

## SENTENCIA

**PRIMERO.-** La demanda promovida por la sociedad PROYECTOS INDUSTRIALES S.A. (PISA) está dirigida contra los cinco antiguos miembros de su consejo de administración resultantes de la designación realizada por la junta general de la sociedad en fecha 20 de junio de 2014, y contra su director general don Manuel Gutiérrez Gelpí, según nombramiento que en fecha 21 de junio de 2014, en su primera reunión, hizo el consejo de administración al mismo tiempo que confirió al Sr. Gutiérrez Gelpí el amplio poder que resulta de los términos de la escritura aportada a los autos.

Puesto que la ejercitada es la acción social de responsabilidad, que tiene por objeto la restauración del patrimonio social dañado como consecuencia de actos u omisiones de los administradores contrarios a la ley, a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, y siempre que haya concurrido dolo o culpa, su ejercicio por la propia sociedad presupone, conforme a lo establecido en el artículo 238 del TRLSC, el previo acuerdo de la junta general, adoptado a iniciativa de cualquier socio y aunque no conste en el orden del día. Y puesto que el acuerdo de promover la acción determina, de pleno derecho, la destitución de los administradores afectados, según dispone el mismo artículo 238 en su apartado 3, no es dudoso que dicho acuerdo previo existe en este caso, aunque nada se diga al respecto en la demanda, puesto que en representación de la actora intervienen otros administradores de derecho distintos de los demandados cuyo nombramiento, reseñado en el poder aportado con la demanda, resulta de la misma junta en la que los anteriores fueron destituidos.

**SEGUNDO.-** Si la legitimación de la actora no es dudosa a la vista de lo que el artículo 238 TRLSC establece, tampoco lo es la legitimación pasiva de los demandados, cinco de los cuales fueron miembros del consejo de administración de la compañía hasta el momento en que se produjo su destitución y el sexto, don Manuel Gutiérrez Gelpí, encaja en la previsión que actualmente contiene el apartado 4 del artículo 236, a tenor del cual “Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”. En este caso es claro que don Manuel que, a través de su compañía VIENTOENPOPA S.L.u., es en realidad un socio muy relevante, si no de control, de PROYECTOS INDUSTRIALES S.A. (sus acciones representan el 36% del capital social), ha recibido del consejo de administración la investidura propia de un verdadero consejero delegado, mediante su

designación como director general de la compañía y el apoderamiento que le fue conferido en los amplísimos términos que resultan de la escritura notarial de 21 de junio de 2014 y que abarca la realización de actos de disposición y gravamen sobre los activos de la compañía y la realización de todos los actos jurídicos propios del giro o tráfico de la empresa. Precisamente la finalidad de la norma –apartado 4 del artículo 236- es la de concretar, a partir del principio general que extiende la responsabilidad exigible a los administradores de hecho, la de un determinado –y relativamente frecuente- tipo de administrador de hecho cuando, existiendo consejo de administración, no se hayan designado uno o varios consejeros delegados. En esta hipótesis casi necesariamente existirán una o varias personas que de modo permanente y visible se ocupen de la administración de la sociedad (ya que el consejo sólo puede hacerlo previa convocatoria, y, por lo tanto, ocasionalmente), y es a esa concreta modalidad de “consejero delegado de hecho” a la que se refiere la Ley, es decir, alguien que es más que un alto directivo de la empresa social para actuar como un verdadero administrador cotidiano de la sociedad. Y bajo esta perspectiva, al igual que ocurre en los demás casos de responsabilidad de un administrador de hecho, no se excluye la de los administradores de derecho conforme a la regla del artículo 237, a salvo la de los que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo o acto lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño, o al menos, se opusieron expresamente a él.

**TERCERO.-** Puesto que a don Manuel Guitérrez Gelpí le son de aplicación todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidades de los administradores de derecho, su actuación debe ser analizada, como propone la parte actora, desde la perspectiva del deber de lealtad que, en líneas generales y con la mayor concreción que resulta de los artículos 228 y 229 del TRLSC, impone anteponer a cualquier otro, propio o ajeno, los intereses de la sociedad.

