



Roj: **SJM IB 212/2014 - ECLI:ES:JMIB:2014:212**

Id Cendoj: **07040470012014100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2014**

Nº de Recurso: **1049/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **VICTOR MANUEL CASALEIRO RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE PALMA DE MALLORCA

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario 1049/2013

### **SENTENCIA**

En Palma de Mallorca, a 15 de diciembre de 2014

Vistos por mí, don Víctor Manuel Casaleiro Ríos, juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, los autos de Juicio Ordinario con número 1049/2013, en el que es parte demandante don Dimas , la entidad mercantil Socceryaya S.L.U y la mercantil Luz y Sol 2009 S.L., representados por el Procurador don José Antonio Cabot Llambías y asistido por el Letrado don Julio Ichaso Urrea, y parte demandada don Leandro y don Sixto , representados por el Procurador don Miguel Socias Rossello y asistido por el Letrado don Julián Carnicero Isern, habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, dicto la presente sentencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El día 13 de diciembre de 2013, el Procurador de los Tribunales don José Antonio Cabot Llambías, en nombre y representación de don Dimas , la entidad mercantil Socceryaya S.L.U y la mercantil Luz y Sol 2009 S.L., presentó demanda de juicio ordinario.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que contestase a la demanda, cosa que hizo por medio de escrito presentado en este Juzgado el día 26 de febrero de 2014.

El día 5 de junio de 2014 tuvo lugar el acto de la audiencia previa, con el resultado que obra en autos, fijándose en este acto los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2014 para la celebración de la vista.

Llegado el día señalado para la vista, ésta tuvo lugar con la práctica de los siguientes medios de prueba, practicados en el orden pactado por los letrados de las partes en aras a una mayor concreción de los hechos y evitando de esta manera esperas y retrasos a los testigos y peritos citados.

*Primera sesión, día 24 de noviembre .*

- 1) Interrogatorio del demandado, don Sixto .
- 2) Interrogatorio del demandado, don Leandro .
- 3) Testifical de don Bartolomé , ex consejero del club.
- 4) Testifical de don Geronimo , gerente del club.
- 5) Testifical de doña Nicolasa .
- 6) Testifical de don Ramón , presidente y consejero del club.
- 7) Testifical de don Jesus Miguel .



**Segunda sesión, día 25 de noviembre .**

- 8) Testifical de don Cipriano , ex administrador concursal del club
- 9) Testifical de don Jacobo , ex administrador concursal del club
- 10) Testifical de don Salvador , ex administrador concursal del club
- 11) Testifical de don Pedro Jesús .
- 12) Testifical de don Darío
- 13) Testifical de don Ismael

**Tercera, y última, sesión, día 26 de noviembre.**

- 14) Testifical don Santiago , auditor de cuentas del club
- 15) Pericial de don Pedro Miguel .
- 16) Pericial Judicial de don Domingo .

**Tras la práctica de la prueba, quedaron los autos vistos para sentencia.**

**TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.**

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PREVIO: *Excepciones procesales.*

**Falta de requisitos de procedibilidad de la acción.**

En su escrito de contestación a la demanda, con carácter previo, entiende la parte demandada que no concurren los requisitos de procedibilidad del ejercicio de la acción social, pues la propuesta sometida a la Junta, celebrada el día 27 de junio de 2013, adolece de falta de los elementos esenciales para sustentar el ejercicio de la acción social y por consiguiente carece del presupuesto básico para la prosperabilidad de la acción. Entiende que i) no se indicó en la propuesta cual fuera el daño causado a la sociedad, ii) falta de mención en la propuesta sometida a la junta de la conducta antijurídica que se atribuye a los dos consejeros demandados, y iii) en la propuesta hay silencio absoluto sobre la imprescindible relación de causalidad entre el incumplimiento o conducta antijurídica y el daño causado.

Por lo expuesto considera esta parte que la propuesta sometida a la junta no reúne los elementos esenciales sobre los que se pretende sustentar la acción social, e incurre por ello en la ausencia del presupuesto básico para la prosperabilidad de la acción. En apoyo se alega la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid ( Secc. 28) de 5 de diciembre de 2012 .

La parte actora, respecto los extremos mencionados, no considera pertinente su prosperabilidad, pues considera que su propuesta fue correcta y que la jurisprudencia invocada no es de aplicación al caso concreto. Además, entiende que se incluía en la citada propuesta los elementos básicos como son las personas, conductas y daño derivado de la desviación presupuestaria.

Respecto esta cuestión aun cuando pudiera ser objeto de éxito lo alegado por la parte demandada, en el presente caso entiendo que si se da el presupuesto para sostener, mejor dicho poder proceder a la interposición de la presente acción. Pues del contenido de la propuesta, se observa quienes son los demandados así como el daño que presuntamente se cree se ha ocasionado por los demandados, además de los demás elementos pertinentes, en su caso, para el éxito de la acción pues también se indica las presuntas actuaciones de las que derivaría y con ello presumiría la relación causal.

