades de Capital -, y la actuación de los administradores existe relación directa que no quiebra por el hecho de que también dañe a los intereses de la sociedad desaparecida".

SEPTIMO.- Por tanto, los dos demandados han de responder del daño causado a la entidad demandante: Don Pedro Francisco , como administrador de derecho, y Don Ángel , como administrador de hecho. El recurso cuestiona que éste tuviera tal condición, lo que nos obliga a reiterar lo expuesto en otros supuestos al respecto. Así, hemos mantenido en anteriores resoluciones (Sentencia de 16 de noviembre de 2011, ROJ 13140/2011 , entre otras) que, con carácter amplio, administrador de hecho será quien ejerce efectivamente el cargo al margen de un formal y válido nombramiento, encuadrando dentro de dicha categoría al llamado administrador oculto, esto es, la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, coexistiendo con un administrador de derecho (que figura como tal frente a terceros) y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos.

El elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social. Debe añadirse la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad, excluyendo de este concepto a aquellas personas cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión.

La STS de 8 de febrero de 2008 , al abordar esta materia, aporta importantes precisiones: la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS 7 junio 1999 , 30 julio 2001), siempre que actúen regularmente "por mandato de los administradores o como gestores de éstos", pues "la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador "sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Añade que cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o



factor mercantil al administrador de hecho (SSTS 26 de mayo 1998 , 7 mayo 2007) en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte "un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes", designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (SSTS 23 marzo 2006).

En el presente caso, los elementos que toma en consideración la sentencia apelada para declarar al Sr. Ángel como administrador de hecho de la demandada son abrumadores. Son los siguientes:

1º) El demandado es, directamente o por sociedades interpuestas, socio mayoritario de GESTIÓN DE PATRIMONIO ANTIC S.L., sociedad que, a su vez, es socia mayoritaria con un 62,65% de CERCLE DE GRACIA S.L. GESTIÓN DE PATRIMONIO ANTIC S.L. tiene por administrador único a IMPUSABAL S.L.U., cuyo socio único y administrador es el Sr. Ángel .

2º) Poco después de constituirse CERCLE DE GRACIA S.L., su administrador único otorga poderes amplísimos de gestión y representación a IMPUSABAL S.L.U.

3º) Ante el Juzgado de Instrucción 22 de Barcelona, que conoció de las diligencias previas 3163/2010, a raíz de la querrela interpuesta por la demandante contra los demandados, el Sr. Pedro Francisco declaró que " es el administrador de CERCLE DE GRACIA", si bien "el Sr. Ángel es el que lleva todo en la práctica" (documento siete de la demanda, al folio 142).

El Sr. Ángel , por su parte, admitió que "*lleva la administración de hecho de CERCLE DE GRACIA a través de su empresa IMPUSABAL que se dedica a la administración integral de empresas*" (documento ocho, al folio 143).

4º) En la carta de 15 de marzo de 2010, dirigida por CERCLE DE GRACIA a la propia demandante, el Sr. Ángel junto con el Sr. Pedro Francisco manifiestan ser "*responsables del área de gestión integral*" de la compañía.

Todo lo cual no lleva a confirmar la conclusión del juez a quo, que declaró al Sr. Ángel -y no la sociedad IMPUSABAL- como auténtico administrador de hecho de la demandada, que debe responder de los perjuicios causados a la demandante en la misma medida que el administrador de derecho.

Entendemos, al igual que la sentencia apelada, que declarada la responsabilidad por la vía del artículo 241 del TRLSC, no es necesario analizar la acción de responsabilidad por deudas del artículo 367. Tampoco si concurría o no causa de disolución, pronunciamiento que sólo tendría interés si hubiera necesidad de examinar esta segunda acción.

OCTAVO.- La demandada también recurre en apelación la nulidad de los acuerdos adoptados en las juntas celebradas el 27 de julio de 2011, en las que se aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2009 y 2010. Como hemos adelantado, la nulidad se acuerda por dos motivos:

1º) Las cuentas anuales se aprobaron con el voto a favor de de los socios y sociedades perceptoras de los préstamos, cuando deberían haberse abstenido conforme a lo dispuesto en el artículo 190.

2º) Infracción del derecho de información.

No podemos compartir el primero de los argumentos de la resolución recurrida. El acuerdo impugnado no tenía por objeto la concesión de préstamos a los socios, sino la aprobación de las cuentas anuales que, lógicamente, reflejan ese hecho contable. Además, como bien indica la recurrente, el artículo 10.2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente en el momento en que se concedieron los préstamos), al igual que el artículo 162.2º del TRLSC, dispone que no será necesario el acuerdo de la junta general "*para realizar los actos anteriores* (entre los que se encuentre al anticipo de fondos y la concesión de préstamos) *en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo*". Como dijimos en nuestra reciente sentencia de 4 de abril de 2014 (Rollo 653/2012), en la que analizamos la compatibilidad entre el deber de abstención del artículo 52 de la LSRL y la previsión del apartado segundo del artículo 10, prevalece en la Ley el interés que se estima superior de facilitar la financiación entre las sociedades de un mismo grupo. En esa situación se encuentra GESTIÓN DE PATRIMONIO ANTIC, que ostenta el 63% del capital social de la demandada. Su voto favorable al acuerdo, por otro lado, determina en cualquier escenario su validez, aunque no tomáramos en consideración el voto de los otros dos socios beneficiarios de los préstamos, en aplicación del llamado test de resistencia, dado que el voto de aquéllos no fue decisivo para la adopción del acuerdo.

