

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 449/2025, de 20 de marzo de 2025

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2852/2020

SUMARIO:**Derecho de sociedades. Acción de responsabilidad. Deber de lealtad del administrador. Conflicto de intereses.**

Acción social de responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad y conflicto de intereses por la contratación de prestación de servicios a sociedades vinculadas y que son competidoras de la propia sociedad.

Tiene razón el recurso que para poder analizar la procedencia de la acción ejercitada, y en concreto si había existido un incumplimiento relevante (a efectos indemnizatorios) del deber de lealtad, el tribunal debía haber examinado si, en relación con las conductas que se imputan a los administradores, había existido conflicto de intereses. Lo que omitió la sentencia recurrida.

Las sociedades vinculadas y que son competidoras de la propia sociedad ha sido reconocido por el demandado. Incumplió la obligación de comunicar a la junta general que tenía un conflicto de intereses con estas sociedades vinculadas, cuando se concertaron los reseñados contratos. Y, en principio, salvo autorización de la junta, debía haberse abstenido de intervenir en esos acuerdos. En relación con el conflicto de intereses, el demandado, a través de sus sociedades vinculadas, desarrollaba el mismo negocio de apartahoteles que era objeto social, en la misma localidad y que una de sus sociedades vinculadas era la socia mayoritaria. La comunicación del conflicto de intereses ha de ser expresa y, en un caso como este, no hacerlo el administrador único a la junta de socios ya constituye *per se* un incumplimiento del deber de lealtad. Cuestión distinta es su relevancia en relación con la acción social de responsabilidad ejercitada. La exigencia legal del deber de lealtad se traduce en que el administrador debe anteponer el interés de la sociedad al suyo propio (directo o indirecto), de ahí la relevancia del conflicto de intereses y de su prevención.

PONENTE: D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrados:

D.IGNACIO SANCHO GARGALLO

D.RAFael SARAza JIMENA

D.PEDRO JOSE VELA TORRES

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 449/2025

Fecha de sentencia: 20/03/2025

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2852/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Síguenos en...



Procedencia: Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Navalón Romero

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2852/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Navalón Romero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 449/2025

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 20 de marzo de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona. Es parte recurrente la entidad Solo Tradicionales, representada por el procurador Isidro Orquín Cedenilla y bajo la dirección letrada de Fernando Cerdá Alberó. Es parte recurrida Roque y la entidad Promotora Miami Park S.L., representados por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de Javier Carmona Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1.El procurador Alejandro Granadero Jiménez, en nombre y representación de la entidad Solo Tradicionales S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona, contra la entidad Promotora Miami Park S.L. y Roque, para que se dictase sentencia por la que:

«estimando la acción ejercitada y condenando a los codemandados a reintegrar al patrimonio de SOLMIPALYA S.L. en concepto de daños y perjuicios la cantidad que se fija en 2.236.773 € o aquella que resulte finalmente de la prueba que se practique, distribuyendo la responsabilidad de la siguiente forma:

»a.) a Roque, en concepto de lucro cesar a él atribuible, la suma de 1.200.375,46.- €

»b.) a Promotora Miami Park S.L., en concepto de lucro cesante a ella atribuible, la suma de 456.319,16.- €

»c.) a Roque, en concepto de daño emergente, la suma a él atribuible de 565.150.- €

»d.) a Promotora Miami Park S.L., en concepto de daño emergente, la suma a ella atribuible de 14.928.- €

»más los intereses legales de dichas cantidades desde la interposición de la demanda y los intereses por mora procesal con imposición de costas a los demandados».

Síguenos en...



2.El procurador Josep Farré Lerín, en representación de Roque, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la demanda, con condena en costas a la parte actora y con expresa mención y declaración de temeridad y mala fe de la parte actora».

3.El procurador Josep Farré Lerín, en representación de la entidad Promotora Miami Park S.L., contestó a la demanda y solicitó al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la demanda, con condena en costas a la parte actora y con expresa mención y declaración de temeridad y mala fe de la contraparte».

4.El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Desestimar íntegramente la demanda presentada por Solo Tradicionales, S.L., contra D. Roque y Promotora Miami Park, S.L., absolviendo a los demandados de lo petitionado en la demanda, con imposición a la actora de las costas devengadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Solo Tradicionales S.L.

2.La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona mediante sentencia de 31 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que declaramos no haber lugar a la apelación interpuesta por Solo Tradicionales, S.L. contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2016, por el Juzgado Mercantil de Tarragona, cuya resolución confirmamos, con imposición de costas del recurso a la parte apelante».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1.El procurador Alejandro Granadero Jiménez, en representación de la entidad Solo Tradicionales S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia [art. 469.1.2º LEC en relación con los arts. 218.2 LEC, 24.1 y 120.3 CE].

»2º) Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º, en relación con art. 217.7 LEC).

»3º) Al amparo del art. 469.1.4º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, por infracción de las normas sobre la valoración de la prueba pericial, documental y testifical (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 348, 326 y 376 LEC y 24 CE.

»4º) Al amparo del art. 469.1.4º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, por infracción de las normas sobre la valoración de la prueba documental y testifical (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 326 y 376 LEC y 24 CE.

»5º) Al amparo del art. 469.1.4º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE por infracción de las normas sobre la valoración de las pruebas pericial y testifical (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 348, 376 LEC y 24 CE.

»6º) Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al infringir las normas relativas a la fuerza probatoria de los documentos privados contenidas en el art. 326 LEC.

»7º) Al amparo del art. 469.1.4º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE por infracción de las normas sobre la valoración de la prueba documental (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 326 LEC, y 24 CE).

»8º) Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º LEC en relación con los arts. 218.2 LEC, 24.1 y 120.3 CE.

»9º) Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º LEC en relación con los arts. 218.2 y 222.4 LEC, y arts. 24.1 y 120.3 CE.

»10º) Al amparo del art. 469.1.4º LEC se denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE por infracción de las normas sobre la valoración de la prueba documental y pericial (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 326 y 348 LEC y 24 CE.

»11º) Al amparo del art. 469.1.2º LEC se denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º en relación con el art. 222.4 LEC)».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Al amparo del art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción (por no aplicación) de los anteriores art. 61.1 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y art. 231 LSC.

»2º) Al amparo del art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción de los anteriores art. 69.1 LSRL y art. 236.1 LSC (red. orig.), en relación con los arts. 61.1 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y 231 LSC.

»3º) Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción (por no aplicación) de los anteriores art. 61 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y 231 LSC, también en relación con el art. 1275 CC.

»4º) Al amparo del art. 477.1 LEC, se denuncia la infracción de los anteriores art. 69.1 LSRL y art. 236.1 LSC (red. orig.), en relación con los arts. 61.1 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y 231 LSC».

2.Por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2020, la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3.Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Solo Tradicionales, representada por el procurador Isidro Orquín Cedenilla; y como parte recurrida Roque y la entidad Promotora Miami Park S.L., representados por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.

4. Esta sala dictó auto de fecha 19 de octubre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Solo Tradicionales S.L. contra la sentencia n.º 49/2019, de 31 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 38/2018, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 503/2014, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Tarragona».

5.Dado traslado, la representación procesal de Roque y la entidad Promotora Miami Park S.L., presentó escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

6.Al amparo del art. 271 LEC, por las respectivas representaciones procesales se aportó documentación, se realizaron las alegaciones pertinentes y se unieron a las actuaciones pero sin prejuzgar el valor, incluso puramente informativo, que para esta sala tengan tales documentos.

7.Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de febrero de 2025, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1.Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Síguenos en...



Solmiplaya, S.L. era una sociedad constituida en junio de 1998, cuyo objeto principal era la explotación de unos apartamentos ubicados en el DIRECCION000 de la localidad de Salou. Este edificio contaba con 232 apartamentos, de los que 190 eran propiedad de Solmiplaya, S.L. (en adelante, también la sociedad).