Por lo expuesto, y en aras a no establecer una interpretación excesivamente rígida de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción, se desestima la excepción procesal planteada por la parte demandada.

**Falta de interés legítimo en la continuación del proceso respecto a uno de los demandados, Luz y Sol S.L..**

En el acto del juicio la parte demandada, y con carácter previo al inicio de la práctica de la prueba, señala que en base a lo establecido en el artículo 239 LSC, que establece la condición de socio para instar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la actora Luz y Sol S.L., carece de tal condición la día de comenzar el acto del juicio. Ello es así pues alega que dicha entidad ha vendido sus acciones, y por ello entiende que su interés legítimo en la continuación del pleito no existe, añadiendo que de tales circunstancias ha tenido



conocimiento por correo del Director General del club, Sr. Geronimo enviado el día 18 de noviembre del presente año.

La parte actora, dándosele traslado en el mismo acto del juicio, manifiesta que en caso de que ello fuera correcto, pues lo desconoce, no desvirtúa la legitimación por el principio de *perpetuatio iurisdictionis*, ya que en el momento en que se produce la interposición de la demanda no hay duda alguna de que Luz y Sol era accionista del RCD Mallorca S.A.D., y es en ese momento, que es cuando se entabla la acción, el que establece la litis y la contienda procesal. Cualquier modificación posterior es irrelevante, y a tal efecto, añade, si la información fuese correcta en nada afectaría y privaría de legitimación.

Una vez manifestado por las partes en el acto del juicio sus posturas, quedó la cuestión pendiente de resolverse en sentencia, dado que no era óbice para continuación del juicio. Por ello, es en este momento cuando se decidirá sobre el mismo. Ante las alegaciones de ambas partes procede la estimación de la legitimación, por entender que se produce desde el momento de interposición de la demanda de la *perpetuatio legitimationis*, conforme a los artículos 410 a 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin concurrir o acreditar en este proceso los supuestos que generan el cese del tal efecto.

A mayor abundamiento, en similar sentido se pronuncia la AP de Pontevedra Sección 1ª, Sentencia de 17 de abril de 2008 "...atendiendo al efecto de la *"perpetuatio legitimationis"* que provoca la interposición de la demanda ( arts. 410 a 413 LEC )," y la Sentencia Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno de 9 de mayo de 2013 "...En nuestro sistema, la litispendencia provoca la *perpetuatio facti* (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la *perpetuatio iurisdictionis* (perpetuación de la jurisdicción), la *perpetuatio legitimationis* (perpetuación de la legitimación), la *perpetuatio obiectus* (perpetuación del objeto), la *perpetuatio valoris* (perpetuación del valor) y la *perpetuatio iuris* (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida (en este sentido, SSTS 427/2010, de 23 de junio (RC 320/2005), 760/2011, de 4 de noviembre (RC 964/2008) EDJ 2011/286983, y 161/2012, de 21 de marzo (RC 473/2009) EDJ 2012/118063...". Pues bien, a tenor de la jurisprudencia expuesta, más clara y didáctica que este juzgador, así como el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede más que compartirse el criterio de la *perpetuatio legitimationis*, si bien, sin desconocer supuestos en que podría ser estimado la pretensión de la parte demandada, no siendo el presente caso dado que no se han acreditado en tiempo y forma.

#### **PRIMERO.- Depuración del alegato fáctico.**

Una más precisa respuesta a la controversia planteada mediante la demanda instauradora de la presente litis exige que, con carácter previo al análisis de la prueba practicada, se delimiten con precisión los hechos controvertidos. Con esta finalidad es preciso que, antes, se expongan los hechos esenciales recogidos en la demanda y en la contestación a la demanda, para que, a continuación, por decantación, depuremos el alegato fáctico, concretando los hechos controvertidos. En este sentido, puede señalarse que los hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte demandante ("causa petendi", según la STS de 28 de octubre de 2013, entre otras), son los siguientes:

La parte actora fundamenta su pretensión en los actos y omisiones contrarios a los estatutos incumpliendo los deberes de su cargo, es decir Consejeros delegados del club, realizados durante los años 2011 y 2012. Parte del presupuesto básico del ejercicio de la acción social en el desvío significativo del gasto contemplado en los presupuestos aprobados por el Consejo de Administración del Club para la temporada 2011/12, adoptado por acuerdos en sesiones del Consejo de Administración celebradas el día 13 de junio, 26 de septiembre y 14 de noviembre de 2011.

Ante tales hechos, los actores solicitaron en Junta la interposición de la sociedad, es decir el club, el ejercicio de la acción social, pero dado el voto en contra de la mayoría de accionistas no prosperó. Habiendo votado a favor de la misma, y en virtud del artículo 239.2 LSC, entablan como accionistas minoritarios, haciendo valer su legitimidad subsidiaria, la acción social.

