

**Roj:** SAP IB 43/2017 - **ECLI:**ES:APIB:2017:43  
**Órgano:** Audiencia Provincial  
**Sede:** Palma de Mallorca  
**Sección:** 5  
**Nº de Recurso:** 568/2016  
**Nº de Resolución:** 53/2017  
**Fecha de Resolución:** 20/02/2017  
**Procedimiento:** CIVIL  
**Ponente:** MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

### **Encabezamiento**

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 5

#### **PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00053 /2017

N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

AMT

**N.I.G.** 07040 47 1 2013 0001101

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000568 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000496 /2013

Recurrente: Julián, BANCO MARE NOSTRUM SA E INNOSTRUM DIVISION INMOBILIARIA SAU Procurador: OLGA TERRON RODRIGUEZ, MIGUEL SOCIAS ROSSELLO

Abogado:

Recurrido: Jose Luis

Procurador: MARIA ANTONIA VENTAYOL AUTONELL

Abogado:

**SENTENCIA Nº 53**

ILTMOS. SRES: PRESIDENTE:

DON MATEO RAMÓN HOMAR

MAGISTRADOS:

DOÑA COVADONGA SOLA RUIZ

DOÑA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En Palma, a 20 de febrero de 2017.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de BALEARES, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 496/2013, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL Nº 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 568/2016, en los que aparece como parte demandada-apelante, D. Julián, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. OLGA TERRON RODRIGUEZ, y asistido por el Abogado D. Joan Buades Feliu, como parte demandante-apelante a "INVERNOSTRA SLU", ahora "BANCO MARE NOSTRUM, SA E INNOSTRUM DIVISION INMOBILIARIA, SAU", representada por el Procurador de los Tribunales, D. MIGUEL SOCIAS ROSSELLO, asistida por el Abogado D. MANUEL GARCÍA- VILLARRUBIA BERNABÉ, y como parte demandada-apelada, D. Jose Luis, representado por la Procurador de los Tribunales, Sra. MARIA ANTONIA VENTAYOL AUTONELL, asistido por los Abogados D. PAU MIR CAPELLA y D. GUILLERMO ALCOVER GARAU.

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada DOÑA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Lo Mercantil Número 2 de Palma en fecha 30 de mayo de 2016 se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "A.- DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador D. Miguel Socías Roselló, en representación de BANCO MARE NOSTRUM S.A. e INNOSTRUM DIVISIÓ INMOBILIARIA S.A UNIPERSONAL (antes INVERNOSTRA S.L.U), en relación a la acción social ejercitada contra D. Jose Luis, y en consecuencia ABSUELVO a D. Jose Luis de todos los pedimentos contenidos en la demanda, con expresa imposición de las costas generadas a la parte actora. B.- ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el Procurador D. Miguel Socías Roselló, en representación de BANCO MARE NOSTRUM S.A. e INNOSTRUM DIVISIÓ INMOBILIARIA S.A UNIPERSONAL (antes INVERNOSTRA S.L.U) en relación a la acción social ejercitada contra D. Julián, y en consecuencia: 1. CONDENO al demandado, D. Julián, a pagar a BANCO MARE NOSTRUM S.A. e INNOSTRUM DIVISIÓ INMOBILIARIA S.A UNIPERSONAL (antes INVERNOSTRA S.L.U) la cantidad total de TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTAY DOS MIL CIENTO SESENTA EUROS (34.292.160'00 &#8364;), en la siguiente proporción: un tercio a BANCO MARE NOSTRUM S.A. (11.430.720'00 &#8364;) y dos tercios a INNOSTRUM DIVISIÓ INMOBILIARIA S.A UNIPERSONAL (22.861.440'00 &#8364;). 2. CONDENO al demandado, D. Julián, a que satisfaga a la parte actora los intereses a los que se refiere el fundamento décimo tercero de esta resolución, así como las costas generadas".

Que solicitado por la representación procesal del Sr. Julián complemento de la citada sentencia, recayó Auto a fecha 15 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es

del tenor literal siguiente: "No ha lugar a la petición de complemento de sentencia interesada por la representación procesal de D. Julián".

**SEGUNDO.-** Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante y demandada Sr. Julián, se interpusieron recursos de apelación y seguido por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 14 de febrero del corriente año, quedando los recursos conclusos para Sentencia.

**TERCERO.-** Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a lo resuelto por la Sala.

### **PRIMERO .- LOS ESCRITOS DE ALEGACIONES**

La demanda instauradora de la presente Litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de PALMA el 29 de julio de 2013. Invernostra SLU (en lo sucesivo INVERNOSTRA), ejercitó la acción social de responsabilidad aprobada en acuerdo de 7 de febrero de 2013 contra dos de sus antiguos consejeros, -SR. Juliány SR. Jose Luis-, por su actuación en el denominado PROYECTO BRICKELL (cfr. Acta de la Junta General de la Sociedad (doc. 122.1). El Consejo de Administración de Banco Mare Nostrum SA, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1/2010 de 2 de julio en el ejercicio de las competencias de la Junta General, adoptó por unanimidad la decisión de aprobar el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los antiguos consejeros de la sociedad, Don Jose Luis y Don Julián, por los daños causados a la sociedad incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo, con ocasión de la inversión de la sociedad en el denominado proyecto Brickell; como motivación de la propuesta razona que: " *la acción social se dirige por el momento contra los citados ex consejeros en atención a su directa intervención en los hechos generadores del daño a la compañía* .

*En concreto, además de su actuación como consejeros, el Sr. Jose Luis intervino como representante legal de las sociedades norteamericanas que se utilizaron como vehículo, firmando los distintos contratos; al tiempo el Sr. Julián fue administrador de las sociedades españolas utilizadas como vehículo, y consejero de la sociedad objetivo en Miami la sociedad estadounidense 1201 BRICKEL BAY DRIVE (en adelante 1201 BBD ).*

*Por el carácter solidario de la responsabilidad no se descarta que la acción pudiera extenderse en el futuro a otros consejeros, que lo fuesen en el periodo en el que se adoptaron los acuerdos, en función de los resultados de las investigaciones de expertos "forensic" acordadas sobre la citada operación, y otras que pudieran tener relación con ella o con los socios en la operación".* El acta detalla, entre otros elementos, las carencias manifiestas por las que concluye que concurre un manifiesto incumplimiento de sus deberes de administración diligente y leal de la sociedad a lo largo de todo el proceso de la inversión, es decir, en la propia presentación y gestación del proyecto BRICKELL, en la toma de decisión para la inversión y decisiones derivadas, en la gestión de la operación y finalmente en el resultado. El proyecto, según se ha comprobado después, presentaba carencias manifiestas que debieron ser advertidas y salvadas o evitadas por los Sres. Jose Luis y Julián.

El acta detalla que:

*( I) La operación se diseñó ejecutó y gestionó sin previa obtención de informes de asesoramiento, (no hay por ejemplo informe de due diligence contable o legal).*

*(II) Faltaba un plan de negocio serio y real de los proyectos inmobiliarios de 1202 BBD.*

*(III) No se hizo un estudio de solvencia de las sociedades y personas con las que firmaron los documentos a través de los cuales se instrumentó la operación.*

*(IV) Los terrenos sobre los que 1201 BBD se proponía realizar los proyectos inmobiliarios no eran de su propiedad. Se ha producido en todo el proceso, en definitiva, un desconocimiento manifiesto y una inobservancia palmaria de los deberes de los administradores contra los que se ejercita la La demanda recoge estos extremos, concluye que la operación era inviable desde el principio y que los dos demandados lo sabían y lo ocultaron al consejo de administración de INVERNOSTRA (Punto cuarto del HECHO PRELIMINAR). A su juicio, ese comportamiento ha sido el causante directo del daño sufrido por INVERNOSTRA que concreta en el importe íntegro de las cantidades desembolsadas por INVERNOSTRA en 2008, 2009 y 2010, y en el resto de los conceptos fijados pericialmente.*

La actora es una sociedad cuyo socio único, en la fecha de la aprobación del PROYECTO BRICKELL, era SA NOSTRA; en la actualidad es BMN e INNOSTRUM DIVISIÓN INMOBILIARIA, S.A. UNIPERSONAL.

El Consejo de Administración de INVERNOSTRA de fecha 21 de septiembre de 2007 se constituyó bajo la presidencia de DON Saturnino, siendo vicepresidente el SR. Porfirio y vocales D. Jose Luis, D. Benigno, D. Faustino, D. Mariano, D<sup>a</sup> Silvia, D. Teofilo, D<sup>a</sup> Azucena, D. Ángel Daniel, D. Basilio, D. Julián, asistieron también D. Fausto (ASESOR JURÍDICO), D. Lucio (DIRECTOR GENERAL), D. Severino (SUBDIRECTOR GENERAL) y D. Pablo Jesús (SUBDIRECTOR GENERAL), (doc. 19.1).

El asunto "1201 BRICKELL BAY DRIVE LLC" fue tratado como octavo punto del orden del día en un listado de 20 asuntos. De la mera lectura del acta se evidencia su importancia porque es, con mucho, el que aparece más extensamente descrito. El Consejo de Administración que aprobó por unanimidad esta operación tuvo conocimiento, -según reseña dicha acta de septiembre de 2007 -, de lo siguiente:

*Se trata de la adquisición de un 25% de la sociedad 1201 domiciliada en EUA mediante una compraventa de títulos a los actuales socios, por un importe de 50 millones de dólares que serían desembolsados asumiendo un compromiso de pago, a la firma de la operación, entregando 12 promissory notes (instrumentos mercantil de EUA parecido a un pagaré de España); el importe de cada pagaré era 16.666.666 dólares Usa y los vencimientos de los pagarés entre el 10 de diciembre de 2008 y diciembre de 2010.*

*Esta operación está vinculada a un pacto de recompra por parte de los socios vendedores o empresas de su titularidad, (opciones cruzadas de compraventa), por un total de 110 millones de dólares. Invernostra podrá ejercitar dicha opción de venta entre septiembre y diciembre de 2008 por importe de 36.666.666 por la que se*

*recibirán pagares con vencimiento el 10 de diciembre de 2009 y las otras dos, "opciones de venta", por ese mismo importe con pagares al vencimiento el 10 de diciembre de 2010 y 10 de diciembre de 2011 .*

El acta también refleja información sobre como optimizar el tratamiento fiscal de la operación, y la aprobación por unanimidad de la constitución de tres sociedades españolas siendo administradora única INVERNSOTRA con el Sr. Julián como representante persona física y la constitución de tres sociedades en EUA siendo el SR. Jose Luisel representante legal de las mismas.