Solmiplaya, S.L. tenía dos socios: Brisasol, S.L. (que luego pasó a denominarse Alcorax, S.L.), titular de participaciones que representaban el 60% del capital social; y Solo Tradicionales, S.L., titular del resto de las participaciones, que suponían el 40% del capital social.

Del 7 de enero de 1999 al 5 de septiembre de 2001, fue administrador único de la sociedad Solmiplaya, S.L. Alberto. Del 5 de septiembre de 2001 al 31 de diciembre de 2002, fueron administradores Alberto y Roque. Del 31 de diciembre de 2002 al 14 de septiembre de 2010 fue administrador único Roque. Y desde entonces hasta la disolución de la sociedad (25 de octubre de 2012), fue administradora Promotora Miami Park S.L., que estaba administrada por el hijo de Roque, Ambrosio.

Para la explotación de los apartamentos del DIRECCION000 de los que era titular Solmiplaya, S.L., esta sociedad concertó el 6 de febrero de 2004 un contrato con el tour operador irlandés Budget Travel Ltd., de tres años de duración (prorrogables por otros dos), por el cual Budget Travel comercializaba los apartamentos en exclusiva en el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 31 de octubre de cada año, a cambio de un precio anual de 1.619.425 euros, actualizado de acuerdo con el IPC. El contrato concluyó en el año 2007, debido a las dificultades económicas de Budget Travel.

El año 2008 la cifra de negocio bajó de 1.928.612 euros, que respondía a la tónica de los años anteriores, hasta 593.584 euros ese año, 625.535 euros el año 2009 y 822.586 euros el año 2010.

Roque es titular del más del 80% del capital social de Brisasol Corporación Empresarial, S.L., que a su vez tiene la totalidad del capital social de Alcorax, S.L. y de Rodor Apartamentos, S.L., que también se dedican a la explotación de apartamentos en Salou. Estas sociedades, a partir de 2008, no sólo no disminuyeron su facturación, sino que la incrementaron.

Otras sociedades controladas por Brisasol Corporación Empresarial, S.L. son Makati, S.L. e Iberbrisa Internacional, S.L.

En un documento privado, datado el 20 de abril de 2005, Solmiplaya, S.L. y Rodor Apartamentos, S.L. concertaban un contrato de gestión y administración del negocio de explotación de los apartamentos, en aéreas relativas a: 1º) Campañas de marketing, publicidad y promoción del establecimiento hotelero; 2º) Definición de productos en restauración; 3º) Compras en general; 4º) Sistemas informáticos de gestión; 5º) Obras de acondicionamiento y mejoras; 6º) Evaluación de personal; 7º) Contratación de seguros; y 8º) Previa autorización de la propiedad, negociación de contratos, licencias y concesiones de uso para la instalación de tiendas. Rodor Apartamentos, S.L., a partir del 2008, asumió la labor de gestión para la comercialización de los apartamentos.

Existe otro documento privado, datado el 2 de enero de 2005, que instrumentaría otro contrato entre Solmiplaya y Rodor.

En otro documento privado, datado el 3 de febrero de 2003, Solmiplaya, S.L. habría concertado un contrato de gestión con Makati, S.L., que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2005. Este contrato tenía por objeto la prestación de servicios de soporte en las áreas de RRHH (recursos humanos), informática y marketing, especificándose el precio de los servicios por hora, por selección del personal en relación a cada persona, por litigio o caso.

Y en otro documento privado, datado el 2 de enero de 2007, Solmiplaya, S.L. habría concertado con Brisasol Corporación Empresarial, S.L. la prestación de servicios informáticos, técnicos y de marketing. Los servicios de limpieza los tendría contratados con Iberbrisa Internacional, S.L.

Constan aportadas varias sentencias firmes que anularon acuerdos de ampliación de capital de Solmiplaya por compensación de créditos, enarbolados por Alcorax, socio mayoritario. Estos procedimientos habían sido instados por el socio minoritario, Solo Tradicionales, S.L. Las sentencias son: i) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 19 de

noviembre de 2008; ii) sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de 6 de octubre de 2008, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 20 de mayo de 2010; iii) sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de 3 de marzo de 2011; iv) sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 5 de julio de 2012. Los gastos judiciales que estos pleitos conllevaron para Solmiplaya fueron 46.563,91 euros.

2. En la demanda que inició este procedimiento, Solo Tradicionales, S.L. ejercitaba sendas acciones de responsabilidad social contra quienes fueron administradores de Solmiplaya, S.L., Roque y Promotora Miami Park, por incumplimiento del deber de lealtad en la explotación de los apartamentos una vez concluido el contrato con Budget Travel, durante el periodo comprendido entre 2008 y 2010, en que se desvió actividad y clientela de Solmiplaya, S.L. hacia otras sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio, lo que habría generado un perjuicio por lucro cesante para la sociedad de 1.656.694,61 euros; también por haber realizado, en representación de la sociedad, transacciones con sociedades vinculadas sin autorización de la junta y con duplicidad de servicios y costes, lo que habría generado un daño emergente cuantificable en 580.078 euros, de los cuales 147.791 euros se correspondería a gastos por servicios jurídicos indebidamente prestados en cuanto que provienen de procedimientos en que fueron desestimadas las pretensiones de la sociedad; y por la remuneración abusiva de los administradores a partir de 2006, por duplicidad o solapamiento con los servicios de gestión prestados por otras sociedades.

3. El juzgado mercantil desestimó la demanda. Entendió que no había quedado acreditado que hubiera habido una desviación de actividad y de clientela. También rechazó que las transacciones con las sociedades Rodor Apartamentos, S.L., Makati, S.L., Brisasol Corporación Empresarial, S.L. e Iberbrisa Internacional, S.L. supusieran una duplicidad de servicios, siendo irrelevante que no estuvieran autorizadas por la junta de socios, en la medida en que no consta que hubieran causado ningún perjuicio, al responder lo facturado a servicios prestados. También desestimó la pretensión indemnizatoria del coste de servicios jurídicos indebidos, que sumaban 147.791 euros. Además, entendió que de ellos, 101.227,09 euros no se correspondían a gastos derivados de procedimientos judiciales. Y, finalmente, el juzgado consideró que la remuneración de los administradores a partir de 2006, en la medida en que no había habido duplicidad con los servicios prestados, no se excedía de la práctica ordinaria y de los parámetros de mercado.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación y la Audiencia desestima el recurso.

En relación con la primera conducta, la sentencia de apelación afirma que se ha confirmado en esa segunda instancia que no había prueba alguna del pretendido trasvase de actividad y clientela del edificio de apartamentos DIRECCION000 a los seis edificios de apartamentos pertenecientes, directa o indirectamente, al Sr. Ambrosio. Entiende que si a partir del 2008 hubo un descenso de ocupación del 57,35 % fue debido esencialmente a la terminación del contrato con Budget Travel que aseguraba la ocupación de todos los apartamentos. Y resta relevancia a que los edificios de apartamentos vinculados al Sr. Ambrosio hubieran mantenido o aumentado la ocupación, en atención a que no padecieron la pérdida del cliente que ocupaba todos los apartamentos en temporada alta.

En cuanto a las transacciones con sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio, la sentencia de apelación advierte que «no se ha acreditado que las conductas denunciadas hubieran causado un daño a la sociedad Solmiplaya, ni directo ni en función de las irregularidades imputadas al administrador, pues la falta de aprobación por la Junta General de los contratos no implica la causación de un daño a la sociedad, sin perjuicio de que los contratos pudieran ser combatidos o anulados por la referida falta, y, tal como señala la oposición a la apelación, no se ha acreditado que los servicios prestados por Rodor fueran innecesarios, no se prestaran o se prestaran por precios excesivos». Luego añade:

«La actividad se prestó y no resulta acreditado que ello supusiera una duplicidad respecto de la actuación atribuida al administrador, pues supone un conjunto de actividades especializadas que rebasan los conocimientos y funciones exigibles a los mismos, y así se deriva de las distintas modalidades que de ello recoge el dictamen de Magma Hospitality, a lo que añade que la retribución pactada del 4% a la gestora de un establecimiento se puede considerar

correcto, al tiempo que resulta acreditado que Solmiplaya no tenía personal propio que pudiera realizar las gestiones reflejadas en el contrato de servicios».