En el escrito de demanda tras realizar una serie de manifestaciones, como son las concernientes a la situación económica del club, y de su situación de concurso de acreedores, así como del proceso de elaboración del presupuesto de la entidad, R.C.D. Mallorca S.A.D., se entra a analizar la situación que se dio en la temporada 2011/12 donde se elaboraron varios y distintos presupuestos. En concreto, respecto a este extremo la actora explica las diferencias entre los presupuestos, que someramente derivan en que tras el primer presupuesto que se aprobó el 26 de septiembre 2011, por importe de 32.148.218,93 euros como consta en el acta, y el 14 de noviembre de 2011 presupuesto el cual dice no haberse aprobado sino que simplemente se distribuyó en un papel con más detalle la cantidad de 32.358.725,63 euros. Tomando como válido ésta última cantidad, aun cuando reitera no se aprobó, cifra en la misma el presupuesto para el año 2011-2012.



La parte actor, partiendo de dicho presupuesto, alega que los demandados acabaron realizando un gasto por importe de 40.328.940,72 euros, conforme a las cuentas anuales que se aportan en el documento 5, lo que supone una desviación del presupuesto aprobado en lo relativo a gastos por importe de 7.970.215 euros. Dichos gastos aparecen especificados en su escrito de demanda resultando la suma expuesta.

La parte actora entiende que el desvío presupuestario constituye, o mejor dicho, ha producido un daño al RCD. Mallorca SAD por importe de 7.970.215 euros. Esta cantidad deriva de actos y operaciones, es decir, de irregularidades llevadas a cabo por los consejeros delegados demandados durante la temporada 2011-2012 que evidencian una mala gestión que ocasionaron unas graves consecuencias en el club. Dichos actos y gestiones se enuncian pormenorizadamente en su escrito de demanda siendo correlativos, entre otros, con los documentos que van del número 19 al 39 del escrito de demanda.

Por su parte, el conjunto de hechos esenciales recogidos en la contestación a la demanda para el logro de la consecuencia jurídica pedida por la parte demandada, desestimación de la demanda, pueden resumirse en los siguientes puntos:

El primero de ellos se refiere a una cuestión estrictamente procesal de la cual deriva la viabilidad o no de la pretensión del demandante por entender que no concurre el presupuesto básico para prosperar la acción dado que no se indicó en la propuesta cual fue el daño causado en la sociedad, falta de mención en la propuesta sometida a la Junta de la conducta antijurídica que se atribuye a los codemandados y que en la propuesta hay un silencio absoluto sobre la imprescindible relación de causalidad entre el incumplimiento o conducta antijurídica y el daño causado. Añade, en relación a la citada propuesta de ejercicio de la acción social sometida a la Junta, que la misma adolece de incorrección y laconismo extremo y que sólo es objeto de la presente demanda el desvío del gasto contemplado en el presupuesto 2011-2012, de entre los motivos alegados en la referida propuesta. Cuestión esta ya resuelta en el Fundamento de Derecho Previo de la presente demanda.

Continúa en la contestación a la demanda esgrimiendo que todas las actuaciones llevadas a cabo por los codemandados desde el 1 de julio del 2011 hasta el 15 de marzo del 2012 fueron expresamente autorizadas por los administradores concursales, con ello infiere, que el desvío respecto el presupuesto que se imputa a los codemandados estaban expresamente autorizados.

El escrito de contestación a la demanda también incide sobre los importes del presupuesto del ejercicio 2011-2012 entendiéndose que el importe del mismo relativo a gastos asciende a 33.294.725,38 euros y que la diferencia estrictamente deriva del cese del cuerpo técnico anterior y de la contratación del uno nuevo, incluyéndose dichas partidas dado que las mismas eran conocidas por ello los presupuestos presentados el 26 de septiembre y el 14 de noviembre del 2011 debían incluir las consecuencias económicas de estos cambios.

En relación al tema económico, entiende la parte demandada que no se ha producido ningún tipo de daño a la sociedad ya que tanto los beneficios y el patrimonio neto son positivos, además de haberse disminuido cada año la partida de pérdidas de los ejercicios anteriores. Entiende ésta parte que el desvío del presupuesto no supone ni provoca ningún daño a la sociedad. Este daño a su entender no se acredita por la parte demandante, es más, el mismo debe ser real y efectivo, no futurible y menos "un podría", como entiende el demandado que se realizó en todo el escrito de demanda sin concretar de una manera real y efectiva cual era el daño patrimonial.

Además, reiterando que se ha aumentado el patrimonio neto, incide en este punto en que no se ha acreditado por parte del actor relación de causalidad alguna pues considera parco e insuficiente el hecho de entender que gastar por encima de lo presupuestado genera "per se" un daño y ello implique que haya una relación de causalidad entre ambos. Respecto al desvío presupuestario vuelve a manifestar el letrado de la parte demandada que el mismo no supone ni determina, por el simple hecho de realizarse, una conducta antijurídica o un incumplimiento.

Continúa la parte demandada en su contestación a la demanda realizando el análisis de las partidas y las diferencias que hay relativas a los gastos presupuestados en correlación a lo establecido en la demanda para determinar que había la desviación presupuestaria.