Convenimos así con la parte actora en que hay una conexión evidente entre la decisión de adquirir de Sunshine Inc. un número de paneles solares considerablemente superior al que PISA precisaba para desarrollar el proyecto contratado, y el propósito personal de don Manuel de favorecer la admisión de su hija en la Universidad de Harvard en las muy favorables condiciones que le supone la beca que le fue finalmente concedida. La llave para lograrlo era la recomendación personal de una persona tan influyente en el comité de selección de la referida universidad como el sr. Gable-Ford, del que también, y en este caso más directamente, dependía la concesión de la beca que habría de cubrir los cuantiosos gastos de estudio. Sólo bajo estas premisas tiene sentido que PISA aceptara un negocio carente de racionalidad empresarial, en el contexto de una compañía que acababa de recibir una ajustada financiación bancaria para cubrir los gastos del desarrollo de un importante contrato, y del que resultaron, a la postre, cuantiosísimas pérdidas para la compañía. Por supuesto que la conexión no se basa en este caso en pruebas directas ya que, por su propia naturaleza, esta clase de ventajas particulares son el resultado de una connivencia que no suele ser explícita; pero a partir de los hechos demostrados –la compra de un número de paneles solares superior al que

la compañía necesitaba, la admisión de la hija de don Manuel en Harvard y la concesión de una beca para los dos primeros años de estudios, en ambos casos merced a las gestiones del representante legal de la compañía norteamericana vendedora de los paneles- no es dudoso que don Manuel antepuso sus propios intereses y los de su hija a los de la sociedad, y obtuvo ventajas de terceros asociadas al desempeño de su cargo (artículo 229, letra e) y cuantitativamente precisables.

La infracción del deber de lealtad en que don Manuel incurrió produjo en este caso los dos tipos de efectos que el artículo 227 contempla, es decir, tanto un daño al patrimonio social –igual al menos a la pérdida que se materializó con la reventa de los paneles solares por un precio muy inferior al de adquisición en ese mismo ejercicio- como un enriquecimiento injusto –igual al menos al importe de la beca obtenida por su hija- que debe ser devuelto a la compañía. Conviene precisar que pese a la utilización del verbo “devolver” que emplea el artículo 227, el enriquecimiento injusto a que se refiere la Ley no exige un empobrecimiento de la sociedad. Sobre este particular, la doctrina (Juste Mencía) aproxima el fundamento de la acción que se asigna a la sociedad al que encontramos en el artículo 1720 del CC (todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo) o en el artículo 135 del C de Comercio (No podrán los socios aplicar los fondos de la compañía ni usar la firma social para negocios por cuenta propia; y en el caso de hacerlo, perderán en beneficio de la compañía la parte de ganancias que en la operación u operaciones hechas de este modo les pueda corresponder...) . En todo caso, parece claro que – pese al impropio verbo “devolver”- la estructura del enriquecimiento injusto a que se refiere el artículo 227 del TRLSC (y el artículo 135 del C de comercio) no es la misma que asienta la doctrina jurisprudencial tradicional, pues falta –o no es imprescindible- el requisito del empobrecimiento del que acciona. Y si bien de esta manera la sociedad acabará obteniendo un beneficio patrimonial derivado de la infracción del deber de lealtad de su administrador (con su condena a devolver a la sociedad –*rectius*, a pagar a la sociedad- lo que ilícitamente haya obtenido y sea distinto del daño causado a la sociedad), tal resultado aparentemente paradójico es, en realidad, el que la Ley persigue para reforzar el deber de lealtad.

Es obvio que en este caso no ha habido dispensa válida del deber de lealtad (Artículo 260 LSC), por más que el consejo haya conocido las operaciones analizadas y no se haya opuesto a su realización y ejecución. Además, de acuerdo con la ley la autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, y ese es precisamente el caso.

Los miembros del consejo de administración deben responder solidariamente, con don Manuel, del daño efectivo concretado en la pérdida generada tras la reventa de los paneles solares, puesto que no consta que alguno de ellos se haya opuesto al acto dañoso o a su ejecución (artículo 237 TRLSC). Por su propia naturaleza, sin embargo, la

devolución del enriquecimiento injusto obtenido por don Manuel le ha de ser exclusivamente impuesta.