Y niega que en este caso pueda hablarse de autocontratación:

«En todo caso para su concurrencia precisa que una misma persona actúe de intermediario y contratante, es decir, en el caso de autos de administrador y de contratantes en interés propio, por lo que la condición de administrador de Ambrosio de Solmiplaya y de mero accionista en Rodor no responde a un supuesto de autocontratación y no representa un óbice para la plena validez del contrato realizado y, con él, para la plena vinculación de las sociedades, sin perjuicio del ejercicio pertinente de las acciones sociales de responsabilidad contra el administrador por los perjuicios derivados de su actuación, en cuyo caso ha de acreditarse lo mismo, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, sin que dicho ejercicio pueda afectar a la validez de la operación realizada por el administrador en su esfera de representación orgánica de la sociedad».

En cuanto al contrato con Makati Innovaciones, S.L., el apelante afirma que es radicalmente nulo por ilicitud de la causa y que la acción de nulidad no ha prescrito, la sentencia de apelación razona lo siguiente:

«La acción ejercitada es la social de responsabilidad y en ningún momento de la demanda se alegó ni la nulidad del contrato ni el motivo de la misma, por lo que se trata de una cuestión nueva inadmisibile en esta instancia, y así la única referencia que la demanda hace a Makati se encamina a señalar que el contrato incide en las funciones que debería desarrollar el administrador, por lo que se podría llegar a producir remuneraciones incluso cuadruplicadas por los mismos conceptos (folio 30), criterio que no se comparte, pues las actuaciones de Makati y Rodor concurrieron únicamente 8 meses, y mientras el primero se realizaba por actuaciones concretas el 2º era por actuación genérica en los campos delimitados, lo cuales eran más amplios que en el anterior contrato, no existiendo en autos prueba de que se produjese esa duplicidad de cargo o de que Makati cobrase actuaciones que hubiese efectuado Rodor, siendo admisible la explicación que se da en la oposición a la apelación respecto de que la actuación de Rodor es de asesoramiento y la de Makati de ejecución material.

Respecto del contrato celebrado con Brisasol Corporación, el 2 de enero de 2007, cuyo objeto era la prestación de servicios de soporte en los campos de RRHH, marketing, informática y departamento técnico, la Audiencia advierte que «viene a coincidir con el celebrado con Makati, pero sin concurrir en el tiempo, y especificando en las facturas las actuaciones concretas, por lo que cabe reiterar lo ya señalado».

Y, por lo que se refiere al contrato con Iberbrisa, celebrado el 10 de mayo de 2010, para la limpieza de apartamentos del edificio de Solmiplaya, la Audiencia advierte que:

«la demanda únicamente se refiere a Iberbrisa al señalar que la explotación de su edificio Internacional II, que estima idéntico al DIRECCION000, es explotado por su propio personal, mientras que el de Solmiplaya la comercialización la hace Rodor Apartamentos, al tiempo que reconoce la apelación que la reclamación que efectúa no se comprendió en la pericial al desconocer la existencia del contrato que aportó la demanda en su contestación, por lo que nos encontramos antes una cuestión nueva que no puede ser objeto de introducción en esta alzada, a lo que cabría añadir, dado que la sentencia de instancia se ocupa del mismo, que, como señala la oposición, Iberbrisa disponía de personal propio y Solmiplaya no, al tiempo que no se acredita la no realidad del servicio o la desproporción del coste, por lo que no existe prueba del daño a la sociedad, por lo que el motivo se rechaza».

Finalmente, la Audiencia rechaza la pretensión relativa a los gastos judiciales y costas derivados de litigios anteriores entre Solo Tradicionales y Solmiplaya, representada por sus administradores, con la siguiente argumentación:

«El motivo se rechaza en razón a estimar que se tratan de gastos propios de la representación y defensa de la sociedad no promovidos por ella sino por la discrepancia entre sus socios, y aun en caso de pérdida del litigio ello no altera la justificación referida, máxime si en ningún caso se estimó que la oposición estuviese motivada por la actuación temeraria de la administración o se haya debido a intereses personales del administrador».

5.Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone un recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de once motivos, y un recurso de casación, articulado en cuatro motivos. Ambos recursos han sido admitidos.

SEGUNDO. Aportación de documentos al amparo del *art. 271.2 LEC*

1.Tras la admisión de los recursos, Solo Tradicionales, S.L. aportó al amparo del *art. 271.2 LEC*, un documento: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) 2236/2020, de 22 de octubre. Esta sentencia estima la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta de socios de Solmiplaya en Liquidación, celebrada el 23 de octubre de 2015 y que consistían en: i) la aprobación de las cuentas del ejercicio 2014; ii) la aprobación del balance final de liquidación y del informe para la determinación de la cuota de liquidación y su reparto entre los socios; y iv) la aprobación de la nueva remuneración del liquidador desde la fecha de la junta hasta la cancelación registral de la sociedad.

Solo Tradicionales afirma que esta sentencia puede resultar condicionante o ser decisiva en los presentes recursos, por lo siguiente:

«(...) particularmente por cuanto atañe a la reclamación del daño emergente en la acción social de responsabilidad ejercitada por Solo Tradicionales S.L. contra los administradores sociales de Solmiplaya S.L. (el Sr. Roque y Promotora Miami Park S.L.). En efecto, para el pago del precio (vil) por el que se adjudicaron todos los activos inmobiliarios de Solmiplaya S.L., en liquidación, al socio mayoritario (Alcorax S.L.), éste pretendió compensar supuestos «créditos» por importe de 3.111.808,36 € (2.793.000 € por principal, y 408.808,36 € por intereses). Y en la parte del principal se incluyen 556.692 € por servicios de sociedades vinculadas al socio mayoritario (Alcorax S.L.) y, por ende, al socio último de control, el Sr. Roque. Buena parte de este importe es el que integra la principal partida del daño emergente cuya indemnización se reclama en la presente acción social de responsabilidad.

[...]

»Pues bien, en relación con el daño emergente reclamado en la acción social de responsabilidad a la que se refiere el presente procedimiento, el demandante-recurrente Solo Tradicionales S.L. discute la autenticidad de los contratos «celebrados» por Solmiplaya S.L. con Rodor Apartamentos S.L. (contratos que tienen por fecha el 20 de abril de 2005 y el 2 de enero de 2005), con Makati Innovación S.L. (que lleva la fecha de 3 de febrero de 2003), y con Brisasol Corporación Empresarial S.L. (que tiene por fecha el 2 de enero de 2007). A ello hemos dedicado el motivo sexto del recurso extraordinario por infracción procesal (páginas 28-31) interpuesto por Solo Tradicionales S.L. ante esta Excma. Sala. Y el motivo fundamental para negar la autenticidad de estos contratos es que el 18 de noviembre de 2008, en el recurso de apelación (páginas 8 y 10) interpuesto ante la Sección 15a de la Audiencia Provincial de Barcelona (contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de 6 de octubre de 2008) la propia Solmiplaya S.L. (esto es, su administrador único el Sr. Roque) reconoció expresamente: «No podemos compartir el pronunciamiento de la sentencia que establece un "poco definido origen" de los créditos a compensar por el hecho de que no hay documentación soporte de los mismos» (página 8) y «(...) en ningún caso se produce la vulneración del derecho a la información del socio si se establece una compensación de créditos que no están sustentados por escrito» (página 10). Sin embargo, el 26 de mayo de 2010 «aparecen» sorpresivamente estos contratos como anexos de un informe pericial elaborado por Ernst&Young a solicitud del Sr. Roque»

[...]

» (...) en su fundamento jurídico sexto, páginas 26 y 27, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 2263/2020, de 22 de octubre, asevera que no existen contratos vinculados a los saldos del socio mayoritario (Alcorax S.L.) y de sus sociedades vinculadas».