La contraposición de los hechos esenciales alegados en los escritos de demanda y de contestación a la demanda (momento legal para la fijación de los hechos controvertidos según el artículo 412 de la LEC), dan lugar a los siguientes hechos controvertidos, puestos de manifiesto en el acto de la audiencia previa:

a) La concurrencia de los presupuestos o elementos de la acción social de responsabilidad, para lo que se hace preciso que, con carácter previo, se dé respuesta a las siguientes preguntas:

-Si o no de la desviación patrimonial ha derivado un daño para la sociedad

-De haberse producido el daño, si o no ha existido relación causal entre el desvío presupuestario y daño.



-Si o no del actuar de los codemandados se ha incurrido en actos ilícitos.

b) En el caso de que concurran los presupuestos o elementos de la acción social de responsabilidad, concretar el importe de la indemnización, que conforme a lo sostenido por la parte demandante, debe comprender el importe de los reintegros 7.970.215,00 euros .

A pesar de quedar perfectamente delimitados los hechos admitidos y controvertidos, y por tanto, depurado el alegato fáctico de manera exhaustiva y adecuada, lo cierto es que la correcta delimitación del objeto de la controversia exige que, con carácter previo, se dibujen los rasgos que caracterizan a la acción social de responsabilidad.

## **SEGUNDO.- Acción ejercitada.**

*Determinación de la acción ejercitada.*

**La parte actora ejercita con la demanda instauradora de la presente litis una acción social de responsabilidad, prevista y regulada en los artículos 238 al 240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC). La STS de 4 de noviembre de 2.011 concreta los presupuestos o elementos de la acción social de responsabilidad de los administradores:**

### ***Elementos de la acción social de responsabilidad de los administradores.***

**La acción social de responsabilidad se dirige a proteger y defender el patrimonio de la sociedad frente a los daños o lesiones que los actos u omisiones ilegales, antiestatutarios o incumplidores de los deberes de los administradores hayan provocado directamente sobre el mismo; esto es, de los daños que los administradores hayan causado a la mercantil por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo, debiendo existir, en todo caso, un nexo causal entre la acción u omisión ilícita y el daño sufrido por la sociedad. La responsabilidad civil indemnizatoria se origina, pues, cuando acaece el daño conectado casualmente a una acción u omisión ilícita y culpable de aquel a quien se exige reparación, *siendo en consecuencia el daño* y la actuación los *presupuestos materiales de la responsabilidad de los administradores* . Las cuestiones que plantea la determinación del daño y su prueba, bien en cuanto a su existencia bien en cuanto a su extensión, deben resolverse conforme a la doctrina general de la responsabilidad por civil por daños y perjuicios. El daño tiene que proceder de una actuación ilícita o antijurídica de los administradores, sea un acto o una omisión en la sociedad en relación con un deber genérico de comportamiento siendo además que tal ha de ser culpable el acto ilícito imputable a los administradores. Por último, en cuanto al nexo causal, habrá que atenderse a la adecuación para apreciar el origen del daño y la medida en que la acción u omisión de los administradores han contribuido a su producción.**

**La STS de 4 de noviembre de 2011 concreta los elementos de la acción social de responsabilidad de los administradores:**

*" Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores , sin que a ello fuese obstáculo que en la redacción anterior a la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, el texto de la norma se refiriese exclusivamente a "acción" "*

*" Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal "*

*" 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 "*

*" Que la sociedad sufra un daño (...)el daño se erige en requisito necesario e imprescindible para que prospere la acción social de responsabilidad" .*

*" Que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño "*

*Naturaleza de la acción.*

Nos encontramos ante una responsabilidad por daño de carácter subjetivo, exigiendo la concurrencia de culpa en el agente. La culpa del agente, por la específica construcción de esta responsabilidad en la ley, viene determinada por la actuación antijurídica del administrador, sea por ser contraria a la ley, a los estatutos o a la diligencia debida en función de los deberes legales inherentes al ejercicio del cargo de administrador. La descripción de la naturaleza de la acción ejercitada podemos encontrarla en la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 13 de enero de 2009 (casada en parte por la STS de 3 de septiembre de 2012 ), cuando argumenta que:

**" Con carácter general, la acción social de responsabilidad frente a los administradores**



*sociales que instaura el artículo 134 TRLSA (de aplicación a las de responsabilidad limitada), que responde al esquema típico de la acción indemnizatoria por una conducta antijurídica que ha causado un daño, tiene por objeto reconstruir el patrimonio de la sociedad en la medida en que haya sido dañado o perjudicado por una actuación u omisión de los administradores que se revela antijurídica por ser contraria a la Ley, a los estatutos o a la diligencia debida en función de los deberes legales inherentes al desempeño del cargo ( art. 133.1 TRLSA ), teniendo en cuenta el cánón de diligencia y los deberes que imponen los arts. 127 y siguientes del TRLPI , en particular (es lo que aquí interesa), el de un representante leal ( art. 127 TRLPI ) y las concretas manifestaciones del deber de lealtad que especifica el art. 127 ter, cuyo apartado 2 dispone que "Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador". En todo caso, es preciso para que prospere la acción la demostración de un acto u omisión que suponga una contravención, aquí, de esos deberes de lealtad y fidelidad, y de un nexo causal lógico y adecuado entre tal actuación antijurídica y la causación del daño o perjuicio al patrimonio o interés social.*