Por último, también se aprueba por unanimidad que INVERNOSTRA avale a cualquiera de las seis sociedades por el compromiso total asumido de 50 millones de dólares.

En conclusión, se invierten 50 millones de dólares mediante pagarés con vencimientos entre 2008 y 2010 con el objetivo de obtener 110 millones de dólares pagaderos entre 2008 y 2011.

Varios de los consejeros y/o asistentes a este Consejo del 21 de septiembre habían asistido a la reunión de presentación del proyecto el 3 de agosto según el email de convocatoria de 2 de agosto (cfr. DOC 42 Severino, Pablo Jesús, Erasmo, María Consuelo). Este correo trae causa de otro de 26 de julio que convocó para el 30 de julio si bien fue suspendido por enfermedad del Sr Julián.

La demanda se dirige contra el Sr. Julián en su calidad de MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION y director de participadas porque era el representante persona física de Invernostra administradora única de las sociedades españolas de tenencia de valores extranjeros CARIBBEAN FUNDS SLU; VARALLO INVESTMENTS SLU, VARALLO RESORT SLU y contra el Sr. Jose Luis MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION porque era el administrador de las filiales norte Americanas y director general de Sa Nostra.

En la demanda afirma que INVERNOSTRA participaba en, *"más de cuarenta sociedades dedicadas a la actividad inmobiliaria pero nunca lo había hecho en Estados Unidos"* .

Advierte la situación societaria de la demandante y durante el proceso comunica el resultado de las modificaciones estructurales por ello el suplico, tras la sucesión procesal acordada mediante Auto de 4 de abril de 2014 quedó modificado en los siguientes términos:

"1.-) Declare que D. Julián y D. Jose Luis, en su condición de miembros del Consejo de Administración de la sociedad INVERNOSTRA S.L., han actuado de forma antijurídica y negligente, incumpliendo los deberes previstos en los artículos 225 y siguientes de la LSC e inherentes a su condición de miembros del Consejo de Administración de la Sociedad, causando con ello a BANCO MARE NOSTRUM, S.A., y a INNOSTRUM DIVISIÓN INMOBILIARIA, S.A. UNIPERSONAL, (como actuales titulares, por sucesión universal, de los derechos y obligaciones de INVERNOSTRA, S.L., y que son objeto de este procedimiento), un perjuicio patrimonial que deben indemnizar.

2.-) Condene a D. Julián y D. Jose Luisa reparar los daños que han ocasionado a BANCO MARE NOSTRUM, S.A., y a INNOSTRUM DIVISIÓN INMOBILIARIA, S.A. UNIPERSONAL, y, en consecuencia, a abonar de forma solidaria a las actoras el

importe en que éstos se concretan (fijados en un total de

34.292.160 euros), y los intereses que se devenguen desde la fecha de presentación de esta demanda, en la proporción de un tercio para BANCO MARE NOSTRUM, S.A. (esto es, 11.430.720 euros, más intereses), y de dos tercios para INNOSTRUM DIVISIÓN INMOBILIARIA, S.A. UNIPERSONAL (esto es, 22.861.440 euros, más intereses).

3.-) Todo ello, con expresa imposición de las costas devengadas en el presente procedimiento".

Los demandados comparecieron en autos, contestaron y se opusieron a la demanda alegando tal y como detalla la sentencia apelada, caducidad de la acción, prescripción, negando la responsabilidad de su participaciones en los hechos.

La representación legal del Sr. Julián, entre otros extremos, alegó como hechos impositivos a la estimación de esta acción:

1.- La existencia de un plan estratégico para participadas de SA NOSTRA (doc. 2) relevante porque la gestión del Grupo Sa Nostra, en general y de INVERNOSTRA en particular se regía por un plan estratégico elaborado por analistas financieros internacionales (AFI) y aprobado por los respectivos Consejos de Administración. De dicho plan procede destacar que fue aprobado el 30 de marzo de 2007 por el Consejo de Administración de INVERNOSTRA y que MIAMI era un destino preferente para canalizar nuevas inversiones.

Llamamos la atención sobre dos elementos de dicho plan, de una parte respecto a los objetivos estratégicos de distribución sectorial fuera de Baleares como regla general se invierte pero no se financia.

*" Así se acompaña a promotores baleares en su proceso de expansión. No se financia porque la subrogación no es el objetivo pues habitualmente la caja no tiene presencia en esos destinos. Si bien en aquellas zonas en las que la Caja tuviera presencia física sí podría tener sentido financiar".*

De otra, es objetivo para segunda vivienda: PORTUGAL, ITALIA, CROACIA, CANCÚN, REPÚBLICA DOMINICANA, MIAMI, (Cfr. folio 385).

Al folio 403 dicho informe indica que las participadas se enmarcan en la estrategia de negocios y riesgo de la caja.

2.- En cuanto a los datos aportados con la contestación que completan hechos relevantes para la valoración de la negligencia en que se fundamenta la acción de responsabilidad, debemos añadir que el Sr. Julián inició su relación laboral en SA NOSTRA el 14 de febrero de 1978 y la finalizó el 27 de enero de 2011 como consecuencia de la incoación de un expediente de regulación de empleo.

Fue designado como consejero delegado de la filial Invernostra en el año 2004, cargo que ocupó hasta su cese el 4 de marzo de 2011 consecuencia de la extinción de la relación laboral con SA NOSTRA.

A la fecha de aprobación del proyecto BRICKELL dependían de su cargo 131 entidades participadas directamente por Sa Nostra, y era consejero en 42 sociedades:

dicho cargo era gratuito sin haber percibido dietas de asistencias a las reuniones de dichos órganos de administración. (Relación de Consejos de Administración en los que participa el apelante al folio 424).

3.- En cuanto al itinerario para la aprobación, destaca que la propuesta de participación en el proyecto BRICKELL fue realizada por los empresarios promotores del proyecto: Sres. Luis Pabloy Landelino.

Y, que desde la primera reunión, (informal), han asistido el director general adjunto de SA NOSTRA presidente del comité de inversiones de créditos y participadas y vocal del consejo de administración de Invernosta y la directora de riesgos de SA NOSTRA.

La gestación del proyecto se hizo por técnicos y analistas de Invernosta y Sa Nostra, no por los demandados.

El diseño y revisión de la operación fue realizado por asesores externos. Entre ellos los despachos Garrigues y KPMG auditores s.l.

La sentencia apelada, en su fundamento tercero, resume lo expuesto en los escritos de alegaciones, (el subrayado es nuestro):

*" En cuanto al iter que siguió el Proyecto Brickell para su aprobación y ejecución definitiva por los órganos directivos de INVERNOSTRA SLU, y de SA NOSTRA, el procedimiento fue el siguiente:*

*El proyecto se presentó en una reunión celebrada **el 3 de agosto de 2007** , (documentos 42 y 43 de la demanda), posteriormente el proyecto fue sometido a la aprobación del Comité de Dirección de SA NOSTRA, que se reunió **el 7 de agosto de 2007**, (documentos 45.1 y 45.2 de la demanda y 20 de la contestación del Sr. Julián), en cuyo seno se decidió elevar la propuesta al Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA, que se reunió **el 9 de agosto de 2007** , y tras el dictamen favorable de este último, (documentos 47 de la demanda y 21 de la contestación del Sr. Julián), la decisión final se sometió a la aprobación del Consejo de Administración de INVERNOSTRA S.L.U., celebrado **el 21 de septiembre de 2007** , (documentos 19.1 y 19.2 de la demanda), que además de adoptar la decisión final, fijó también la estructura societaria que tendría la operación, la cual fue ratificada por el Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA en su reunión de 24 de septiembre de 2007, (documentos 54.1 y 54.3 de la demanda y 22 de la contestación del Sr. Julián).*

#### La Sentencia

La sentencia desestimó la caducidad de la acción social. Estimó la prescripción respecto al Sr. Jose Luishabida cuenta la evidencia de que su cese efectivo fue comunicado, (conocido), el 19 junio de 2009. Resolvió los óbices procesales planteados sobre la prueba: la documental admitida con objeciones sobre su autenticidad y valor probatorio; el de prueba de interrogatorio de la actora, -renunciada-, y la intervención de los peritos que se ciñó a que respondieran sobre su dictamen no respecto de documentos aportados por la actora durante el proceso y a petición del codemandado SR. Jose Luis.

La sentencia estimó parcialmente la demanda por la responsabilidad societaria

que reclama INVERNOSTRA, (ahora BMN e INNOSTRUM ), a través de la acción social y condenó al SR. Julián al pago de 34.292.160 euros analizando los hechos que motivan la calificación del consejero delegado como negligente, así como, el nexo causal entre aquéllos hechos y el resultado final.

## **SEGUNDO . EL RECURSO INTERPUESTO POR MARE NOSTRUM**

Contra ella se alzan, de una parte la actora únicamente respeto al pronunciamiento de condena en costas impuesto por la desestimación de la acción contra el SR. Jose Luis invocando la existencia de serias dudas de hecho y derecho, no sin antes dejar constancia de que discrepa de la aplicación de la tesis del Juez, pero no recurre por cuestiones de oportunidad.

La parte demandada absuelta, se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia con condena en costas a la apelante.