Los administradores demandados, ahora parte recurrida, se han opuesto a la aportación de este documento porque la actuación del liquidador y la operación de venta de activos de Solmiplaya a favor de Alcorax no puede tener incidencia alguna para la resolución de este recurso, porque los demandados recurridos no fueron parte en aquel otro procedimiento resuelto con la sentencia aportada.

2.El art. 271 LEC regula la preclusión definitiva para la aportación de documentos y sus excepciones. Después de prescribir que «no se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario»; afirma a continuación que «se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso». La ley admite que estas resoluciones se puedan presentar incluso «dentro del plazo previsto para dictar sentencia». Además de darse traslado a las partes para que formulen las alegaciones que estimen convenientes, la norma prescribe que el «tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia».

Esta norma encaja mejor cuando la aportación de documentos se hace en la instancia, esto es cuando está pendiente de enjuiciamiento en primera o segunda instancia. Pero no existe inconveniente en que también se haga valer esta posibilidad mientras está pendiente la resolución de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Cuestión distinta es que los requisitos legales, deban ajustarse a la singularidad de estos recursos extraordinarios. Especialmente la exigencia de que las sentencias o resoluciones aportadas «pudieran resultar condicionantes o decisivas» para la resolución de los recursos. La singularidad de estos recursos extraordinarios, con la limitación de conocimiento que conllevan, hace que las sentencias aportadas no operen necesariamente como podrían hacerlo cuando se juzga en la instancia, sino que deben resultar condicionantes o decisivas para la resolución de alguno de los motivos concretos invocados en los recursos. Lo que necesariamente ha de revisarse en cada caso.

De ahí que admitamos los documentos aportados, esencialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) 2236/2020, de 22 de octubre, que consta ha devenido firme, sin perjuicio de la valoración que se haga en cada caso de su carácter condicionante o decisivo.

TERCERO. *Motivos primero y octavo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. Formulación de los motivos. Estos motivos se formulan al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 218.2 LEC y los arts. 24.1 y 120.3 CE, denuncian la infracción del deber de motivar por insuficiente expresión de las razones de la decisión.

1.1. En concreto, el *motivo primero* denuncia que «la sentencia recurrida no se pronuncia sobre la condición de "sociedades vinculadas a los administradores" de las sociedades Rodor Apartamentos, S.L., Makati Innovacion, S.L., Brisasol Corporación Empresarial S.L. e Iberbrisa, S.L.»

El recurrente entiende que la sentencia de apelación «no se pronuncia sobre un elemento esencial y nuclear de la propia sentencia y, por extensión, de toda la litis: la condición de sociedades vinculadas a los administradores de Solmiplaya. S.L., en relación con una acción social de responsabilidad por haber infringido los administradores el deber de lealtad, con actuaciones antijurídicas realizadas con sociedades vinculadas».

1.2. Por su parte, el *motivo octavo* denuncia que «la sentencia no expresa las razones por las que considera que Rodor S.L. prestó los servicios contractuales, ni expresa las razones por las que considera «admisible la explicación de que la actuación de Rodor Apartamentos S.L. es la de asesoramiento y la de Makati S.L. de ejecución material».

2. Resolución del tribunal. Procede analizar conjuntamente ambos motivos, que desestimamos por las razones que exponemos a continuación.

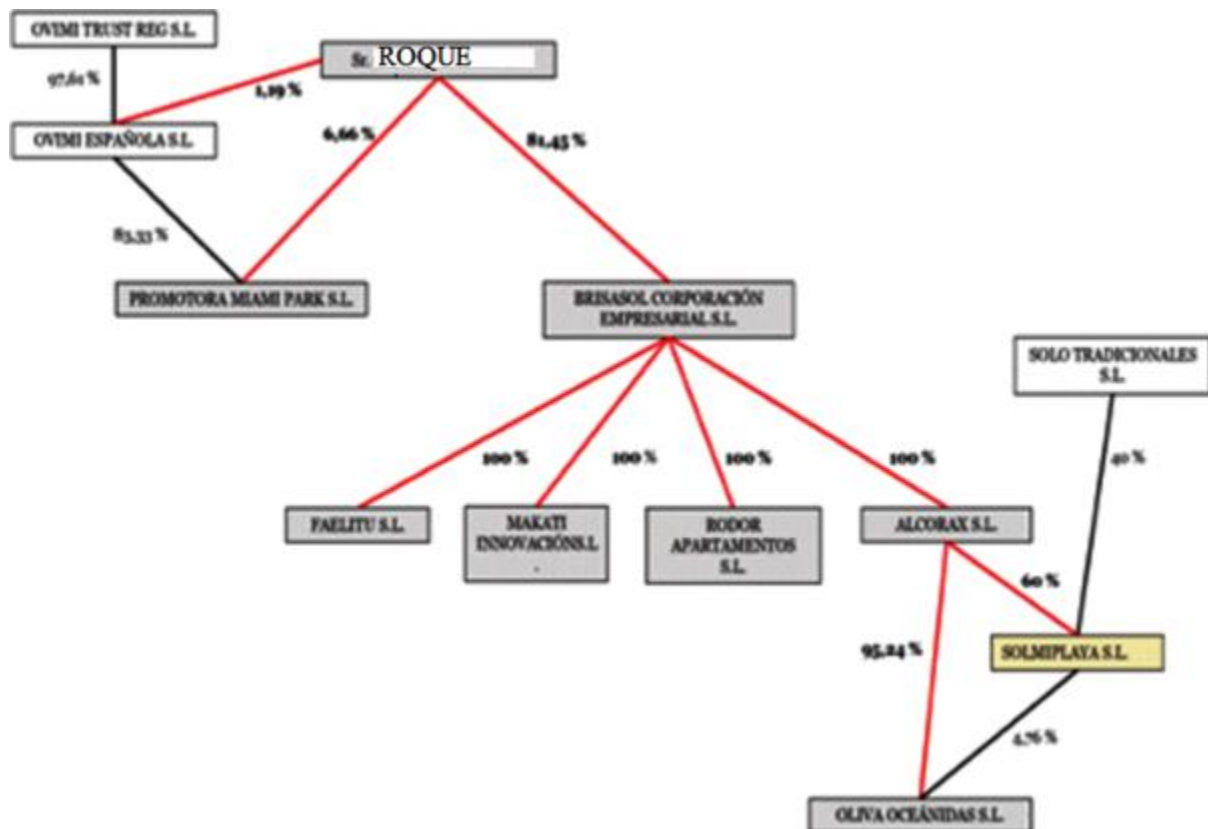
En la medida en que ambos motivos denuncian la infracción del deber de motivar la sentencia, hemos de partir de la doctrina constitucional y de esta sala sobre el alcance del deber de motivación, recogida entre otras en las sentencias 662/2012, de 12 de noviembre, y 1670/2024, de 12 de diciembre:

«(el Tribunal Constitucional) ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que

sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión» (SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo). De este modo, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla» (Sentencia 294/2012, de 18 de mayo)».

3. Desestimación del motivo primero. Es cierto que, como se afirma en el recurso, la acción de responsabilidad ejercitada contra quienes habían sido administradores de la sociedad Solmiplaya, S.L., se basaba en una serie de actuaciones que infringiendo el deber de lealtad, habían supuesto una desviación y actividad y clientela hacía otras sociedades vinculadas, o la contratación con estas sin autorización de la junta y con duplicidad de servicios.