*El art. 127 TRLPI define el modelo de conducta diligente que se espera del administrador señalando que éste desempeñará su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, lo que se concreta en un haz de específicos deberes, en particular, en el de fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad (a tenor del art. 127 bis), lo que implica la obligación de desempeñar el cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad al interés particular, de modo que ante cualquier situación de conflicto el administrador está obligado a no sobreponer sus intereses particulares a los de la sociedad. De ello se ocupa con pormenor, en ciertas situaciones concretas, el art. 127 ter, que debe interpretarse desde la perspectiva de la posición de privilegio que al administrador le otorga la titularidad del órgano, por razón de la relación fiduciaria que el mismo mantiene con la sociedad, al tener a su disposición el material humano y el instrumental preciso para la consecución del objeto social, que debe destinar sólo a la consecución del interés de la sociedad. En particular, se prohíbe por la norma el aprovechamiento, en detrimento del interés social, de cualesquiera operaciones en beneficio propio, esto es, el aprovechamiento de la oportunidad de negocio, contemplando el precepto dos supuestos: las operaciones ofrecidas a la sociedad (cuando el origen del interés social es la oferta de negocio realizada por un tercero) y las operaciones o inversiones en las que la sociedad tuviera interés (por pertenecer el negocio al ámbito de su objeto social, siendo defraudada su posición de sujeto activo en búsqueda de negocio). En cualquier caso es necesario, para apreciar la situación de conflicto, que el administrador haya tenido conocimiento de la oportunidad de negocio de inversión con ocasión del ejercicio del cargo, si bien se contempla una excepción: la prohibición cede cuando la sociedad haya desestimado dicha operación o inversión sin mediar influencia del administrador.*

*Pero es necesaria otra precisión, que juega como presupuesto lógico para apreciar el incumplimiento de este deber: será necesario, para estimar el supuesto de aprovechamiento desleal de la oportunidad de negocio en perjuicio del interés de la sociedad, que al tiempo de concertar el negocio el administrador esté ejerciendo el cargo, legal o fácticamente, por seguir ostentando la titularidad, de derecho o de hecho, del órgano de administración. Si no es así difícilmente podría admitirse una infracción del deber de lealtad o de fidelidad, que naturalmente cesa al extinguirse el vínculo entre el titular del órgano de administración y la sociedad, a salvo el específico deber de secreto previsto por el art. 127 quáter, que se extiende indefinidamente después de cesar en sus funciones: "Los administradores, aún después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social". "*

*Por tanto, conforme a la doctrina anterior, si el comportamiento indicado como antijurídico por la parte demandante es el de actuar en contra de los estatutos e incumpliendo los deberes inherentes a su cargo, realizados en la temporada que ambos ostentaban la posición de consejeros delgados mancomunados, y que conllevaron los mismo una desviación presupuestaria ostensible que se identifican por el actor en una serie de operaciones, actuaciones e irregularidades llevadas a cabo por los mencionados demandados, y que del mismo deriva un daño, que se identifica por el actor en la diferencia entre los presupuesto y las cuentas anuales, de tal forma, en síntesis, este comportamiento produce un daño consistente en la desviación de los gastos previstos y los realizados, y conforme a la doctrina anteriormente expuesta, dado que constituye el primer hecho controvertido de nuestro procedimiento, el objeto de la controversia no puede ser otro que el de determinar, en primer lugar si se ha producido el daño a la sociedad, y de ser así entrar a analizar si os comportamientos han sido o mejor dicho, si el daño lo producen estos actos que la parte demandante reputa antijurídicos, y determinar la relación causal si ello fuera así.*



### ***Daño a la sociedad.***

Como indiqué anteriormente, uno de los elementos de la acción social de responsabilidad es el daño a la sociedad, daño que efectivamente se produciría si se acredita que la sociedad lo ha sufrido en sí misma, es decir si de la propia desviación presupuestaria deriva un daño per se. Recordar nuevamente que el *daño se erige en requisito necesario e imprescindible para que prospere la acción social de responsabilidad*, es decir si no se acredita la existencia del daño es baladí entrar a valorar los demás elementos de la acción.

TERCERO.- *Reglas relativas a la carga de la prueba.*

Delimitado el objeto de la controversia, el siguiente paso es el de valorar la prueba practicada, para lo que habrá que tener en cuenta el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que establece:

" 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre **competencia desleal** y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.(...)

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. "

Este precepto ha de ser entendido en el sentido de que al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho, pues si el demandado no se limita a negar aquellos sino que alega otros, con el objeto de impedir, extinguir o modificar el efecto jurídico pretendido en la demanda, tendrá que probarlos, de la misma forma que habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin graves dificultades.

En definitiva, en términos generales, cuando se invoca un hecho que sirve de presupuesto al efecto jurídico que se pretende y el mismo no ha sido probado, las consecuencias de esa falta de prueba son que se tendrá tal hecho por inexistente en el proceso, en contra de aquél sobre quien pesaba la carga de su demostración.