La recurrente combate la condena en costas, en primer lugar, porque existen serias dudas de hecho sobre la fecha en que se produjo su cese efectivo como consejero de Invernostra. Adicionalmente, la condena en costas impuesta a la parte actora también debe ser revocada porque existen las serias dudas de derecho a las que se refiere el art 394.1 de la LEC.

En este punto, la Sala comparte el acertado criterio del Juez "a quo", al que nos remitimos íntegramente en sus razonamientos del Fundamento de Derecho Segundo.

La jurisprudencia es unánime en que el inicio del cómputo es la fecha de conocimiento efectivo del cese del administrador social.

La comunicación al Banco de España obra en autos al folio 1.708, y de la lectura de dicho documento se infiere sin dificultad que recibió la comunicación de cese del SR. Jose Luis como DIRECTOR GENERAL de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS BALEARES, (SA NOSTRA), con fecha 18 de junio, así como, el cese como consejero de INVERNOSTRA SL con fecha 19 de junio de 2009.

El formulario de cese está firmado por el SECRETARIO de SA NOSTRA, Sr. Porfirio.

No fue hecho controvertido que, fue recibido por el Banco de España antes de la fecha de formalización en el Acta del Consejo de 31 de julio de 2009. En este caso, no nos parece plausible alegar el desconocimiento "efectivo" de los miembros del Consejo de Invernostra. Su presidente conocía el cese, y el Secretario de SA NOSTRA remitió la decisión del SR. Jose Luis al Banco de España. El presidente de SA NOSTRA e INVERNOSTRA en la fecha de los hechos era el Sr. Saturnino en ambas mercantiles, dato que exime de mayor esfuerzo argumental sobre la realidad del conocimiento efectivo del cese.

Respecto a la segunda cuestión, insiste la recurrente en que se plantean serias dudas de derecho sobre el inicio cómputo del plazo de prescripción, porque la mayor parte de los daños ocasionados a INVERNOSTRA, y reclamados al Sr. Jose Luis se produjeron o manifestaron con posterioridad a su cese.

Decir que los daños de la operación BRICKELL se manifestaron con posterioridad al cese del Sr. Jose Luis, no se corresponde con los hechos probados y

además es contradictorio con las alegaciones de la propia demanda.

Así las alegaciones de la parte actora sobre el descuento y abono de los pagarés, (al folio 59 de estos autos con remisión a los documentos 74.1 y 74.2), detallan que: *"los Sres. Luis Pabloy Landelino, descontaron los pagarés en distintas entidades bancarias españolas, lo que en algunos casos requirió que INVERNOSTRA sustituyese los pagarés y los correspondientes avales.*

*Para facilitar los descuentos de los pagarés, SA NOSTRA emitió dos cartas de patrocinio garantizando que INVERNOSTRA haría frente a los avales, (doc. 80 y 81), dichas cartas fueron aprobadas por la comisión ejecutiva de SA NOSTRA de 30 de octubre de 2007."*

Esto es, antes de que finalizara el año 2007, INVERNOSTRA, el socio único de Invernosta, y buena parte de sus Consejeros, ya sabían que se habrían descontado los pagarés. Podrían haber averiguado que había tenido efecto la cláusula resolutoria del contrato de compraventa sobre los solares en los que se proyectaba construir los edificios. Prueba de las dificultades en la ejecución del pacto de compraventa de las participaciones conectado con la "desinversión", son los numerosos requerimientos extrajudiciales, (doc. 116, 118, 120), así como, los denodados esfuerzos del bufete externo que asesoró este proyecto para que se cumplieran las garantías personales. Estos documentos datan del año 2008.

Por todo ello, la tesis de la recurrente no puede acogerse. Según firme y reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el "dies a quo" del plazo de prescripción es aquel en que la acción pudo ejercitarse, según el principio por el que la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir, ("*actio nondum nata non praescribitur*"). Como indica el alto Tribunal, *"este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud para litigar"*, (S.T.S. de 12-12-2011, y en igual sentido, las de 27-2-04, 14-3-07, 26-10-07, 22-10-09 y 24-5-10, entre otras). En este caso por los hechos acreditados INVERNOSTRA dispuso de los elementos necesarios para el ejercicio de la acción que interpuso contra el SR. Jose Luis, antes del cese de dicho Consejero. Por otra parte, la sentencia de instancia no razona que el codemandado fuera responsable de acciones/omisiones negligentes simplemente aprecia la prescripción, y sólo analiza los hechos respecto al único codemandado contra el que subsiste la acción.

Cuestión distinta es si la cuantía de las pérdidas podría haber sido minorada como consecuencia del éxito de las acciones interpuestas ante los Tribunales de USA sobre las consecuencias de resolución del contrato de compraventa, pero ello no elimina la posibilidad de accionar.

El Tribunal Supremo en sentencia 261/2007, de 14 de marzo razona sobre un supuesto en que considera posible la coincidencia de acciones (el subrayado es nuestro): *"D) En el caso enjuiciado, el inicio del plazo de prescripción no sólo viene determinado por la concurrencia de las circunstancias que determinan la procedencia de la disolución de la sociedad, que los administradores no instaron a su debido tiempo, sino también por la certeza de las deudas imputables a ésta y de la imposibilidad de obtener su percepción con cargo al patrimonio social.*

*La STS de 25 de octubre de 2005 ha reconocido la eficacia prejudicial, (en el proceso en que se ventila la responsabilidad de los administradores), de la sentencia*

que condena a la sociedad. Pero esto no significa que la condena de la sociedad sea presupuesto indefectible para la exigencia de la responsabilidad, como declara la STS de 30 de noviembre de 2005 . En suma, no resulta imposible el ejercicio simultáneo de la acción contra la sociedad y contra los administradores en aquellos casos en los cuales puede determinarse con certeza la existencia del perjuicio desde el mismo momento de la reclamación contra aquélla, ( STS de 28 de noviembre de 2006 ). Hay que analizar, por consiguiente, las circunstancias del caso para determinar el momento en que el daño se hallaba suficientemente establecido para permitir el ejercicio de la acción.

E) Las circunstancias del caso examinado llevan a la conclusión de que el principio *actio nata*, [acción nacida], impide considerar que la acción pudo ejercitarse antes, como mínimo, del momento en que las deudas de la sociedad fueron declaradas mediante sentencia firme y, en su ejecución, se procedió infructuosamente al embargo de bienes de la sociedad administrada por los demandados, pues sólo entonces quedó acreditado el daño, (la imposibilidad de realizar los créditos con cargo al patrimonio social), y nada permite afirmar que antes de este momento pudiera asegurarse la imposibilidad por parte de la sociedad de hacer frente a dichas deudas con su propio patrimonio, especialmente teniendo en cuenta que existe una valoración de existencias anterior en dos años por un importe superior a la deuda reclamada.

La sentencia impugnada, al considerar que el conocimiento de la falta de viabilidad de la sociedad es el momento a partir del cual podía ejercitarse la acción, no se atiene a esta interpretación y, en consecuencia, incurre en la infracción que se le imputa, toda vez que el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores, aun admitiendo el plazo de un año para su ejercicio, estaba subordinado no solamente al conocimiento de la inviabilidad económica de la empresa, sino también, como mínimo, a la constancia de la insolvencia de la sociedad como factor demostrativo de la imposibilidad de hacer efectivos los créditos contra ella."

Analizadas las circunstancias del caso, la demandada absuelta consiguió probar que concurrían los presupuestos necesarios antes de la fecha en la que la actora pretende.

Por todo ello procede desestimar el recurso interpuesto por BMN e INNOSTRUM.

**TERCERO** .- EL RECURSO INTERPUESTO POR EL CONSEJERO DELEGADO SR. Julián

La parte codemandada y única condenada, SR. Julián, interpuso recurso de apelación por errónea aplicación del derecho y errónea valoración de la prueba. Concreta siete puntos cuya síntesis transcribimos e iremos resolviendo según el siguiente orden:

-Aspectos procesales sobre la práctica de la prueba (alegaciones 1 y 2 del recurso).

-La caducidad de la acción social, (alegación tercera).

- La falta de legitimación activa ya pasiva, (alegaciones cuarta y quinta).

-La grave falta de diligencia del administrador societario, (alegación cuarta a séptima).

En cuanto a los aspectos procesales sobre la práctica de la prueba:

1.- Infracción de normas procesales que disciplinan la admisión de documentos, artículo 268 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y causan indefensión al SR. Julián.

En el acto de la audiencia previa los codemandados impugnaron la autenticidad de una serie de documentos aportados con el escrito de demanda, en concreto: la representación del SR. Julián los documentos: 9.1, 9.2, 10, 11.1, 11.2, 16.1, 16.2, 18.1, 18.2, 19.2, 30.1, 31.3, 45.1, 45.2, 58.1, 58.2, 60.1, 60.2, 60.3, 60.4, 60.5, 60.6, 60.7, 60.8, 60.9, 60.10, 60.11, 60.12, 62.1, 62.2, 62.3, 62.4, 62.5, 62.6, 62.7, 62.8, 62.9, 62.10, 62.11, 62.12, 71.1, 71.2, 82.1, 87.1, 87.2, 87.3, 87.4, 101.2, 103.1, 103.2, 103.3 y 104.3, y la representación del SR. Jose Luis la totalidad de los correos electrónicos acompañados con la demanda y los documentos: 3.2, 4, 9.1, 9.2, 10, 18.1, 18.2 y 19.1.