Estas sociedades respecto de las que se afirmaba una determinada vinculación, relevante para el enjuiciamiento de la infracción de los deberes de lealtad eran: Rodor Apartamentos, S.L., Makati Innovacion, S.L., Brisasol Corporación Empresarial S.L. e Iberbrisa, S.L. Esta vinculación era ilustrada por el recurrente en otro de sus escritos con el siguiente grafico:



Pero en realidad esta vinculación, que no consta que hubiera sido expresamente negada por los demandados y en la contestación al recurso se afirma que fue un hecho no controvertido, no ha sido negada tampoco por la sentencia de la Audiencia sino en cierto modo obviada, al no darle mayor relevancia y centrar la cuestión controvertida en si verdaderamente se había realizado alguna de las conductas que se denunciaban en relación con esas sociedades, en concreto: el desvío de actividad y clientela de Solmiplaya, S.L. hacía esas otras sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio y las transacciones con esas sociedades vinculadas sin autorización

de la junta y con duplicidad de servicios y costes. La Audiencia justifica la desestimación de la acción precisamente en que no entiende acreditada estas conductas.

No obstante, conviene advertir que en la medida en que la parte demandada, ahora recurrida, afirma que esa vinculación del Sr. Ambrosio con esas sociedades era un hecho no controvertido, razón por la cual no fue discutido, son hechos que integran el *factum* pueden ser tenidos en cuenta al resolver el recurso de casación.

4. Desestimación del motivo octavo. Que la sentencia, para justificar que no advierte irregularidad alguna que pudiera fundar la acción de responsabilidad por la coexistencia de dos contratos con dos sociedades del grupo del Sr. Ambrosio (Rodor y Makati) para prestar servicios relacionados con la explotación de los apartamentos, se limite a decir simplemente que considera razonable la explicación de los demandados («la actuación de Rodor Apartamentos S.L. es la de asesoramiento y la de Makati S.L. de ejecución material»), sin dar mayor explicación, no tiene entidad suficiente para merecer su anulación por falta de motivación. Que algunas apreciaciones contenidas en una argumentación más compleja adolezcan de una explicación más detallada de cómo se justifica esa aseveración no equivale a estos efectos a una falta de motivación, que justifique la nulidad de la sentencia; ni puede ser un cauce -no deseado por la ley- para forzar al tribunal de casación a resolver como un tribunal de instancia.

CUARTO. Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, previstas en el art. 217 LEC, y en especial el principio de facilidad probatoria, al no tener por acreditado el desvío de clientela desde Solmiplaya, S.L. a sociedades vinculadas a los administradores, ya que sólo estos disponen de la información sobre los datos de ocupación diaria de los apartamentos, y no la han facilitado. Además, la sentencia recurrida valora indebidamente el periodo temporal al que se refiere este desvío de clientela (2008-2010), al omitir este último ejercicio.

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar el motivo segundo por las razones que exponemos a continuación.

En otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 942/2023, de 13 de junio, hemos recordado la doctrina de la sala sobre la posible infracción de las reglas de la carga de la prueba y su apreciación a través de este cauce del recurso extraordinario por infracción procesal:

«(...) 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. La prohibición de una sentencia con falta de pronunciamiento que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

»Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso».

Conviene recordar que solo se infringe el art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 484/2018, de 11 de septiembre).

Es cierto que la sentencia recurrida concluye que no ha quedado acreditado el traspaso de actividad y clientela de Solmiplaya a seis sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio. Pero llega a esa conclusión, partiendo del hecho de la bajada de ocupación del Solmiplaya, que el

recurrente afirmaba era de un 57'35%, durante el periodo comprendido entre 2008 y 2010, y que durante ese mismo tiempo las sociedades dedicadas a la misma actividad vinculadas al Sr. Ambrosio hubieran mantenido su nivel de ocupación anterior, o incluso incrementado, como consecuencia de la valoración de la prueba practicada:

«(...) el hecho antijurídico objeto de imputación como base de la acción societaria es el trasvase de actividad y clientela del edificio perteneciente en parte a Solmiplaya, el DIRECCION000, a otros pertenecientes al Sr. Ambrosio, los que, por cierto, no se identifican sino que el trasvase se imputa a todos aquellos que le pertenecen y realizan una idéntica actividad, los que, según las pruebas periciales, resultan ser 6, confirmándose en esta apelación que no existe prueba alguna en autos del pretendido trasvase, por lo que el mismo, ante la falta de prueba directa, trata de ser suplido por la prueba del mal resultado de explotación de Solmiplaya, para lo que se intenta hacer ocultación o tergiversación de un hecho notorio que justifica la pérdida de ventas en los años 2008 y 2009, como fue la pérdida del contrato con la operadora irlandesa que había firmado la explotación en exclusiva de los apartamentos de DIRECCION000, explotación que se extendió de 2004 a 2008, año este último en el que no se prorrogó la explotación prevista hasta 31/10/2009, quedando el DIRECCION000 sin el tuoperador que en los últimos años lo explotaba y pagaba a la sociedad propietaria por la ocupación de todos los apartamentos del mismo una cantidad determinada, hecho que, sin duda, tuvo que tener una considerable repercusión, ya que de ocupación asegurada se pasó a la necesidad de buscar ocupantes nuevos, y ello en una época de crisis económica no discutida por ser notoria, en la que si la ocupación general de DIRECCION000 se mantuvo conforme a lo ya existente, según las periciales, la cuestión respecto de DIRECCION000 paso a ser la búsqueda de nuevos clientes en época de dificultad para ello, siendo de destacar que si las demás empresas de Gines no sufrieron descenso ello cabe explicarlo por no estar acreditado que sufrieran un incidente como el de la pérdida de su cliente único y total, al tiempo que tampoco se ha acreditado que experimentaran un incremento parejo al descenso de DIRECCION000, lo que sí podría inducir al trasvase, y en todo caso lo decisivo para el rechazo del motivo no se encuentra en la justificación de los malos resultados de la explotación sino de la falta de acreditación del pretendido desplazamiento de actividad y clientela, el que no está acreditado ni por la pericial de PWC ni por la relativa a la utilización de la página web como instrumento material del mismo, pues la primera, inducida y parcial al partir únicamente de la información y documentación proporcionada por la actora, se dirige a la mera determinación de unos daños por ella decididos, sin consideración alguna a hechos relevantes como la conclusión del contrato en exclusiva de la exportación del DIRECCION000 ni a acreditar el pretendido trasvase, al tiempo que la segunda lo único que concluye es que con la web se podía hacer el desplazamiento de clientes, pero no que se hubiera efectuado ni menos aun en qué cuantía».

Conviene advertir que la conducta denunciada, el trasvase de actividad y clientes es una valoración general, en cierto modo jurídica (a la vista de la acción de responsabilidad ejercitada), que debía apoyarse en hechos determinados, en cuanto al modo o forma concreta en que se realizó, que ni siquiera quedaron descritos en la demanda. Lo que no excluye que pudiera concluirse ese resultado como consecuencia de una estimación judicial, sobre la base de algunos hechos indiciarios. Pero esos hechos indiciarios han sido valorados por el tribunal de apelación, quien ha concluido que propiamente no se habían destinado peticiones dirigidas originariamente a los apartamentos de Solmiplaya a los de cualquiera de los seis edificios de apartamentos titularidad de las sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio. De ahí que no se advierta la infracción denunciada de las reglas de distribución de la carga de la prueba.

Por otra parte, es cierto que, como se advierte en el recurso, la argumentación de la Audiencia viene referida a los ejercicios 2008 y 2009, cuando en la demanda se incluía también el ejercicio 2010, pero esa omisión no guarda directa relación con la infracción denunciada en este motivo, en cuanto que no supone en si una infracción de las reglas de la carga de prueba, y por ello no puede ser tenido aquí en cuenta.

QUINTO. *Motivos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y décimo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. Formulación de los motivos. Estos seis motivos se formulan al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncian una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, por una errónea valoración de la prueba.

1.1.El *motivo tercerose* funda en la «infracción de las normas sobre la valoración de la prueba pericial, documental y testifical (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 348, 326 y 376 LEC y 24 CE)». Esta infracción se habría realizado porque la sentencia recurrida, «al interpretar los informes periciales (de ambas partes) y la documentación contable (en especial, las cuentas anuales de Solmiplaya S.L., de un lado, y de Rodor S.L. y Alcorax S.L., sociedades vinculadas a los administradores y que se dedican a la misma actividad que Solmiplaya S.L.), de los que claramente resulta que estas sociedades vinculadas a los administradores han tenido un incremento de ventas parejo al descenso de Solmiplaya S.L.». Además, la sentencia recurrida «tampoco valora la reveladora testifical de la directora comercial de Rodor S.L. sobre el desvío de clientela».