CUARTO.- *Valoración de la prueba practicada.*

### ***Existencia o no de Daño a la sociedad RCD Mallorca SAD.***

Fijados los términos del debate, el objeto de la controversia y las reglas de la valoración de la prueba, procede sin más entrar a analizar la prueba practicada. Para ello hemos de partir de una premisa, o mejor dicho como he mencionado en párrafos anteriores, si concurre el presupuesto material del daño para el ejercicio de la acción social, pues de no haberse provocado o generado el mismo, es innecesario entrar a valorar si la conducta de los administradores es o no antijurídica y de si o no hay relación causal.

Pues bien ciñéndonos a valorar si ha existido o no un daño para la sociedad, la parte actora identifica el daño con la desviación presupuestaria, pero no se realiza una concreción del mismo si no que únicamente se determina de esta manera y refiriéndose a partidas que considera irregulares.

El debate se debe centrar, como he mencionado en la premisa básica para continuar con el análisis, de darse la misma, en los demás presupuestos, pero ello sin perjuicio de otros extremos importantes que se irán mencionado en relación con esta, como son las desviaciones presupuestarias y el presupuesto de la temporada, pero en los mismos no nos detendremos de modo expreso. Si bien, antes es preciso determinar que la mayoría de los testigos mencionaron que la existencia de desviaciones presupuestarias es algo normal en el sector al que se ciñe la cuestión, es decir el mundo del fútbol. También es preciso fijar que de las declaraciones de los testigos y especialmente de los peritos se concluyó que los presupuestos estaban



mal elaborados, es decir, adolecían de incorrecciones, si bien ello en este momento y dado que la diferencia existente en los presupuestos que sostiene cada parte no es trascendental no entraremos en ello.

Pues respecto a si o no ha existido daño, es meridiana la declaración del testigo D. Santiago , testigo que acude al acto en su condición de auditor del club, propuesto por la parte actora, y que por la experiencia que tiene en el ejercicio de su profesión, en concreto, dado que desde año 2000/2001 audita las cuentas del club, manifiesta que a su entender no ha existido daño a la sociedad.

Su declaración es muy clarividente, pues no solo manifiesta que a su entender no ha existido daño a la sociedad, sino que además explica que había siempre "desviaciones es un hecho recurrente, las desviaciones era una situación que siempre se produce, pues el mundo del futbol muy complejo dado que la marcha deportiva condiciona a la hora de confeccionar presupuestos". Pero no solo respecto estos extremos resultó contundente su declaración, a la par que coherente y verosímil, pues preguntado sobre los gastos reales de la temporada 2011/2012, manifiesta que " *no ha detectado ninguna irregularidad. Considera los gastos como necesarios no aprecia ningún gasto superfluo ni fraudulento. Además que los contratos estaban informados a la administración concursal*". Continúa su declaración respondiendo a la pregunta de que entre las cuentas anuales y los presupuestos existe una diferencia de aproximadamente siete millones, a lo que contesta que entiende que es consecuencia de la marcha deportiva, no de motivos de otro tipo, y por último manifiesta a preguntas que por qué haya diferencia entre los presupuestos y las cuentas anuales hay daño, entiende que no, que lo importante es ver de donde viene o se produce la misma.

A modo de conclusión y a preguntas de este juzgador, manifiesta que el hecho de que haya desviación no implica que se produzca un daño, y a mayor abundamiento, preguntado si se podría concluir que de la interrelación entre los presupuestos, sus desviaciones y la cuentas anuales se produce un daño, ( hora 10:31 a.m. de la grabación) responde que no, que no hay daño, porque se debe ir siguiendo las desviaciones, y que el hecho de comparar unas cuentas anuales con los presupuestos, por la simple diferencia no se deriva un daño.

De esta forma llama la atención como se parte de la premisa que las desviaciones presupuestarias eran algo normal en el club, más concretamente en el mundo del futbol, y que ello no conlleva un daño para la sociedad, es decir, que exista diferencia entre presupuesto y cuentas anuales no implica un daño.

Respecto a la prueba pericial, comenzaremos exponiendo el resultado del informe pericial aportado por la parte demandada. En dicho informe pericial se parte de la existencia de incorrecciones en la elaboración del presupuesto y de una serie de partidas enumeradas, si bien ello también es coherente con la dificultad intrínseca de la elaboración de unos presupuestos para entidades como la presente. Una vez acreditado y reconocido en el informe las desviaciones considera que las mismas están justificadas y vinculadas con la actividad del club y, reitera, tienen su origen en la dificultad de confección del presupuesto por ser muy difícil cuantificar gastos venideros. Concluye, que todas las desviaciones asumidas se corresponden con gastos efectivamente soportados y vinculados con la actividad de la entidad, y añade que existió un control suplementario de autorización y fiscalización de gasto ejercido por la administración concursal.