La impugnación anterior fue resuelta mediante Auto de fecha 1 de diciembre de 2015, según el cual: *"Así pues, este artículo, [326 LEC ], no limita las pruebas tendentes a acreditar la autenticidad del documento al cotejo pericial de letras o a la autenticación de la copia mediante fedatario público, sino que permite cualquier prueba que se estimase pertinente y útil, y en el caso de la certificación acompañada como documento nº 133, tal como ya estimamos en la providencia de 23 de octubre de 2015, la misma es pertinente y útil para tratar de acreditar la autenticidad de los documentos impugnados, ahora bien, una cosa es que sea pertinente y útil para tratar de acreditar la autenticidad de los documentos impugnados, y otra cosa distinta es que consiga acreditar esa autenticidad, lo cual sólo se podrá determinar en la sentencia que se dicte después de valorar dicha prueba de forma conjunta con el resto de pruebas practicadas».*

Por su parte, dispone la sentencia en su Fundamento de Derecho Décimo: *«[...] hay que decir que una vez contrastados los documentos cuya autenticidad fue impugnada por los demandados en la audiencia previa con el resto de documentación acompañada con la demanda y con la contestación del Sr. Julián, se aprecia que el contenido de todos estos documentos, tanto de aquellos cuya autenticidad fue impugnada como del resto, guarda coherencia entre sí, de modo que los de fecha anterior son antecedente lógico de los que se expiden posteriormente, y además, ese contenido coincide también, no sólo con lo declarado por los testigos que comparecieron en el acto del juicio, sino también con lo declarado por los propios demandados. Así, hay que resaltar que el Sr. Julián manifestó haber estado presente en la reunión informal de 3 de agosto de 2007, en el Comité de Dirección de SA NOSTRA de 7 de agosto de 2007, en el Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA de 9 de agosto de 2007 y en el Consejo de Administración de INVERNOSTRA de 21 de septiembre de 2007. Y por su parte, el Sr. Jose Luis declaró haber firmado todos los documentos contractuales necesarios para articular la "Operación Brickell". Así pues, en base a lo expuesto debemos declarar la autenticidad de todos los documentos que fueron impugnados en la audiencia previa».*

Entendiendo la apelante que el Juzgador, con la manifestación anterior, no efectuó pronunciamiento sobre la autenticidad de los documentos impugnados en el acto de la audiencia previa solicitó, mediante escrito de 2 de junio de 2016, complemento de sentencia, que fue denegado por el Juzgador mediante Auto de 15 de junio de 2016, según el cual, en lo que a este particular respecta: *«[...] no ha lugar a*

*complementar la sentencia por cuanto la misma dedica precisamente su fundamento de derecho décimo a esta cuestión, es decir, en este fundamento se valoran las pruebas que, puestas en relación con el conjunto de la prueba practicada - sin que sea necesario por tanto un pronunciamiento expreso respecto de cada uno de los documentos impugnados, (la valoración conjunta de la prueba es una institución que ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia reiteradamente y que se remonta bastante atrás en el tiempo, como ejemplo citaremos las SSTC de 19 de febrero de 1987 y 20 de junio de 1991 o las SSTS de 21 de enero de 1987 y de 8 de mayo de 1995)-, hacen llegar a este Juzgador a la conclusión de que no existe duda alguna sobre la autoría de los documentos impugnados, y que el contenido de los mismos es íntegro y no ha sido manipulado» .* Insiste en el recurso sobre este extremo. Así, por ejemplo, afirma que la contraparte no aporta las actas del Consejo de Administración de INVERNOSTRA, S.L.U. o del COMITÉ DE DIRECCIÓN OPERATIVO de SA NOSTRA o los Estatutos de la Sociedad CARIBBEAN FUNDS, LLC, o los documentos contractuales signados con sus anexos, tales como el de "Factores de riesgo" al que refiere la sentencia, sino que reproduce en documento Word el contenido de tales documentos que, en consecuencia, no los aporta, no pudiendo la apelante discernir cuestiones tan básicas como si están firmados y, por tanto, si fueron otorgados. La adversa no cotejó documentos, los introdujo *ex novo* en el proceso, consciente de que los aportados con el escrito de demanda eran inadmisibles ex artículo 268 LECy, por tanto, no podían ser admitidos. La admisión, en definitiva, de la certificación aportada de contrario y sus documentos anexos devino una flagrante irregularidad procesal debiendo de haberse inadmitido por el Juzgador.

Respecto a los Oficios a la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES ("CNMV"), a la sociedad CARIBBEAN FUNDS, LLC y a la Sociedad CARIBBEAN TOWER, LLC y mandamiento al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca, la recurrente insiste en que nuevamente la contraparte pretendió incorporar al proceso de forma extemporánea los documentos no aportados con el escrito de demanda. A su juicio, la adversa debió haber acompañado con su demanda copia de la comunicación remitida a la CNMV, copia de los estatutos de CARIBBEAN FUNDS, copia del contrato de compraventa del 8,333% de las participaciones de

1201 BBD y copia del escrito presentado por BANCO DE SANTANDER, S.A. en el procedimiento de Ejecución de Títulos No Judiciales nº 987/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca, no supuestas transcripciones de los mismos, sin ser admisible en un estadio procesal ulterior incorporar tales copias por el subterfugio de esos oficios y mandamiento, lo que está proscrito, por extemporáneo, por la LEC. En definitiva, esos oficios y mandamientos no integraban acreditación de la autenticidad de las supuestas transcripciones aportadas con la demanda, sino la incorporación de nuevos documentos al proceso, -pues aquéllas no son copia de éstos-, sobre los que la apelante no pudo hacer defensa en su contestación a la demanda ni controvertirlos en el acto de la audiencia previa.

2.- Infracción de normas procesales que disciplinan el interrogatorio de parte, en concreto del artículo 301 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Indefensión de la apelante.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna la sentencia por cuanto se han incumplido las disposiciones de la Ley de ritos relativas al interrogatorio de parte e, incluso, interlocutorias firmes dictadas en el curso del proceso que fueron inobservadas en el acto del juicio, causando a la apelante una manifiesta indefensión al no poder hacer uso de una prueba solicitada y admitida

en tiempo y forma y que, además, tiene una significativa relevancia cual es el interrogatorio de parte.

Así, en fecha 21 de septiembre de 2015, y en el curso del acto de la audiencia previa, la ahora recurrente solicitó como medio de prueba el *«interrogatorio de la parte actora en la persona o personas que ostenten su representación orgánica, a fin de ser interrogados de conformidad a las preguntas que "in voce" se formularán . Si conforme al artículo 309 LEC , el representante en juicio de las sociedades actoras no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de INVERNOSTRA, S.L.U. para que sea citada a juicio »*. En fecha de 11 de enero de 2016, y ante el incumplimiento por la demandante del requerimiento anterior, presentó escrito reiterando la identificación de la persona a comparecer en juicio en representación de la actora para ser interrogada.

Como consecuencia del escrito anterior, mediante Providencia de 14 de enero de 2016 el Juzgador dispuso que:

*«El art. 309 de la LEC sólo prevé que la parte facilite la identidad de la persona jurídica o entidad interrogada para que sea citada al juicio. Sin embargo, en este caso no es necesaria la identificación, ya que en el acto de la Audiencia Previa la parte actora se comprometió a traer ella misma a juicio a la persona con conocimiento de los hechos que va a declarar en su nombre »*.

Alcanzado el acto del juicio y llegados a la práctica del interrogatorio de la sociedad demandante ésta compareció representada por D. Teodoro. El SR. Teodoro NO es representante orgánico de las actoras. No ostenta su representación ya que, conforme señala el artículo el artículo 233 de la ley de Sociedades de Capital: *« 1. En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores [...]» y el susodicho no es miembro del órgano de administración.*

Expuestos los elementos esenciales de estas alegaciones procedemos a resolver los dos motivos expuestos.

En primer lugar, respecto a la admisión de la prueba documental aportada para corroborar la autenticidad impugnada, las normas procesales sobre la aportación de documentos y su análisis en la audiencia previa disponen: Art 427 LEC,

*1. En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o sí, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad .*

Según la grabación de la audiencia previa, (min 29 y ss), la demandada apelante no propuso prueba sobre la autenticidad de los documentos privados. La representación procesal de la codemandada absuelta, (Sr. Jose Luis), advirtió expresamente que ellos no proponían prueba porque, de resultar verdaderos los documentos, tendrían que asumir los costes de dicha prueba.

La actora que los propuso se remitió a su escrito de demanda donde designó los archivos y registros de cuantas personas y entidades se mencionan (hecho noveno). En el transcurso de la audiencia previa el Juez " a quo" concedió un plazo de 5 días para proponer medios de prueba e INVERNOSTRA aportó un certificado firmado por SR. Ernesto en su condición de director de auditoría de servicios centrales de

participadas y tesorería de BANCO MARE NOSTRUM SA quien certificó sobre todos los documentos cuya autenticidad había sido impugnada: *"de acuerdo con la información y documentación obtenida de los archivos y registros de esta entidad por sus propios empleados y a través de una prueba digital realizada por un experto externo ajeno a ella relativa a las desaparecidas CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE LAS ISLAS BALEARES e INVERNOSTRA SLU"*. Propuso, al amparo del art 326.2 LEC, que se librara mandamiento a la CNMV, a dos sociedades Norteamericanas y al Juzgado de Primera instancia nº 6 de los de Palma respecto a los documentos aportados como número 3.2, 16.1, 58.1 y 101.2 de la demanda.

Proveída la pertinencia de tales medios de prueba el 23 de octubre de 2015, y recibidos los mandamientos antes del acto de juicio insiste en el recurso en su improcedente admisión por los argumentos expuestos.

La Sala no aprecia la irregularidad procesal ni la indefensión alegadas, la ahora apelante no manifestó la queja sobre la falta de autenticidad de los documentos en la contestación de la demanda, no propuso prueba respecto a la autenticidad y se opuso a la propuesta por la actora. La falta de autenticidad no ha sido probada sin perjuicio de la valoración que proceda sobre la elección de los documentos privados, (por ejemplo no están todos los correos electrónicos en determinadas fechas, ni están aportados por orden de fechas).

Retirada la impugnación sobre las traducciones, disminuyen el número de documentos señalados como inauténticos. De los que subsisten podemos tener por corroborados los que coinciden con los aportados por la codemandada, esto es los documentos procedentes de la impresión de los correos electrónicos.