En el desarrollo del recurso se explica por qué una valoración correcta de una serie de pruebas (los informes periciales de Price Waterhouse Coopers y del Sr. Albino, las cuentas de Solmiplaya de los ejercicios 2007-2010, las cuentas anuales de Rodor y Alcorax de 2007-2008, y la testifical de la directora comercial de Rodor) debía haberle llevado al tribunal a concluir que quedaba acreditado el traspaso de actividad y clientela.

1.2.El *motivo cuartose* basa en la infracción «de las normas sobre la valoración de la prueba documental y testifical (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 326 y 376 LEC y 24 CE)». En concreto porque la sentencia recurrida «yerra al interpretar el contrato con el turoperador Budget Travel Ltd. y el interrogatorio del testigo Sr. Onesimo (actuando en nombre de dicho turoperador), de los que claramente se deduce que dicho turoperador no iba a renovar el contrato de ocupación de apartamentos, y la causa de esta decisión». Y añade que «la sentencia recurrida vuelve a errar cuando deja fuera del análisis la caída de ventas en el ejercicio 2010 de Solmiplaya S.L.». Esta prueba, según el recurso, correctamente valorada debía haber llevado al tribunal a concluir que la no renovación del contrato con Budget Travel era previsible el 15 de febrero de 2007, y por ello no justificaba la abrupta caída de ventas sufridas por Solmiplaya, S.L. los años 2008, 2009 y 2010.

1.3.El *motivo quintose* basa en la «infracción de las normas sobre la valoración de las pruebas pericial y testifical (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 348, 376 LEC y 24 CE)». En concreto, se afirma que la sentencia recurrida «yerra al interpretar la utilización de la página web».

En el desarrollo del motivo, en relación con la valoración de la pericial presentada por la demandante, sobre la utilización de la página web de Solmiplaya S.L. como instrumento para el desplazamiento de actividad y clientela, se advierte que la sentencia recurrida se habría limitado a señalar que la correspondiente prueba pericial aportada por Solo Tradicionales S.L. «lo único que concluye es que con la web se podía hacer el desplazamiento de clientes, pero no que se hubiera efectuado ni menos aún en qué cuantía». Y se aclara que lo que Solo Tradicionales S.L. había sostenido a lo largo del presente procedimiento es que los administradores tenían acceso a los datos sobre la demanda de los apartamentos de Solmiplaya S.L. en el DIRECCION000», y que, por tanto, podían configurar la oferta de apartamentos en beneficio de sus propios intereses (en sus sociedades vinculadas) y en perjuicio de los de Solmiplaya S.L. Y lo que ha acreditado con el dictamen pericial del Sr. Clemente es que tales administradores tenían a su disposición los medios informáticos necesarios para favorecer la contratación de los apartamentos de su propiedad o de sus sociedades vinculadas, en perjuicio de Solmiplaya S.L.

1.4.El *motivo sextose* funda en la infracción de «las normas relativas a la fuerza probatoria de los documentos privados contenidas en el art. 326 LEC». Entiende que la sentencia recurrida «incurre en error fáctico patente, al admitir la autenticidad de los contratos celebrados por el administrador codemandado (Sr. Roque) con sociedades vinculadas al mismo, a pesar de que la propia Solmiplaya S.L. (esto es, su administrador) había negado la existencia de tales contratos, incluso ante los Tribunales de Justicia, y tales contratos «aparecieron» sorpresivamente después en un informe encargado por el propio administrador, por lo que claramente se trata de contratos falsificados. La autenticidad de estos contratos ha sido impugnada por Solo Tradicionales S.L., pero la Audiencia Provincial ignora esta alegación».

En el desarrollo del motivo, después de afirmar que «en la primera instancia se invocó y acreditó esta falsificación de los contratos», luego argumenta que de la simple lectura de tales documentos resulta evidente que:

«(1) Los contratos tienen por fecha el 20 de abril de 2005 y el 2 de enero de 2005 (los contratos con Rodor S.L.), el 3 de febrero de 2003 (el de Makati S.L.) y el 2 de enero de 2007 (el de Brisasol S.L.). (2) El 18 de noviembre de 2008 Solmiplaya S.L. (esto es, su administrador único el Sr. Roque) reconoció expresamente en el recurso de apelación (pp. 8 y 10) interpuesto ante la AP Barcelona (15ª) el «hecho de que no hay documentación soporte de los mismos» (de tales contratos) y que «no están sustentados por escrito». (3) El 26 de mayo de 2010 «aparecen» sorpresivamente estos contratos como anexos de un informe pericial elaborado por Ernst & Young a solicitud de del Sr. Roque. La conclusión es clara: la existencia de dichos contratos se ha simulado, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Y esto, jurídicamente, es falsificación documental, cuya trascendencia jurídica es innegable, como se insistirá en el recurso de casación».

1.5.El motivo séptimose funda en la infracción «de las normas sobre la valoración de la prueba documental (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 326 LEC, y 24 CE): el Tribunal a quo yerra al interpretar que el anterior coadministrador solidario de Solmiplaya S.L. (el Sr. Alberto) cesó en su cargo el 25 de febrero de 2003, cuando es un hecho acreditado e incontrovertido que dicho cese se produjo el 31 de diciembre de 2002. A partir de este error, la sentencia recurrida sostiene (en un nuevo error) que el contrato con Makati, «celebrado» el 3 de febrero de 2003, fue «suscrito antes de que Alberto dejase de ser coadministrador».

En el desarrollo del motivo se advierte que ha sido admitido por las partes como hecho no controvertido, y además aparece en la certificación registral de Solmiplaya, que el cese del Sr. Alberto como administrador de esta sociedad tuvo lugar el 31 de diciembre de 2002. Y aclara que «lo que sucedió el 25 de febrero de 2003 fue la inscripción registral de dicho cese, que obviamente no tiene efectos constitutivos [por todas, STS (1ª) 240/2009, de 14 de abril]».

1.6.El motivo décimose funda en la «infracción de las normas sobre la valoración de la prueba documental y pericial (art. 469.1.4ª LEC en relación con los arts. 326 y 348 LEC y 24 CE)». En concreto, denuncia que la sentencia recurrida «yerra al considerar que no se ha acreditado que los servicios contractuales eran innecesarios, no se prestaron, estaban duplicados o se prestaron por precios excesivos».

2. Resolución del tribunal. En la medida en que estos seis motivos denuncian la valoración errónea de la prueba, sin perjuicio del análisis particular de cada motivo, hemos de partir de la jurisprudencia reiterada sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Como hemos declarado reiteradamente, el recurso extraordinario por infracción procesal solo se puede fundar en los motivos tasados que se enumeran en el art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entre los que no figura el error en la valoración de la prueba, lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para la primera y la segunda instancia y se cuidó de no convertir al Tribunal Supremo en una tercera instancia (sentencia 1008/2023, de 21 de junio, con cita de la sentencia 1/2023, de 9 de enero).

Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, y 1033/2023, de 27 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3. Desestimación del motivo tercero. El error en la valoración de la prueba que se denuncia en el motivo tercero no es algo palmario, que salte a la vista inmediatamente. Se refiere a la valoración no de un medio de prueba, sino de un conjunto de medios de prueba (las dos

periciales, las cuentas anuales de Solmiplaya y de las sociedades vinculadas con el Sr. Ambrosio, así como la testifical de la directora comercial de Rodor S.L.), y en relación a la acreditación de que ha habido un traspaso de actividad y clientela de Solmiplaya a esas sociedades vinculadas, una conducta que no es puntual y además encierra una calificación jurídica. Esta revisión de la valoración de la prueba excede del margen que la ley confiere a esta sala y es más propia de una tercera instancia. Ni se trata de un hecho concreto que ineludiblemente debía quedar acreditado por una prueba practicada, sino de una conducta o práctica general, cuya acreditación encierra una valoración global o general; y el error denunciado no es tan notorio cuando requiere la remisión a varios medios de prueba y, lo que es más importante, de un juicio estimativo, más propio del tribunal de instancia, que del tribunal de casación. Cuestión distinta es que respecto de lo que tenga de valoración jurídica, y a la vista de lo que ha resultado incontrovertido, pueda tenerse en cuenta al resolver el recurso de casación.