Es de destacar, antes de analizar la declaración realizada en el acto del juicio del perito Sr. Pedro Miguel , como las conclusiones del informe del mismo son esencialmente coincidentes con la declaración efectuada por el auditor del club Sr. Santiago .

Bien, el perito Sr. Pedro Miguel , en el acto del juicio, además de ratificar el informe pericial, preguntado si la desviación de presupuesto origina "per se" un daño a la sociedad, manifiesta que no tiene porque provocar un daño, además no tiene que ser ni bueno ni malo la desviación, la desviación como tal, solo si la misma no está justificada ni asociado a la actividad del club. En su exposición incide que el presupuesto no se ha de entender, en relación con entidades privadas, como un corset, el presupuesto estima que va a suceder, pero es posible que por acontecimientos durante el año el mismo no se pueda o sea pertinente salirse de el. Por último, y después de analizar una serie de partidas, preguntado en relación a los gastos reales, considera que los gastos que ha soportado el club son reales y vinculados con la actividad del club, las desviaciones son reales, que no han causado daño a la sociedad porque eran justificadas, por ello no entiende que haya un daño a la sociedad.

En conclusión, analizando lo manifestado tanto en el acto del juicio como en su informe se llega a la misma conclusión de no existencia de daño a la sociedad.

Por último, se ha de analizar en este lugar el informe del perito judicial Sr. Domingo , propuesto por la parte actora. A este respecto, y como la misma lo propuso en el acto de la audiencia previa al amparo de lo dispuesto en el artículo 339.2 Lec , también, en dicho acto solicitó que el informe pericial versara sobre los extremos que expuso la parte actora, si bien sobre ello incidiremos más adelante.





Del informe pericial se extrae, además de un pormenorizado análisis, que han existido partidas incorrectamente presupuestas, lo que nos lleva a corroborar lo hasta ahora enunciado respecto a la confección de los presupuestos de la sociedad.

En el acto del Juicio el perito judicial designado por el Juzgado a instancia de la parte actora, responde con una congruencia y coherencia increíble a las preguntas de las partes. Permítaseme resaltar este extremo de la declaración del Sr. Domingo , no solo por lo didáctico de la misma, sino por la importancia que tendrá y analizaremos en el siguiente párrafo. Ciñéndonos a la declaración, en la misma preguntado sobre las desviaciones presupuestarias, manifiesta que el presupuesto debe ser un documento vivo, es necesario ir revisándolo, dado a que la gestión de la empresa preocupa el gasto real más que el previsto ( hora 11:53 a.m. de la grabación).

Preguntado sobre si la desviación ha representado una disminución patrimonial manifiesta que ello depende, es decir, el aumento o disminución del patrimonio, en los gastos realizados, continúa manifestando que el patrimonio social depende de los gastos realizados, por ello si los gastos que se han realizado son los necesarios y sólo los necesarios ello no afecta al patrimonio final o resultado final, en absoluto. Lo importante es saber en qué se ha desviado el presupuesto, pues si el gasto alegado era necesario o no necesario, es la premisa mayor de la que se ha de partir, y si el gasto era necesario no ha habido daño.

Si bien, lo expuesto de lo declarado por el Sr. Domingo no determina la existencia o no de un daño en la sociedad, ello no le es imputable pues como a continuación analizaremos no fue objeto de su pericial, a petición de la parte actora acreditar o no la existencia del daño.

Como he anunciado es pertinente respecto a esta prueba pericial determinar cuál fue el objeto de la misma, que se constituyó a instancia de la parte actora solicitante de la pericial judicial, es decir, sobre que ha de versar el informe pericial. Así, y como se indicó en el acto de la audiencia previa, recogido el mismo en su inducta y también se menciona en el informe pericial judicial, se instó que el mismo tratara sobre los siguientes extremos "*La correspondencia en cuanto a su naturaleza:*

- *de las partidas de ingresos y gastos incluidos en el presupuesto aprobado por el Consejo de Administración del Real Club Deportivo Mallorca para la temporada 2011-2012 (documento nº4 acompañado a la demanda).*
- *con las partidas de ingresos y gastos incluidas en el Presupuesto acompañado a la contestación a la demanda como documento nº 13 y,*
- *con las respectivas partidas de ingresos y gastos incluidas en la cuenta de pérdidas y ganancias de las cuentas anuales de la temporada 2011-2012 (documento nº5 acompañado a la demanda).*
- *Identificando que partidas de dichos documentos son correlativas o se corresponden entre si y asimismo.*
- *determine la composición u origen de cada una de dichas partidas.*
- *determine exactamente el importe de la desviación o diferencia si la hubiere entre las partidas de ingresos y gastos incluidas en dichos documentos.*
- *determine en qué casos la desviación o diferencia si la hubiere obedeció a haberse presupuestado incorrectamente o a una falta de previsión adecuada de tales partidas en el presupuesto y*
- *determine que parte de dicha desviación o diferencia si la hubiere, conllevaría salidas de efectivo o sería susceptible de afectar a la tesorería.*

*Solicitando y teniendo acceso para elaborar dicho dictamen a la contabilidad y documentación soporte del Real Club deportivo Mallorca que el perito estime necesaria y oportuna"*