Respecto a las actas y demás documentos privados procedentes de SA NOSTRA e INVERNOSTRA, la certificación del Sr. Ernestobajo su responsabilidad nos parece suficiente (cfr. Doc. 133). También se afirma que con ocasión de la corroboración se han añadido documentos de forma extemporánea, como veremos esa afirmación no es exacta pero además ha tenido ocasión de valorar la prueba de forma contradictoria tras su admisión.

Para concluir, en cuanto a la valoración probatoria de los documentos privados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene resuelto que también constituye un criterio jurisprudencial consolidado que la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba, y que una cosa es el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido de los documentos, puesto que la expresión, «prueba plena», del artículo 326.1 LEC no significa que el Tribunal de instancia no deba valorar el contenido de las mismas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y en el conjunto de las pruebas aportadas, (SSTS 47/2012, de 17 de julio, con cita de las STSS 458/2009, de 30 de junio y 403/2009, de 15 de junio, y 785/2011, de 27 de octubre).» Sentencia Nº: 525/2014 Fecha Sentencia: 31/10/2014. Recurso Nº: 1958/2012.

Esto es lo que efectivamente ha hecho el Juez "a quo" por lo que consideramos que no hay vulneración de las normas procesales en materia de aportación de documentos privados y valoración de dicha prueba tal y como ratifica la sentencia en su fundamento de derecho décimo.

En concreto, como apuntábamos antes sobre la admisión extemporánea por aportar los documentos de los registros y archivos designados y a modo de ejemplo, el oficio remitido a BMN al folio 2.279 y la fotocopia del hecho relevante, (documento 3.2), tienen un contenido idéntico por lo que la impugnación sobre la autenticidad debe decaer, ello por no mencionar que la respuesta de la CMNV deja constancia de que tal información es pública y se halla en la página web, (folio 2.278 vuelto).

Respecto al testimonio del escrito presentado en el procedimiento 987/08 de ejecución de títulos judiciales interpuesto por BACNO SANTANDER SA, contra MEDITERRANEAN FLORIDA TOWERS INC Y MILLURQUI 2003 INVESR SL, al folio 2.300 consta idéntica al documento impugnado (doc. 101).

Por todo ello, la aportación de documentos privados con remisión a los archivos donde consta el original cumple con el mandato del legislador en cuanto a la forma de proponer la prueba. Estimamos que la sentencia ha cumplido suficientemente con la valoración probatoria exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto a la alegación del recurso sobre la prueba de interrogatorio admitido, (art 309,310y304 LEC), revisada la grabación en el acto de juicio, el Juez razonó sobre la posibilidad de valorar la aplicación del art 304 LEC, dejando constancia de las preguntas y dando la posibilidad a la parte actora de preguntar también al apoderado Sr. Teodoro.

La proponente renunció a la prueba de interrogatorio por lo que no procede hacer ningún razonamiento sobre la persona física que compareció en calidad de representante legal de la parte actora.

#### **CUARTO .- LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL**

En la instancia excepcionó la caducidad de la acción social por haberse superado el plazo de 1 mes que, según defiende, confiere el legislador -art. 239.2 LSC- a la sociedad para la afirmación de su acción desde el acuerdo al efecto por la Junta General. En apoyo de lo anterior hicieron cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid, de fecha 12 de diciembre de 2011, dictada en el procedimiento 228/2010, que concluyó que transcurrido ese plazo legal caducaba a la sociedad su acción. La sentencia desestimó la caducidad.

El apelante entiende que procede revocar esta decisión porque la sentencia no confrontó el argumentario jurídico dispuesto por aquella otra sentencia de instancia.

Sobre ello manifiesta que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 no aborda en pasaje alguno la cuestión debatida, pues, como bien dispone el Juzgador, *«el Tribunal Supremo no entra a valorar en su sentencia si el plazo de un mes del artículo 239 TRLSC 1/2010 es de espera o de caducidad»*, toda vez que la caducidad no fue alegada por la parte recurrente en casación como uno de los motivos de su recurso; el recurrente afirma que el Tribunal Supremo sí abordó la cuestión en la sentencia de 9 de abril de 2003, también citada en su escrito de contestación, concibiendo que el plazo de 1 mes es de caducidad.

Analizados los argumentos del recurso y revisados los fundamentos de la sentencia apelada, la Sala asume esta última decisión. A los acertados razonamientos del Juez "a quo" que se explican suficientemente por la referencia y cita de la sentencia de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 5 de diciembre de 2012 que la

revocó, añadimos la cita de la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 29 de junio de 2016 y que resuelve sobre el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción para la expulsión de un socio. Este caso sí puede compararse con el resuelto el 9 de abril de 2003 pero ninguno resulta aplicable al ejercicio de la acción social.

En su fundamento jurídico tercero la sentencia dictada en 2016 razona: "2.- La Ley no establece expresamente en qué plazo debe ejercitarse dicha acción por legitimación subsidiaria. La sentencia de este Tribunal núm. 351/2003, de 9 de abril, al interpretar el art. 99.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de igual contenido que el actual art. 352.3 LSC, estableció lo siguiente:

«El art. 99.2 LSRL silencia el plazo en que aquellos socios pueden ejercitar la acción si transcurre el del mes sin que lo haya hecho la sociedad. Sí se tiene en cuenta que han de actuar por exigencia del susodicho precepto, "en nombre de la sociedad", no es razonable sostener que la misma tiene un plazo muy reducido para actuar por sí misma, es decir, por sus propios representantes, pero en cambio, cuando actúa a través de los socios, tiene un plazo más extenso, que sería el del art. 947 Código de Comercio. Lógicamente, el plazo debe ser el mismo. Ahora bien, el <<dies a quo>> del cómputo debe ser el día en que los actores han tenido conocimiento de que la sociedad no ha ejercitado la acción de expulsión, por aplicación de la legislación común ( art. 1.969 Código Civil ).

»A este argumento de lógica deben añadirse las atinadas consideraciones de la sentencia de primera instancia, que destaca la impropiedad de fijar un largo plazo que permita que cuestiones fundamentales para la correcta marcha de la sociedad, como la de exclusión de un socio, queden en el régimen de transitoriedad e indefinición, en contraste con la celeridad que exige el tráfico jurídico y con su seguridad. En el fondo, se trata aquí de dar eficacia a un acuerdo social de expulsión de un socio, que debe seguir en cuanto al plazo para lograrlo el mismo espíritu restrictivo que el legislador muestra en la fijación de plazos para impugnar acuerdos sociales».

3.- No se aprecia razón alguna para variar dicho criterio. El art. 352.3 LSC, al igual que el anterior art. 99.2 LSRL, no establece un plazo específico para el ejercicio de la acción por el socio porque es el mismo que el que señala para la sociedad. Solo en el caso de que se hubiera querido que los plazos fueran diferentes, tendría que haberse hecho una mención especial al plazo de ejercicio para el socio. A tal efecto, no cabe olvidar que el art. 352.2 LSC no confiere al socio una legitimación propia, sino una legitimación subsidiaria, al decir expresamente que la acción de exclusión por parte del socio se ejercitará «en nombre de la sociedad». Es decir, el interés legalmente tutelado no es el del socio, sino el de la sociedad.

Por eso, aunque no se diga expresamente, el plazo para ejercitar la acción de exclusión debe ser el mismo cualquiera que sea quien lo haga, la sociedad, -legitimada principal-, o el socio que votó a favor del acuerdo, -legitimado subsidiario-. Si bien, precisamente por la subsidiariedad de la legitimación, el plazo es sucesivo, lo que influye en la determinación del "dies a quo". En el caso de la sociedad, el plazo comienza en la fecha de adopción del acuerdo de exclusión y el mes se cuenta de fecha a fecha, como ordena el art. 5.1 CC. Mientras que en el caso de los socios legitimados, el plazo se computará desde el día en que hubieran tenido conocimiento, o hubieran debido tenerlo, de que la sociedad no había ejercitado la acción."

Analizada la cuestión, esta Sala entiende que el plazo previsto en el art 239 LSC es de espera, no de caducidad y actúa como mera contención de la minoría. En este

punto y siguiendo tanto la tesis expuesta por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia 5 de diciembre de 2012 como su comentario por la doctrina, (Jesús QUIJANO en Revista del derecho mercantil nº 290 octubre-diciembre 2013), hay una única acción que puede ser ejercida de manera sucesiva por los acreedores y añadida a la titularidad originaria y exclusiva.

Procede la distinción entre titularidad de la acción y la legitimación para ejercerla. Incluso ante la inactividad de la sociedad, ésta no deja de ser titular de la acción porque la indemnización recibida irá destinada a reconstruir el patrimonio social.

La cuestión no es nueva en derecho español, se trataba de combinar los plazos con la aparición de las legitimaciones en el tiempo pero la solución a este asunto no tenía por qué implicar necesariamente un efecto de extinción sucesiva de las legitimaciones preferentes ni su sustitución por las supletorias. Dicho en otros términos, el transcurso de cada plazo no tenía por qué producir la caducidad de la respectiva legitimación, (en ningún caso de la acción,) habiendo un plazo de prescripción expreso y conjunto.

En tanto no prescriba la acción los legitimados subsidiarios ejercen una acción propia de la sociedad.

Concordamos con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 28), que no hay una doctrina jurisprudencial aplicable al supuesto controvertido, que no es otro que la pérdida de legitimación de la sociedad por la caducidad de la acción.

Como corolario de lo anterior, en la regulación vigente la acción ejercitada tiene un precepto, el artículo 241 bis que expresamente dispone: "*La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse*".

El juez "a quo" razona expresamente que no resulta aplicable a nuestro caso, y así es, pero sí podemos acudir a los argumentos de la exposición de motivos porque dan respuesta a las cuestiones surgidas respecto a los plazos de impugnación de los acuerdos de la sociedad, y no parece identificar un problema que justifique un cambio en el plazo de ejercicio de la acción social. "*Exposición de motivos de la ley 31/2014.-...Por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse.*

*Al mismo tiempo, se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles. En el caso de las sociedades cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses para que la eficacia y agilidad especialmente requeridas en la gestión de estas sociedades no se vean afectadas*".