4. Desestimación del motivo cuarto. El error en la valoración de la prueba denunciado en el motivo cuarto también carece de relevancia, pues se refiere más bien a las consecuencias que debía haber extraído el tribunal sobre la terminación de la relación contractual con Budget Travel y, en concreto, desde cuándo los administradores podían estar seguros de que se no iba a prorrogar el contrato (el 15 de febrero de 2007), a los efectos de considerar que eso no justificaba la caída tan abrupta de las ocupaciones de los apartamentos de Solmiplaya. En realidad, la sentencia obvia esta cuestión y se centra en las consecuencias de la terminación de la relación contractual en el 2007. Esta imprecisión y su posible incidencia en la consideración de las causas de la caída de ocupación de los apartamentos de Solmiplaya no entran dentro de la categoría de error notorio al que se refiere la jurisprudencia para justificar la censura de la valoración probatoria hecha en la instancia. Junto con el motivo anterior, este no deja de ser un intento más de que la sala entre a enjuiciar la prueba como una tercera instancia.

5. Desestimación del motivo quinto. Algo parecido a lo concluido en el motivo anterior ocurre con el motivo quinto que afecta, esencialmente, a la valoración de una prueba pericial sobre las posibilidades de que la página web a través de la que se comercializaba la ocupación de los apartamentos de Solmiplaya y de las sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio, permitiera desviar la actividad y clientela de una a otras sociedades. En realidad lo que se impugna no es tanto un hecho, como las consecuencias que pueden extraerse sobre esa posibilidad técnica de desvío.

En cualquier caso, la Audiencia considera que esa prueba no acredita «que se hubiera efectuado -el desvío- ni menos aún en qué cuantía». Y esta valoración, aun siendo discutible, no entra dentro de los errores notorios que justificarían la nulidad de la sentencia, en la medida en que el informe no probaba de forma directa que se hubiera realizado esos desplazamientos. El hecho de que pudiera inferirse que fue así, no es suficiente para convertir la valoración de la Audiencia en un error notorio.

6. Desestimación del motivo sexto. Lo que denuncia este motivo es que se hubiera dado validez a unos documentos (los contratos de Solmiplaya con Rodor, Brisasol y Makati) que habían sido considerados por la demandante como documentos no auténticos, falsificados, y que la propia demandada en otros pleitos anteriores había reconocido su inexistencia.

Estos documentos son: i) el documento núm. 42 de la contestación a la demanda (un contrato con Rodor, datado el 20 de abril de 2005); ii) el documento núm. 43 de la contestación (un contrato con Rodor, datado el 2 de enero de 2005); iii) el documento núm. 46 de la contestación (un contrato con Makati S.L., datado el 3 de febrero de 2003); y iv) el documento núm. 47 de la contestación (contrato con Brisasol, datado el 2 de enero de 2007).

A los efectos del art. 326 LEC, la impugnación de la autenticidad de los documentos tiene un trámite procesal previsto en el art. LEC, y el propio recurrente reconoce que en la audiencia previa impugnó la autenticidad de los documentos 43, 46 y 47 de la contestación a la demanda, y por consiguiente el documento núm. 42 no fue impugnado.

Los tribunales de instancia no han apreciado que los tres documentos impugnados sean falsos y han admitido su existencia y aquello de lo que pueden dar prueba. El recurso insiste en que la falsedad es evidente y que la Audiencia incurre en un error notorio al no haberla apreciado.

En primer lugar, el posible error no se aprecia tan patente. Se pretende inferir de las alegaciones de Solmiplaya en este procedimiento y en otros. Ninguna de las alegaciones o manifestaciones que se exponen en el motivo muestran por sí, de forma patente y notoria, la falsedad de los documentos. Así ocurre, por ejemplo, con la transcripción del recurso de apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en el procedimiento ordinario 12/2008 que, en relación con los créditos a los que se referiría ese procedimiento, afirmaba a modo de conclusión que «en definitiva la ampliación por compensación se basa en unos créditos cuyo origen no aparece especificado en la memoria». Ni lo manifestado por el juzgado ni lo reseñado en el recurso de apelación (sin que se identifique cuándo y dónde fue aportado en el presente procedimiento el escrito de apelación que contiene esas alegaciones) es suficiente para constatar de forma ineludible la falta de autenticidad de los documentos que se cuestionan en el presente procedimiento (documentos 43, 46 y 47 de la contestación); entre otras razones porque, como aclara la sentencia de la Audiencia que resuelve la apelación de aquel caso (rollo 127/2009, que deriva del procedimiento ordinario 12/2008), si se declara la nulidad de la ampliación por compensación no es porque se constatará que no existían los contratos, sino porque la información contable referida por la demandada no permitía conocer cuál había sido el negocio causal que había dado origen a los créditos y que la sociedad estaba obligada a facilitar esos datos y explicaciones. Tampoco puede extraerse una confesión de la falsedad de lo manifestado en el trámite de conclusiones por el abogado de Roque, pues se enmarcan dentro de un juicio hipotético.

En segundo lugar, y más importante, aunque se apreciara la notoriedad del error, no está justificada su transcendencia, pues al margen de si el contrato fue antedatado y por lo tanto no existiera el documento cuando se afirma que se prestaron los servicios objeto de remuneración, podrían perfectamente haber existido. Lo verdaderamente relevante es si hubo acuerdo o no en la contratación de esos servicios, si se llevaron a cabo, si la remuneración corresponde a esos servicios prestados, sin que por otra parte fueran duplicados, todo lo cual es ajeno a este motivo de infracción procesal, pues pudieran no haber sido antedatados esos documentos (respecto de la fecha en que están datados) y sin embargo haber existido esas relaciones contractuales.

7. Estimación del motivo séptimo. El *motivo séptimo* sí que muestra un error notorio en la valoración de la prueba, pues la sentencia recurrida deja constancia de que Alberto cesó como administrador el 25 de febrero de 2003, cuando basta la simple lectura de la certificación registral de Solmiplaya, para ver que el cese se produjo el 31 de diciembre de 2002. Como muy bien advierte el recurrente, el error proviene de haber confundido el cese con su inscripción registral, que sí ocurrió el 25 de febrero de 2003. Este error es relevante, en la medida en que la Audiencia, guiada por ese error, ha concluido que el contrato de Solmiplaya con Makati, datado el 3 de febrero de 2003, se hizo siendo el Sr. Alberto administrador.

La consecuencia de la estimación de este motivo séptimo no es otra que considerar acreditado que el cese del Sr. Alberto como administrador de Solmiplaya se produjo el 31 de diciembre de 2002 y por lo tanto antes de la fecha en que aparece datado el contrato con Makati (3 de febrero de 2003). La relevancia de este hecho debe apreciarse, en su caso, al analizar el recurso de casación.

8. Desestimación del motivo décimo. La valoración de la prueba que se impugna en el motivo décimo no es tanto una valoración encaminada a determinar hechos concretos (lo sucedido o dejado de suceder), como a concluir con un juicio de desvalor sobre la justificación de los servicios contratados y su pago. Esta justificación forma parte de una valoración jurídica cuya revisión excede de este cauce del recurso extraordinario por infracción procesal.

SEXTO. Motivo noveno del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación del motivo. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, y se mencionan los arts. 218.2 y 222.4 LEC, y arts. 24.1 y 120.3 CE. En realidad el motivo acumula dos infracciones: la infracción del deber de motivar y la vulneración de la eficacia de la cosa juzgada (en su aspecto positivo o prejudicial, y, a su vez, en la valoración de la prueba).