**CUARTO.-** Sin perjuicio de lo anterior, no podemos compartir con la sociedad demandante que al aceptar el consejo, a propuesta de don Manuel, que VIENTOENPOPA S.L.U. actuara como comisionista para intentar la reventa de los paneles en exceso adquiridos, con una retribución del 3% sobre el precio que se obtenga, se pueda entender infringido el deber de lealtad en alguna de las modalidades que impone la evitación de situaciones de conflicto de interés. El que una sociedad incluya entre las actividades de su objeto social la comercialización de soluciones técnicas en el campo de la energía solar, no quiere decir que no precise en ocasiones de los servicios retribuidos de auxiliares o comisionistas para indagar las mejores ofertas que el mercado, de ámbito mundial, pueda generar. Por definición, no existe conflicto cuando los intereses de la sociedad y los del administrador están alineados, es decir, cuando no hay contraposición de intereses; y es claro que si se encomienda a cualquier persona la búsqueda de la mejor oferta para la reventa de activos con la promesa de una retribución porcentual sobre el precio que se obtenga, los intereses de la principal y los del comisionista no se contraponen, sino que confluyen. La actividad del comisionista no es, en tal caso, competitiva con la de la sociedad, sino complementaria, y no implica, por la razón que antes hemos apuntado, un aprovechamiento de una oportunidad de negocio de la sociedad.

**QUINTO.-** Las operaciones de financiación que llevó a cabo don Manuel son analizadas en la demanda bajo el prisma de la infracción del deber de diligencia, artículo 225, y de la limitación que impone el artículo 160 f) del TRLSC para la venta de activos esenciales.

Frente a lo que en la demanda se sostiene, aunque admitiéramos que la decisión de tomar dinero a préstamo para financiar los gastos que el contrato concertado con la República del Chad exigía, con garantía de los más relevantes activos inmobiliarios de la compañía, pudiera ser considerada una “decisión estratégica y de negocio, sujeta a la discrecionalidad empresarial”, supuesto que la suma recibida en préstamo es efectivamente la que la compañía precisaba para financiar el proyecto, el plazo de amortización (cinco años) está en este caso acompasado con el de la ejecución del contrato (tres años) y cubre incluso cualquier incidencia o retraso que pudiera producirse en la ejecución del proyecto o en el pago del precio. Las dificultades para atender al pago de los intereses durante el primer año se explican por razón combinada de la necesidad de acometer inicialmente grandes inversiones, de momento sin retorno, y del mayor gasto que supuso la compra de los paneles solares a SUNHINE Inc., que es la que limitó sensiblemente la tesorería de la compañía. En el negocio mismo ordenado a la financiación del proyecto no se descubre, por lo tanto, infracción alguna del deber de diligencia sino, por el contrario, una muy prudente negociación en términos que, de

no ser por la incidencia de los hechos antes analizados, podrían haber sido perfectamente atendidos.

Por el contrario, la decisión de compra de los paneles solares en número superior al necesario bajo la premisa de que el resultado para la compañía sería neutro por el gran interés que el mercado tenía sobre esta clase de productos contraviene, además del deber de lealtad según antes hemos analizado, también el de diligencia. El negocio excede del ámbito de la discrecionalidad empresarial que ampara el artículo 226 del TRLSC, y no sólo porque presupone un análisis ligero, si no frívolo, de la realidad del mercado –lo demuestra indefectiblemente el hecho de que la reventa no fuera posible sin grandes pérdidas- , sin información ni asesoramiento adecuados que ni don Manuel ni el consejo recabó, sino porque es claro que al menos don Manuel actuó con interés personal en el asunto.

**SEXTO.-** La responsabilidad exigible a los administradores de una sociedad mercantil abarca, según hemos señalado anteriormente (Artículo 236 TRLSC), los daños ocasionados a la sociedad por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

La Ley establece, en su artículo 160 que es competencia de la junta –de accionistas en este caso- la de deliberar y tomar acuerdos sobre, entre otros extremos, f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

Quiere ello decir que una operación de este género sobre activos esenciales realizada por los administradores de la compañía sin el previo acuerdo de la junta es contraria a la Ley y, por lo tanto, presuntivamente culpable y susceptible de ser examinada desde la perspectiva de la acción social de responsabilidad en el caso de que haya producido daño a la compañía (el daño, lógicamente, no se presume, sino que debe quedar probado).