Por todo ello, procede confirmar el pronunciamiento relativo a que no estaba caducada la acción social desestimando también esta alegación del recurso.

## **QUINTO** .- LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

En este punto la recurrente denuncia la vulneración del derecho aplicable al estimar que los demandados, y concretamente D. Julián, tienen legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada. Vulneración del Derecho aplicable al conferir a la parte actora legitimación activa a pesar de adolecer de acción o derecho. Inaplicación, con vulneración de la norma, de la doctrina de los actos propios, (alegaciones cuarta y quinta del recurso).

En lo que a la legitimación pasiva de los demandados refiere, manifiesta el Juzgador: «[...] y los Sres. Julián y Jose Luis (si bien, respecto de este último, como ya hemos dicho, la acción se halla prescrita), tienen legitimación pasiva, ya que eran miembros de dicho Consejo, además demiembros del Consejo de Administración de SA NOSTRA, siendo indiferente el hecho de que INVERNOSTRA, S.L.U. decidiera ejercitar la acción sólo contra los dos demandados y no contra el resto de miembros del Consejo de Administración de INVERNOSTRA, S.L.U., ya que el artículo 237 establece el carácter solidario de la responsabilidad disponiendo. "Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél"».

El ahora apelante entiende que debiera haber sido mínimamente clarificada esta cuestión, toda vez que la acción deducida no es la prevenida, v.gr., en el artículo 367 LSC, sino una acción culpabilística como es la acción social de responsabilidad, en la que se exige una acción u omisión, un daño y una relación de causalidad entre esa acción u omisión y el daño, amén de dolo o culpa en el sujeto infractor. Luego reclama que debe de quedar resuelto en el proceso, sin ningún género de dudas, si la responsabilidad del Sr. Julián deriva del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de INVERNOSTRA, S.L.U. el día 21 de septiembre de 2007, siendo, en consecuencia, solidaria para con el resto de sus miembros con cargo vigente a dicha data, o, por el contrario, resulta de otros particulares que la individualizan en los demandados. Solicita que la Sala se pronuncie sobre si los demandados lo son como directivos de SA NOSTRA o como Consejeros de INVERNOSTRA.

La Sala comparte los argumentos de la sentencia apelada en su fundamento de derecho tercero. Simplemente añadir que, tal y como señala la demanda, no caben dudas sobre que la responsabilidad exigida al consejero delegado de Invernosta deviene de la propuesta, impulso aprobación y ejecución del proyecto BRICKELL. Pretende la condena por atribución de una actividad negligente por la ocultación al Consejo de datos relevantes esenciales para la adopción de la decisión que debió haber averiguado y/o compartido con el Consejo de Administración.

La demanda se dirigió contra dos consejeros en coherencia con lo decidido en la Junta que aprobó la acción social, (cfr. contenido del acta transcrito en nuestro fundamento primero). Por todo ello, sin perjuicio de la innegable incidencia de SA NOSTRA en el desarrollo de la ejecución del proyecto, (como muestra bastan los avales, "cartas de patrocinio", que fueron necesarias ya en el mes de octubre de 2007), la decisión de aprobación de este proyecto corresponde al órgano de administración de la filial y como tal tiene legitimación pasiva para soportar la acción.

Cuestión distinta sería el análisis de la incidencia en el daño si se demostraran decisiones autónomas de ambas entidades respecto a los distintos actos de ejecución.

Por criterios que esta Sala desconoce, ya desde el Acta de 7 de febrero de 2013, la que refleja el acuerdo sobre esta acción social, consta que "de momento" se dirige contra Sres. Jose Luis y Julián. La responsabilidad es solidaria pero los hechos constitutivos de la acción exigen la prueba de en qué actos concretos se apartaron de la diligencia media exigida a los miembros del Consejo de esta entidad respecto a las decisiones tomadas en el año 2007, y con la información de que disponían o podían razonablemente disponer cuando aprobaron el proyecto.

Al invocarse la falta de diligencia y descartar el incumplimiento de la ley o de los estatutos cobra especial relevancia la acreditación de que el Sr. Julián de forma autónoma y deliberada contravino las más elementales normas de prudencia exigibles entre profesionales; es la sociedad quien demanda sólo a este Consejero, (recordemos que la acción contra el Sr. Jose Luis está prescrita, y esa decisión es firme porque no fue recurrida).

Ello no obstante, sobre si la responsabilidad del Consejo de Administración de la filial fue neutralizada por las circunstancias de que el socio único de Invernostra era SA NOSTRA y sus directivos eran contratados por la matriz, concordamos con la sentencia apelada que ello no elimina la responsabilidad de quien decidió como órgano de administración de una sociedad limitada unipersonal. Si tal era el trabajo encomendado debió dejarse alguna constancia de oposición ante instrucciones directas y contrarias al interés social de Invernostra.

En sentencia de 5 de mayo de 2016 la Audiencia Provincial de Pontevedra, (Sección Primera), con cita de la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 11 de diciembre de 2015 razona sobre la responsabilidad del administrador de una sociedad filial, no obstante la pertinencia de la cita debemos dejar constancia que el Tribunal Supremo enmarcó su decisión en proteger de un perjuicio injustificado a acreedores y socios externos de la sociedad filial. Allí resolvió: "*Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales.*

*Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial).*

Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables,

sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a "sinergias" o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real, aunque sí pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial, como pueden ser las inherentes a una cesión de clientela.

*En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial. Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder. "Finalmente, no es ocioso recordar que la jurisprudencia tiene declarado que no es necesario que exista un ánimo específico de causar daño a la sociedad, sino que basta con el administrador fuera consciente, o al menos pudiera representarse y lo aceptara, que su actuación causaba o podía un daño a la sociedad de la que era administrador. Como tampoco libera de responsabilidad el hecho de no haber obtenido un beneficio personal, puesto que lo relevante para la exigencia de responsabilidad es el daño que ha causado a la sociedad de la que es administrador, no el beneficio propio o ajeno que haya podido obtener de su actuación."*

Respecto a la legitimación activa de la mercantil de INVERNOSTRA, (ahora BMN e I), nos remitimos a los razonamientos de la sentencia apelada sin que el recurrente haya añadido elementos que desvirtúen la valoración del Juez "a quo" que en este punto consideramos acertada. Al respecto expone la sentencia apelada que: *"para responder a la alegación de la parte demandada de falta de legitimación activa de INVERNOSTRA y falta de legitimación pasiva de los demandados porque la decisión última sobre el "Proyecto Brickell" le correspondía al Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA, hay que decir que carece de sentido el argumento sostenido por los demandados de que la reunión adicional del Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA de 24 de septiembre de 2009 ratificando la nueva propuesta sobre la estructura societaria del "Proyecto Brickell" aprobada en el Consejo de Administración de INVERNOSTRA S.L.U. de 21 de septiembre de 2009 es una prueba de la subordinación del Consejo de Administración de INVERNOSTRA S.L.U. al Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA, ya que en este caso, el 24 de septiembre de 2009, el Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA se limitó a ratificar las decisiones que ya se habían adoptado por el órgano que tenía la última palabra en lo relativo al acometimiento de las operaciones de inversión de la caja de ahorros, que era el Consejo de Administración de INVERNOSTRA S.L., es decir, fue el Comité de Inversiones de Créditos y Participadas de SA NOSTRA el que se plegó a la decisión adoptada por el Consejo de Administración de INVERNOSTRA S.L. y no al revés. De hecho, si la propuesta en lo relativo a la estructura societaria no se hubiera modificado en el Consejo de Administración de INVERNOSTRA de 21 de septiembre de 2007, el último órgano en aprobarla habría sido precisamente ese Consejo de Administración."*

A ello procede añadir el contenido del escrito dirigido por SA NOSTRA al Banco de España de 18 de diciembre de 2012, (admitido como prueba por providencia de 3 de diciembre de 2015), en el que se puede leer: *" De una parte, la Presidencia en Sa Nostra no es, ni ha sido nunca, ejecutiva. Las operaciones se decidían en el Consejo de*

*administración de Invernostra (si eran operaciones directas o de Participadas de ésta) o en la Comisión Ejecutiva de Sa Nostra (si eran participadas directas de Sa Nostra u operaciones crediticias, previo informe y resolución del Comité de Inversiones."*

Como hemos razonado y corrobora la cita de las sentencias anteriores, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, ni la ausencia de dolo ni beneficio personal ni la aprobación de la gestión por la Junta anterior enervan la posibilidad de accionar en este caso a la nueva sociedad -socia única- diferente de la que aprobó la gestión que analizamos.

#### **SEXTO** .- LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN SOCIAL. LA DILIGENCIA DEBIDA

El recurso denuncia la "Vulneración de derecho sustantivo al no aplicar correctamente los preceptos y la doctrina científica y jurisprudencial sobre el deber general de diligencia que corresponde a los administradores sociales y valorar de manera errónea e infundada la prueba practicada. Reclama de esta Sala la revocación de la sentencia porque "los miembros del COMITÉ DE DIRECCIÓN de SA NOSTRA, del COMITÉ DE INVERSIONES DE CRÉDITOS Y PARTICIPADAS de SA NOSTRA y, en fin, del Consejo de Administración de INVERNOSTRA, S.L.U. no fueron indiligentes en la toma de su decisión y, por tanto, tampoco puede ser estimada la demanda por ello."

Este punto es esencial para la resolución del recurso. Hemos analizado ya la subsistencia de la acción social en tanto no está prescrita, la legitimación activa de la sociedad actora y la legitimación de los miembros de un Consejo de Administración de una SLU sin que la pertenencia de las participaciones a la matriz exima de responsabilidad en las decisiones de quienes fueron designados como consejeros en la filial.