NOVENO.- Por lo que se refiere a la infracción del derecho de información, recordemos que ese derecho tiene dos vertientes: a) aquella que se concreta en el momento de recibir el orden del día y antes de su celebración;



y b) la que se concreta durante la celebración de la propia junta. A esas dos vertientes se refiere el artículo 196 del TRLSC cuando establece que "los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día". Ese derecho de información genera la obligación correlativa del órgano de administración de proporcionárselos, "en forma oral o escrita -añade el apartado segundo del artículo 196- de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social."

Otra manifestación del derecho de información se regula en el artículo 272 del TRLSC, cuando la junta tiene por objeto la aprobación de las cuentas anuales. De acuerdo con el apartado segundo de dicho precepto, "a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como, en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho".

Al igual que el artículo 86.2º de la LSRL, el artículo 272.3º del TRLSC dispone, para las sociedades de responsabilidad limitada y salvo disposición contraria de los estatutos, que el socio o socios que representen el cinco por ciento del capital social "podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedentes de las cuentas anuales".

El derecho de información, según jurisprudencia reiterada, se configura como un derecho de "naturaleza pública y, por tanto, de carácter imperativo, que no es dable ser modificado por pactos particulares y, además, de cumplimiento inexcusable para el órgano ejecutivo de la sociedad" (STS de 23 de noviembre de 2010, ROJ 6251/2010). Es instrumental del derecho de voto y por ello su utilidad se circunscribe al ámbito en que es necesario para el ejercicio (STS de 27 de marzo de 2009). Por tanto, no es un derecho ilimitado, sino que ha de ceñirse a los extremos concretos sometidos a la junta (SSTS de 17 de febrero y 20 de septiembre de 2006). En todo caso, como cualquier otro derecho, ha de ser ejercitado de buena fe, debiendo rechazarse los modos de ejercicio que resulten abusivos (SSTS de 8 de mayo de 2003 y 17 de febrero de 2006).

La sentencia de instancia (fundamento sexto) considera vulnerado el derecho de información por no habersele entregado a la demandante copia de los contratos de préstamo ni prestado información sobre los mismos. Pues bien, también en este punto concreto hemos de acoger los argumentos de la recurrente. En efecto, en la primera de las juntas, celebrada a las 11 horas del 27 de julio de 2011, que tenía por objeto aprobar las cuentas del ejercicio 2009 -en el que se concedieron los préstamos-, la demandante no consideró necesario que se le informara al respecto (documento 30 de la demanda, al folio 287). Sí lo hizo en la segunda de las juntas, celebrada a las 12 horas, relativa a las cuentas del 2010. Ahora bien, fue en el apartado de "ruegos y preguntas", una vez aprobadas por mayoría las cuentas del ejercicio (folio 296). Además, la demandante pidió en ese momento que "la entrega inmediata de una copia de los contratos de préstamo o crédito otorgados por la sociedad a favor de los demás socios de la compañía, debidamente sellados por los organismos públicos tributarios competentes". Aun cuando es cierto que los contratos no se le entregaron, hemos de tener presente que la demandante conocía, pues así lo habían declarado los demandados en las diligencias previas, que los préstamos se acordaron de forma verbal.

En consecuencia, debemos estimar parcialmente el recurso, dejando sin efecto la nulidad de los acuerdos adoptados en las juntas generales de CERCLE DE GRACIA el 27 de julio de 2011.

DECIMO.- Por aplicación del principio del vencimiento (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), las costas de primera instancia han de imponerse a los demandados que han resultado condenados, imponiendo a la demandante las costas de la sociedad demandada que ha sido absuelta.

Conforme a lo previsto en el artículo 398 de la citada Ley, imponemos a los Sres. Pedro Francisco e Ángel las costas del recurso y sin imposición de las costas causadas a la sociedad CERCLE DE GRACIA S.L.

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CERCLE DE GRACIA S.L., Don Ángel y Don Pedro Francisco, contra la sentencia de 23 de septiembre de 2013, que revocamos en parte, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la juntas generales de socios de la demandada el 27 de julio de 2011. Las costas causadas en primera instancia a la demandante se imponen a los demandados Don Pedro Francisco y Don Ángel. Condenamos a la demandante al pago de las costas causadas en primera instancia a la sociedad CERCLE DE GRACIA S.L.



Condenamos a Don Pedro Francisco y Don Ángel al pago de las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Líbrese certificación de la presente, una vez firme, y remítase al Juzgado de origen a los efectos pertinentes junto con los autos originales.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