En este caso, el valor en balance de los activos inmobiliarios de la compañía –el edificio donde radica su sede e instalaciones- está en la demanda referido exclusivamente al inmovilizado de la compañía (representa el 55% de su inmovilizado total), pero no a la totalidad de sus activos, cuyo valor en el último balance no nos consta. En todo caso, aun conociendo la gran discusión que, entre otros muchos interrogantes que plantea el precepto, existe a propósito de cuál debe ser el valor de referencia para la determinación del carácter esencial de un activo, optaremos por tomar el valor del inmovilizado, que es probablemente el que mejor responde a la ratio del precepto, y desde esta perspectiva no es dudoso que una operación de adquisición,

enajenación o aportación a otra sociedad sobre un activo que pesa en el activo inmovilizado del último balance el 55% del total debe ser considerada como una operación sobre un activo esencial, reservada a la decisión de la junta. No menos relevante es el aspecto cualitativo del objeto del negocio, y desde esta segunda perspectiva no es dudoso que un acto de disposición sobre el edificio en que la compañía tiene su sede y sus instalaciones encaja en la previsión legal.

La operación de abril de 2015 –la hipoteca del edificio donde se encuentra su sede e instalaciones en garantía de la restitución del préstamo sindicado de cuatro millones de euros- no es un acto de disposición o aportación, sino un acto de gravamen. Es cierto que la doctrina jurisprudencial tradicional ha equiparado en muchas ocasiones los actos de constitución de garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, como actos de riguroso dominio, a los de disposición, pero, como sostiene la parte demandada, no tiene fundamento legal abarcar actos de gravamen, como la constitución de una hipoteca sobre activos esenciales, dentro de las competencias de la junta, a salvo lo que sus estatutos dispongan, a los que específicamente menciona el precepto, que son los de adquisición enajenación y aportación. La novedad que el precepto supone, tendente a reforzar los poderes de la junta y a restringir el ámbito de decisión y representación de los administradores (artículo 233), no debe ser objeto de una interpretación extensiva, a salvo, naturalmente, los casos en que se detecte que la operación, con finalidad elusiva de la norma, perseguía en realidad la enajenación del activo hipotecado (en este caso rige lo establecido en el artículo 6. 4 del Código civil, que proscribiera el fraude de ley, de modo que una vez detectado no debe impedir la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir). Y no hay en este caso atisbo alguno de fraude de ley, es decir, de una conducta que amparada en una norma de cobertura (el artículo 233 del TRLSC) pretenda eludir la que asigna a la junta la competencia exclusiva para deliberar y tomar acuerdos sobre actos de enajenación de activos esenciales (artículo 160 letra f).

Más dudoso es el caso de la operación de noviembre de 2015, consistente en la amortización del crédito hipotecario y la cesión de la propiedad del mismo activo al BBVA (el precio lo perciben los bancos del sindicato prestamista) que se constituye en arrendadora financiera con PISA como arrendataria por diez años mediante el pago de cuotas mensuales y con la opción de re-adquirir la propiedad del bien mediante el pago del precio o valor residual en la última mensualidad del periodo concertado.

Reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo que en el arrendamiento financiero la propiedad del bien pertenece a la entidad arrendadora, no a la arrendataria, y la conserva hasta que a la finalización del plazo de cesión de uso percibe el precio o valor residual. La operación en este caso concertada es un lease-back o arrendamiento financiero inmobiliario de retorno al que se refiere, entre otras, las STS de 2 de febrero de 2006 y 15 de abril de 2010, particularmente para defender la autonomía causal del contrato de leasing frente a los casos en que la operación “envuelve un contrato de préstamo disimulado en virtud de una fiducia cum creditore que respalda la transmisión de la propiedad de manera puramente formal a los efectos de garantizar el pago de la