¿Cuál es el grado de diligencia exigible al consejero delegado?. ¿Es responsable él del resultado final porque propuso la operación y fue elegido por el Consejo de Administración para su ejecución?.

La demanda se basa en dos argumentos, estimados ambos en la sentencia apelada.

De un parte, la ocultación de información esencial al Consejo que vedó la posibilidad de aquél de decidir con plena responsabilidad. De otra, la aprobación automática, mecánica, meramente formal tanto de los comités previos de 7 y 9 de agosto como del Consejo de Administración de 21 de septiembre de 2007.

Revisada la actividad probatoria esta Sala no halla indicios suficientes para atribuir a la actuación del SR. Julián las acciones, (y omisiones), que llevaron a las consecuencias denunciadas.

No se ha probado que fuera una "ocurrencia" suya financiar la promoción de inmuebles en MIAMI (USA), pues formaba parte del plan estratégico del grupo Sa Nostra (cfr. Doc. 3 folio 385 y manifestaciones de SA NOSTRA ante BANCO DE ESPAÑA respecto a las participadas al folio 2317).

No se ha probado que la ausencia de la *due diligence* fuera decisión del SR. Julián; antes al contrario, a la luz de los correos electrónicos parece que fue el Consejo de Asesores Externos motivado por el cambio de los hitos prefijados para la devolución del capital entregado, (de la cimentación a fecha cierta), y por ello pasó a considerarse

menos relevante de forma errónea como se ha visto.

Al folio 540 en el documento XI de los aportados con la contestación consta copia de correo electrónico remitido por la asesora legal externa **el 9 de agosto de 2007 a las 23.38 pm** dice D<sup>a</sup>. Verónica de Garrigues : " *Respecto del due diligence, no estoy muy segura de que sea necesario realizarlo a la luz del pacto de recompra remitido. En realidad lo que nos interesa asegurar es que en contrapartida a financiar 50 millones en el momento inicial, nos pagarán 110 millones de dólares en el momento de la recompra, como decíamos una operación de financiación clara, aspecto que debemos asegurar en el documento de compromiso de recompra que, como decíamos, con la redacción actual no está nada claro.*"

En correo remitido **el 10 de agosto de 2007 a las 16.16 pm** por la Sra. Verónica de GARRIGUES con copia a ocho personas con dirección de dominio *invernostra sa nostra* y dirigido a Sr. Julián y Sr. Vidal, entre otras cosas, analiza los impactos contables de la compra de las participaciones de las sociedades americanas, destacamos : "*en el caso de que la diferencia entre el valor contable de los solares y el valor de mercado de los mismos no explicase en su integridad el sobreprecio , habría que analizar si los beneficios futuros serían suficientes para que junto con los fondos propios y las plusvalías tacitas se satisficiera ese sobre precio, de este modo , habría que registrar un fondo de comercio, en su caso.*"

*Los auditores necesitarían tasación de los solares propiedad de estas sociedades (cfr. folio 545 y 546)". " Finalmente y por lo que a los honorarios de los auditores, nos han comentado que este trabajo forma parte de la auditoria. Ahora bien, si 1201BBD LLC no tuviera las cuentas auditadas sería necesario hacer una mini-auditoria que sería objeto de facturación separada por su parte, para verificar la fiabilidad de la información contable ..."*

En fecha **13 de agosto** en respuesta a correo de fecha 9/8 el sr Julián escribe respecto al asesoramiento fiscal de KPMG y el sobre el impacto del valor pericial del edificio en construcción.

Al folio 560 (aportado con la contestación a la demanda) **el 11 de septiembre de 2007 a las 20.36 pm** la Sra. Verónica reenvía a Erasmo, Julián (y a dos personas más de Garrigues) los estados financieros de las compañías 1390 Y 1201 a fecha 31 de agosto; los remitieron del bufete SCHULLER HORMIGO Y ASOCIADOS), los que los enviaron dijeron que eran borradores pero afirmaron " *que los grandes números están recogidos en esos balances* ". Por el dictamen pericial sabemos que estaban sin auditar (pág. 36 del dictamen).

Como documento 52 de los aportados con la demanda consta copia de texto de email dirigido a Julián, Pablo Jesús y Erasmo **el 13 de septiembre de 2007** a las 13.41 pm remite los comentarios de Casiano Verónica (ambos de GARRIGES) del mismo día.

Destacamos respecto a HUNTON AND WILLIAMS : "*Hoy empezaran a revisar la documentación inmobiliaria y nos mandarán una nota con los temas a resaltar. Les he dicho que no queríamos una legal opinión ni un memorándum demasiado descriptivo. Cualquier documento inmobiliario que les haga falta para valorar el asunto, se lo pedirán a GREENBERG*".

Dejamos constancia de que las copias de los correos electrónicos presentados

por la actora admitidos como prueba por la certificación aportada por BMN de que proceden del servidor averado por un informático ajeno a la empresa (no dicen quién) han sido puestos en relación, tanto en la sentencia de instancia como por esta Sala, con los que aportó la demandada.

Ello requirió ir casando fechas y destinatarios porque ninguna de las aportadas (tampoco las de la contestación) sigue un orden cronológico, hecho que este Tribunal no duda que obedece a la exposición de hechos de la demanda y la contestación en defensa de sus legítimas posiciones porque la buena fe se presume.

Dicho lo cual, de la lectura de correos electrónicos remitidos y enviados entre los profesionales de Invernostra y los asesores legales externos analizados por esta Sala no queda probada ocultación deliberada o por mera desidia por parte de don Julián sobre la información de la propiedad de solares titularidad de 1201 en agosto de 2007.

No se ha probado la ocultación de datos al Consejo de Administración, antes bien constan en copia de varios correos desde el mes de agosto de 2007 los Sres. Erasmo, Severinola SRA. María Consuelo (CFR DOC 46.2, 48 Y 49) convocados y presentes en los comités de inversiones y comité ejecutivo de 7 y 9 de agosto de 2007.

Es cierto que en la propuesta presentada a los comités y al Consejo de Administración constan los terrenos como propiedad de la mercantil cuyas participaciones se proponían comprar. También que los mayores esfuerzos de los asesores externos fueron destinados a la compleja operación de compra de participaciones, y al pacto de venta obligatorio para comenzar la desinversión antes de haber vencido todos los pagarés.

La parte actora que contrató a los profesionales externos y podría haberlos dispensado de la obligación de secreto profesional no aportó esta prueba. Por ello la duda sobre por qué no se hizo la *due diligence* solicitada por el Sr Erasmo y el Sr Julián perjudica la estimación de la acción social. La consecuencia de esta falta de prueba debe perjudicar a la parte actora por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Precisa la sentencia de 7 de mayo de 2015, Rc. 1563/2013 que "*la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes*".

Los datos que resultaron incompletos se concretan en el patrimonio, (mobiliario e inmobiliario), de 1201 Brikell pues la composición de las demás sociedades interesadas en la inversión, (CORPORACIO QUALITAT, EMEREUDE), era cierta a la fecha de los hechos analizados en los meses de agosto y septiembre del año 2007. Así en el documento 32 de los aportados con la demanda consta la copia de la carta redactada por Corporación Qualitat respecto al compromiso de compra del 7.5% de BRICKELL BAY DRIVE LLC por 22.500.000 dólares de 7 de agosto de 2007; al folio 957 el documento de compromiso de financiación sindicada por hasta 200 Millones de AHORRO CORPORACIÓN, al folio 959 documento de Ahorro Corporación Financiera en el que también consta que 1201 era la tenedora de los terrenos de MIAMI.

El dato de que los dos promotores, (Grupo Iglesias Y grupo Semundi), habían invertido ya 70 MILLONES de dólares y tenían un interés serio en llevar a buen término el negocio que promovían también parecía acreditados a la fecha de la toma

dedecisión.

En cuanto a las garantías personales obra en autos prueba documental al folio 2151 consta email fechado **el 19 de octubre de 2007** dirigido a tres directivos de invernostra/sa nostra respecto al patrimonio de los garantes Sr. Luis Pablo(cfr. de folio 2152), y respecto SR. Landelino(cfr. folio 2154): las circunstancias previas y altamente satisfactorias respecto a estos promotores es un hecho conocido por el comité y el Consejo de Administración que aprobó la inversión.

Descartado que haya ocultación deliberada y/o olvido indolente y ante la falta de prueba del rechazo a la *due diligence* que hubiera eliminado este riesgo veamos si, con los datos -incluidos los erróneos- de que dispuso el Consejo de Administración de 21 de septiembre, su decisión fue cautiva de la propuesta del CONSEJERO DELEGADO SR. Julián.

Anticipamos que no lo fue, el Consejo pudo haber decidido otra cosa.

En cuanto a la segunda alegación de la demanda combatida por el recurso éste se opone a la conclusión de que la operación fue aprobada "mecánicamente", porque la promovían estos dos consejeros. En última instancia subyace que el Consejo validó la operación Brickell pero de haber conocido los datos reales nunca la habrían aprobado. Esta afirmación es de la sucesora en virtud de la SIP (BMN e I) y no deja de ser una suposición cuya coincidencia con el actuar del Consejo de Invernostra en el verano de 2007 está huérfana de prueba.

El informe remitido por SA NOSTRA al BANCO DE ESPAÑA el 18 de diciembre de 2012 (al folio 2315) aportado como prueba después de la audiencia previa porque fue conocido por las partes demandadas por la prensa, da cuenta de su respuesta ante la auditoria del Banco de España respecto tres sociedades. Entre otras cosas dice que desde el cambio de Dirección General en Sa Nostra, (por cierto que fija el 18 de junio de 2009), vista la evolución de los grupos garantes se hizo dotar la operación al 100%.El informe versa sobre INVERNOSTRA, BRICKELL y SOTOHERMOSO.

Concluimos que tal y como se planteó esta operación y aun teniendo en cuenta que hablamos del año 2007 no puede definirse como "una operación cuyo riesgo sería limitado".