La pertinencia de recordar este extremo deriva en que el mismo delimita los objetos sobre los que ha de versar el informe pericial judicial. Siendo ello así, y contemplando tanto el tenor literal de la solicitud como del informe, en ningún momento se insta que el perito judicial determine el daño sufrido por la sociedad, que determine si tales desviaciones han generado un daño la misma y su cuantificación a tenor de toda la documentación contable. Pues bien, ello no se insta y por tanto no se realiza, recordando las reglas de la carga de la prueba artículo 217.2 Lec "*Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición .*", he de considerar que ello corresponde probarlo a quien sostiene la pretensión, en este caso a la actora, a lo que le añadimos la facilidad probatoria una vez admitida la petición de prueba de informe pericial judicial, por este juzgador en el acto de la audiencia previa, de solicitar que el mismo se pronunciara sobre este extremo, que recordemos nuevamente es esencial para el éxito de la acción ejercitada. Si bien, ello no lo realiza, pretendiendo sostener que existe daño a la sociedad por el hecho de la diferencia existente entre el



presupuesto y las cuentas anuales, entendiéndose que la desviación presupuestaria constituye el daño. Pero lo lógico y coherente a entender de este juzgador es que se abandonara la presunción de que la diferencia mencionada constituye el daño y se determinara de un modo real, efectivo, completo y cuantificado el daño ocasionado a la sociedad a través de la pericial, ya fuere a instancia de parte, o bien en el presente caso solicitando que ello fuera realizado por el perito judicial.

A mayor abundamiento, sobre este particular, este juzgador preguntó al Sr. Domingo en el acto del juicio, (hora 12:31 a.m. de la grabación) si a su entender consideraba que existía o no daño o si se había provocado daño a la sociedad, quien con buen criterio, demostrando conocer las reglas procesales del principio dispositivo que rige el proceso civil, manifestó no poder contestar pues "no podemos saber si hay daño o no" dado que el informe pericial se le solicitó en otro sentido aplicando para ello una serie de parámetros, y que si se hubiese solicitado la determinación de si existe o no daño y en que importe se hubieran de aplicar otros criterios y entonces si podría contestar. En concreto, el Sr. Domingo manifiesta que en su informe el objeto de la pericia no recae sobre el daño, no habla del daño porque no se le ha preguntado y por ello no se ha estudiado. Realizar un análisis presupuestario si se quisiera contestar a la pregunta del daño sería pertinente realizar otra pericial, hacer una auditoria de gestión de calidad que no es lo que aquí se ha realizado pues no es lo que le pidieron.

En síntesis, hemos de llegar a la conclusión de no saber si o no se ha ocasionado un daño a la sociedad derivado de las desviaciones presupuestarias, a esta conclusión se llega después de observar lo manifestado por el testigo Sr. Santiago y el informe pericial del Sr. Pedro Miguel quienes consideran que la diferencia entre el presupuesto y las cuentas anuales "per se" no constituyen un daño a la sociedad. A ello hemos de añadir la falta de carga probatoria de sobre si o no se ha producido el daño achacable a la parte actora, que es a quien, conforme al artículo 217 de la ley de enjuiciamiento civil, corresponde probar los hechos sobre los cuales fundamenta su pretensión, máxime en el presente caso en que admitida la prueba solicitada consistente en la pericial judicial no solicita que el informe pericial vea, entre otras cuestiones, sí o no ha existido daño, quedando pues este extremo huérfano de prueba.

De esta forma procede desestimar la demanda en este mismo momento, sin continuar analizando ningún hecho controvertido más, dado que *no ha resultado acreditado el daño a la sociedad*, y como hemos dicho el daño constituye el requisito necesario e imprescindible para el ejercicio y éxito de la acción social.

QUINTO.- *Costas procesales.*

De conformidad con el artículo 394 LEC, en caso de desestimación íntegra de la demanda, se impondrán las costas causadas a la parte demandante, salvo que existan serias dudas de hecho o de derecho que aconsejen no condenar en costas. En el caso presente, la desestimación de la demanda proviene de la incapacidad de la parte demandante de acreditar los hechos fundamentadores de su pretensión, pero no de la existencia de dudas que conduzcan a este Juzgador a desestimar la demanda.

**Visto lo anterior,**

## FALLO

**Que con DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por el Procurador don José Antonio Cabot Llambías, en nombre y representación de don Dimas, la entidad mercantil Socceryaya S.L.U y la mercantil Luz y Sol 2009 S.L., contra don Leandro y don Sixto, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a don Leandro y don Sixto de los pedimentos contenidos en la demanda. Todo ello con expresa condena en costas procesales a las partes demandantes.**

**Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación. De conformidad con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, la interposición del recurso de apelación exige el pago de la tasa judicial de 800 euros más la cantidad variable que resulte de multiplicar 0,5 a la cantidad objeto del pleito.**

**Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.**

**PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez de refuerzo Don Víctor Manuel Casaleiro Ríos, mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, de lo que como Secretario certifico.**