deuda”. El TS mantiene que la operación mantiene las características y finalidad económico-social propias del contrato de arrendamiento financiero o leasing, con su peculiar estructura causal y su autonomía contractual, a partir de determinados elementos “cuya concurrencia o no determina que pueda sostenerse la existencia de un contrato de leasing o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia en que la transmisión de la titularidad de la propiedad tiene lugar a los meros efectos de garantía de un préstamo, con las consiguientes consecuencias en relación con la falta de legitimación del arrendador para formular tercería de dominio, con la posible aplicación de la Ley de Represión de la Usura, o con la vulneración de la prohibición del pacto comisorio”. Y entre los elementos característicos y diferenciales del leasing menciona expresamente el TS “la existencia de una compraventa previa ligada al arrendamiento financiero, como presupuesto necesario que comporta la transmisión de la propiedad a favor del arrendador financiero, en relación con la finalidad perseguida por la empresa arrendataria de movilizar su activo inmobiliario para obtener liquidez mediante el abandono provisional (de la propiedad) del inmueble”.

Así pues, aunque la finalidad de la operación es típicamente financiera, no puede dejar de señalarse que comporta la enajenación del activo, y si antes hemos defendido una interpretación estricta, no extensiva, del artículo 160 letra f), hemos de reconocer que la Ley no distingue entre las distintas finalidades económicas a que pueden responder las operaciones que reserva a la deliberación y decisión de la junta. Si no lo hace, no debe hacerlo tampoco el intérprete de la norma, de modo que la operación de noviembre de 2015 –la transmisión de la propiedad del activo a BBVA para la constitución sobre el mismo de un arrendamiento financiero- se verificó con infracción de Ley, pues precisaba un previo acuerdo de la junta que en este caso no se recabó. Mantenemos esta postura aun reconociendo que la cuestión es dudosa y que autorizadas opiniones excluyen precisamente el lease-back de la consideración de actos de enajenación, en la medida en que la compañía conserva el activo, aunque sea como arrendataria financiera.

En todo caso, aunque la culpabilidad deba presumirse por tratarse de un acto contrario a la Ley, lo que no ha sido demostrado es en qué medida la operación ha ocasionado un daño a la compañía y el daño es, como ya hemos señalado, presupuesto del éxito de la acción social de responsabilidad. Desde el punto de vista económico, la operación implicó la amortización íntegra del préstamo anterior y, por lo tanto, la eliminación de un importantísimo pasivo a largo del balance; la capacidad operativa de la compañía se mantiene incólume, puesto que continúa sirviéndose del edificio donde radica su sede y de sus instalaciones, y nada permite deducir que mediante el pago de las cuotas mensuales convenidas no sea posible recuperar la propiedad del bien al término del arrendamiento. Para hacerlo cuenta con una relativamente segura capacidad de generar liquidez en los próximos tres años, mediante el desarrollo del contrato que tiene concertado, y no consta que el valor de mercado del inmueble sea en este caso

sensiblemente inferior al precio que por él recibió y al beneficio financiero que la eliminación del pasivo supuso.

**SÉPTIMO.-** Como consecuencia de todo lo expuesto, la demanda debe ser parcialmente estimada, con la condena solidaria de todos los demandados a indemnizar a la sociedad en la suma de doscientos treinta y tres mil trescientos treinta y tres euros mil euros (233.333,33 €) ,a que asciende la pérdida patrimonial que la compañía ha sufrido por la diferencia entre el valor de compra de los mil paneles no necesarios ( $1.900.000,00 \text{ €} : 3 = 633.333, 33 \text{ €}$ ) y los 400.000,00 € obtenidos con la reventa, sin deducir el coste de la comisión (12.000,00 €) que también es daño para la compañía en cuanto que innecesariamente generada a partir de la decisión de comprar paneles en exceso.

Don Manuel, además, será condenado a abonar a la compañía el enriquecimiento injusto obtenido con infracción de su deber de lealtad, que hemos cifrado en sesenta mil euros.

A las cantidades expresadas será de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC en cuanto a intereses.

En materia de costas, al ser parcial la estimación de la demanda no procede hacer especial imposición a ninguna de las partes (Artículo 394 de la LEC).