Es una máxima de experiencia que cuanto mayor es la contraprestación obtenida mayor puede ser el riesgo. Ésta era una operación de riesgo porque el rendimiento que se ofrece por la aportación de capital a la operación BRICKELL propone recuperar como máximo entre el año 2008 y el año 2011 el total invertido y 60 millones de dólares más. En todos los informes presentados a los diferentes comités consta TIR 120%. No es necesario ser profesional del sector bancario para detectar un riesgo elevado en esta compleja operación. De hecho la Sra. María Consuelo directora del departamento de riesgos de SA NOSTRA y miembro del consejo de administración de INVERNOSTRA en la fecha de los hechos dijo en su declaración que si lo detectó. Lamentablemente no consta en el acta que aprobó la operación por lo que una observación que no se hace constar es una objeción que a nuestros efectos no existió.

La pretendida delimitación del riesgo por ese importe -que además representaba la mitad del presupuesto anual de la filial de SA NOSTRA- no puede desconocer que los promotores estaban pidiendo financiación a INVERNOSTRA y buscando otros inversores para comenzar la promoción inmobiliaria.

Es un error que no se informara de la posibilidad de resolución contractual y/o del estado de los terrenos, pero aprobar una inversión de 50 millones de dólares aceptando sin ninguna objeción que se recuperaría la inversión y 60 millones más, (en total 110 millones), invirtiendo en un 25% de una sociedad norteamericana que además era de dominio público que aún estaba buscando inversores, no es aceptable como operación de riesgo delimitado.

La propuesta sí se refería a las garantías personales y pretendía garantizar la recompra de 50 millones de dólares a partir del año 2008 por parte de quienes en el verano 2007 urgían a la entidad para esta financiación.

De la práctica de la prueba no puede tenerse por probado que SR. Julián renunciara a la *due diligence*, es más como hemos expuesto, el Sr. Erasmo, miembro de su equipo en Invernostra la reclamó reiteradamente en los correos de los días 8, 9 y 10 de agosto (cfr. folio 538).

No puede tenerse por probada que la decisión del Consejo fuera automática o formal so pena de desnaturalizar el funcionamiento de este órgano colegiado y en consecuencia su responsabilidad. Las personas jurídicas son una ficción del derecho, la ley les reconoce personalidad incluso en los supuestos de unipersonalidad como es el caso. Las decisiones de gestión y administración las toman a través del Consejo de Administración que en última instancia estaba constituido por personas físicas que dedicaron, (o debieron dedicar), su tiempo al estudio y decisión del proyecto BRICKELL, por lo que no podemos aceptar que aprobaron mecánicamente, como un "mero trámite" la operación por importe más elevado de la mercantil Invernostra.

No se puede pretender mantener la forma que tutela en derecho para la constitución y objeto social de las participadas, y negar la responsabilidad de quien dirige colegiadamente el órgano de administración. La falta de diligencia en su caso, y no se juzga en estos autos al Consejo de Administración, puede apreciarse en quien no se informa de un dato relevante en una operación compleja jurídica y físicamente; en quien no evalúa el riesgo que se pretende atenuar con las garantías personales de los promotores que buscan la financiación. Finalmente, en quien no pregunta o hace constar sus objeciones.

En conclusión, falta prueba sobre quien decidió que no hacía falta la *due diligence* que quizá se habría podido acreditar con la declaración o los documentos completos de los asesores externos contratados por Invernostra cuyo exhaustivo y acendrado trabajo se intuye pero no obra en autos. Su ausencia como hemos razonado, debe perjudicar a la actora.

Con la extensa prueba practicada no podemos tener por probada que la omisión de la situación jurídica del patrimonio inmobiliario de la mercantil cuyas participaciones compraron sea imputable al consejero delegado SR. Julián.

La demanda no identifica en qué se apartó su actuación de la diligencia media exigida y exigible a todos los consejeros.

No se ha probado que conociera esta información y la ocultara al Consejo ni que la preparación de la propuesta fuera descuidada. Los resultados, por malos que fueran, no eximen de prueba de negligencia en los medios.

El error de decidir sin tener todos los datos disponibles en septiembre de 2007 afecta a que no se transmitió información completa al Consejo sobre que la propiedad de los terrenos podría resultar comprometida por el impago del precio pendiente para el que estaban buscando financiación en INVERNOSTRA y PRASA y Corporación Qualitat etc, pero también afecta a la valoración del riesgo de aquella operación hasta concluir -como afirma la demanda- que se aprobó porque era una operación de riesgo controlado. Operación de riesgo sí, controlado no, porque dependía de decenas de variables -varias de ellas expuestas en los correos electrónicos remitidos por los asesores- que INVERNOSTRA dice desconocer y SA NOSTRA informó al Banco de España que conoció en 2011.

Para concluir, respecto a la responsabilidad por negligencia que a la proposición y aprobación del proyecto añade la falta de diligencia en la ejecución de los actos necesarios, está acreditado que el seguimiento de esta operación no fue sólo llevado a cabo por el Sr. Juliáno por INVERNOSTRA pues desde el Acta de 30 de octubre de 2007, (folio 2107) consta la dación de cuenta del Sr. Modesto a la comisión ejecutiva de SA NOSTRA respecto a la *comfort letter* requerida como garantía adicional y por importe de 38.4999.999 USD.

Llamamos la atención sobre los correos electrónicos remitidos por los asesores legales de la operación enviados el miércoles, **31 de octubre de 2007 11:14 y 11:25 am** a directivos y consejeros de SA NOSTRA e INVERNOSTRA sobre Subject : *FW: FW: Documentos corporativos Invernostra Espana e Invernostra USA* cfr. folio 630 aportados con la contestación de la demanda.

En los documentos 112.1, a 116 constan los burofax remitidos desde **septiembre de 2008** en nombre de "Sa Nostra, Invernostra, Varallo resorts, Caribbean fuds Caribbean towers reclamando el cumplimiento de diversas obligaciones a Mullurqui, Tosega, Meditteranean florida towers, Luis Pablo, Landelinoque corroboran los diligentes esfuerzos por dar cumplimiento a todos los compromisos suscritos en el marco de la operación Brickell. De todo ello concluimos que Invernostra tuvo puntual conocimiento de la evolución de este proyecto.

El recurso del SR Julián debe prosperar en este punto porque sin duda la ausencia de esa información fue una omisión relevante pero para elevarla a la categoría de negligencia imputable sólo al recurrente debemos tener en cuenta:

1. Que la entidad INVERNOSTRA como participada del GRUPO SA NOSTRA contrató los servicios de asesores externos.

2. Los directivos de INVERNOSTRA insistieron ante dichos asesores en la conveniencia de la *due diligence*.

3. Sin perjuicio de que es cierto que la *due diligence* no se hizo, parece que los asesores plantearon que no era necesaria por el diseño de la operación.

4. No consta que ninguno de los consejeros la pidiera, ni preguntara si quiera qué grado de comprobación se había llevado a cabo (hemos visto que la información contable no estaba auditada), ni mucho menos hiciera reserva/oposición a la operación. Los receptores de la información eran directivos de entidad bancaria, no consta oposición en ninguna de las instancias. Como corolario de lo anterior procede mencionar que en el resumen relativo a la operación remitido por GARRIGUES al sr Julián **el 30 de noviembre de 2007** los asesores seguía refiriéndose a la sociedad

1201 como titular de los derechos de adquisición sobre los terrenos.

Estimada la alegación respecto a la ausencia de negligencia imputable a las acciones/omisiones de un consejero no procede el análisis de los demás elementos caracterizadores de la acción social.

#### **SÉPTIMO** .-LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 398 LEC remite al artículo 394 LEC en materias de pronunciamiento sobre las costas del proceso.

Desestimado el recurso de BMN e I procedería la imposición de costas en esta alzada pero esta Sala aprecia la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 394.1 in fine.

La cuestión a priori presentaba serias dudas tanto sobre los hechos en que se fundamenta la acción como respecto de la fecha concreta para iniciar el cómputo del plazo, elementos que hicieron necesaria la sustanciación del presente procedimiento.

En cuanto al recurso interpuesto por el SR. Julián, la estimación implica que no procede pronunciamiento de condena en costas en esta alzada. Respecto a las de primera instancia apreciamos también la concurrencia de serias dudas de hecho y derecho ex artículo 394.1 LEC in fine por lo que no se imponen costas a la actora por la desestimación de la acción dirigida contra el apelante.

En este caso, a lo extensamente razonado en la sentencia cabe añadir la necesaria práctica de la prueba para determinar las razones de la tramitación, ciertamente acelerada, del proyecto BRICKELL, la incidencia de los informes (desde tasaciones inmobiliarias a consejo legal) en la toma de una decisión aprobada por todo el consejo de administración y la participación de la entidad que finalmente avaló los efectos que consumaron el daño.

**OCTAVO** .- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante "BANCO MARE NOSTRUM, SA E INNOSTRUM DIVISION INMOBILIARIA SAU", al que se le dará el destino previsto en dicha disposición. Con devolución del mencionado depósito a la parte apelante D. Julián.

En atención a lo expuesto, y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. MIGUEL SOCIAS ROSSELLO, en nombre y representación de "INVERNOSTRA SLU", ahora "BANCO MARE NOSTRUM, SA E INNOSTRUM DIVISION INMOBILIARIA, SAU", contra la Sentencia de fecha 30 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de los de Palmas in pronunciamiento de condena en costas en esta alzada.

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Olga Terrón Rodríguez, en nombre y representación de D. Julián, contra la Sentencia de fecha 30 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado

de Lo Mercantil nº 2 de los de Palma, y en consecuencia, se revoca la sentencia y se desestima la demanda.

En cuanto a esta acción sin pronunciamiento de condena en costas en ninguna de las dos instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **Información sobre recursos.**

**Recursos.- Conforme** al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las

Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

**Órgano competente.-** es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

**Plazo y forma para interponerlos.-** Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

**Aclaración y subsanación de defectos.-** Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional

15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.