El motivo razona que la sentencia no expresa las razones por las cuales no ha considerado las numerosas sentencias firmes que han declarado la nulidad (por el poco definido origen de estos créditos) de numerosos acuerdos de aumento de capital en Solmiplaya S.L., en los que el

socio mayoritario, Alcorax (sociedad vinculada a los administradores), pretendió compensar estos créditos. En el desarrollo del motivo especifica a qué resoluciones judiciales se refiere y qué habrían resuelto:

«(...) la AP Tarragona (1ª) silencia las numerosas sentencias firmes (indicadas en la demanda y en el recurso de apelación), que declararon la nulidad de los acuerdos de Solmiplaya S.L. referidos a diversos aumentos de capital por compensación de créditos, en los que el socio mayoritario (Alcorax S.L., sociedad vinculada a los administradores) había pretendido compensar los créditos que ahora se intenta aparentar que derivan de estos controvertidos (y falsificados) contratos. Y esta nulidad se basa en el poco definido origen de tales créditos. Asimismo, el tribunal a quo omite cualquier pronunciamiento sobre las importantes consecuencias jurídicas que derivan de dichas sentencias firmes. En concreto, se trata de: (i) la SAP Barcelona (15a) 416/2008, de 19 de noviembre (r.a. 915/2007- 3a); (ii) la SJM Barcelona (3) de 6 de octubre de 2008 [confirmada por la SAP Barcelona (15a) de 20 de mayo de 2010 (r.a. 127/2009- 2a)]; (iii) la SJM Barcelona (6) 75/2011, de 3 de marzo; y (iv) la SJM Barcelona (7) 184/2012, de 5 de julio (al respecto: Docs. 1, 3-14, 34 y 35 de la demanda)».

Y en relación con esto, añade que «la sentencia recurrida infringe la eficacia de la cosa juzgada en su aspecto positivo o prejudicial, al ignorar que estas sentencias firmes han declarado el poco definido origen de estos créditos».

2. Resolución del tribunal. Conviene traer a colación la jurisprudencia de esta sala sobre la motivación de sentencias, expuesta en el apartado 2 del fundamento jurídico tercero de esta sentencia. De acuerdo con esa doctrina, podemos concluir que la sentencia recurrida no ha infringido la exigencia de motivación de la sentencia como para justificar su nulidad.

El que la Audiencia haya obviado la existencia de esas resoluciones que dejaron sin efecto el aumento de capital por compensación de créditos de las sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio porque no quedaba claro el origen de esos créditos, cuando resuelve sobre la conducta de los administradores respecto de algunos créditos de sociedades vinculadas con el Sr. Ambrosio, no constituye propiamente una falta de motivación, ni una motivación arbitraria que conlleve la nulidad de la sentencia. A estos efectos (de la infracción procesal por falta de motivación) y en relación a la acción ejercitada y la conducta imputada a los administradores demandados en la demanda, lo relevante es que la sentencia haya dado justificación de por qué consideraba que las transacciones realizadas con sociedades vinculadas no constituían una duplicidad de servicios y costes, y estaban justificadas; no que esa argumentación sea suficientemente consistente y que se eche en falta mayores explicaciones a la vista de algunas objeciones, como pudiera ser esta de que en sentencias anteriores se habían declarado nulas ampliaciones de capital por compensación de créditos, porque no quedaba justificado el origen de esos créditos. Como hemos concluido en otras ocasiones, motivación existe, cuestión distinta es si resulta convincente y se está o no de acuerdo con ella.

3. En cuanto al efecto de cosa juzgada material en sentido positivo, la denuncia de infracción no concreta qué pronunciamiento y de qué sentencia anterior constituía un presupuesto lógico de lo resuelto por la sentencia ahora recurrida.

Conviene recordar que el efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, excluye, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo (art. 222.1 LEC), y afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes (art. 222.3 LEC). Y en su aspecto positivo, que es el que ahora interesa, lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vincula al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal (art. 222.4 LEC).

El motivo no justifica la identidad de sujetos, ni tampoco identifica el concreto pronunciamiento de las sentencias anteriores que constituiría un antecedente lógico en este pleito en que se ejercita la acción social de responsabilidad. El recurso hace una mención a unas cuantas sentencias que resuelven sobre impugnación de acuerdos de ampliación capital de Solmiplaya por compensación de créditos, sin identificar qué créditos concretos fueron considerados inexistentes en aquellas sentencias que coincidan con alguno de los que se ha denunciado en este caso indebidamente pagados.

En realidad, lo que se denuncia es que la sentencia recurrida, a la hora de juzgar esta acción social de responsabilidad de los administradores de Solmiplaya, respecto de pagos realizados de supuestos créditos de sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio, no hubiera tenido en cuenta que respecto de otros supuestos créditos que habían sido esgrimidos para la pretendida ampliación de capital por compensación de créditos, sentencias anteriores hubieran dejado sin efecto la ampliación por no quedar claro el origen de esos créditos. Pero de ser así, en este caso no existiría propiamente efecto de cosa juzgada, ni siquiera cabría esgrimir un efecto vinculante de esas sentencias en relación con la existencia de los créditos satisfechos a las sociedades vinculadas que justifican en nuestro caso la demanda de responsabilidad. Razón por la cual procede desestimar el motivo.

SÉPTIMO. *Motivo undécimo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.Formulación del motivo. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por «vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º en relación con el art. 222.4 LEC), al ignorar el efecto prejudicial de la cosa juzgada de diversas sentencias firmes». En concreto, se afirma que la sentencia recurrida «yerra al considerar que los daños por gastos por servicios profesionales a raíz de pleitos en que ha sido condenada Solmiplaya S.L. no se han debido a intereses personales de los administradores ni se ha apreciado su actuación temeraria».

En el desarrollo del motivo se recuerda que a través de la acción de responsabilidad ejercitada, «el socio minoritario reclama a los administradores que indemnicen a la sociedad, en concepto de daño emergente, también la cantidad de 147.791 € por los gastos incurridos por Solmiplaya S.L. en los servicios profesionales y las costas en cinco procedimientos judiciales en que, a instancias de dicho socio minoritario, los tribunales declararon la nulidad de varios acuerdos sociales de aprobación de cuentas anuales y de aumentos de capital en los cuales el socio mayoritario de Solmiplaya S.L. (esto es, Alcorax S.L., que es, asimismo, otra sociedad vinculada a los administradores) pretendió registrar y, sobre todo, compensar (en los aumentos de capital) créditos de origen dudoso, no especificado ni documentado».

El recurso, después de afirmar que «es evidente que mediante estos acuerdos el socio mayoritario de Solmiplaya S.L. y, a través de él, su socio último de control (el Sr. Roque, quien también controla al otro administrador, PMP S.L., cuyo representante es un hijo del Sr. Roque), pretendía anteponer sus intereses personales, incrementando irregularmente su participación en el capital de Solmiplaya S.L. a través de la compensación de estos «créditos», en acuerdos que fueron sistemáticamente anulados por los Tribunales de Justicia», detalle el alcance de las cinco sentencias firmes anteriores:

«(...) es absolutamente incontrovertida la existencia de cinco sentencias firmes en las que se declara la nulidad de estos acuerdos, con expresa imposición de costas a Solmiplaya S.L. (y en una sentencia, además, con expresa apreciación de mala fe). Se trata de: (1) La SAP Barcelona (15ª) de 10 de julio de 2008 (r.a. 616/2007-2a): desestima el recurso de apelación de Solmiplaya S.L. contra la SJM Barcelona (1) 89/2007, de 30 de marzo (p.o. 137/2006-C), que había estimado la demanda interpuesta por Solo Tradicionales S.L., y declaró la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2004, adoptado en la junta general celebrada el 29 de diciembre de 2005, con expresa condena en costas a Solmiplaya S.L. El ATS (1ª) de 9 de febrero de 2010 inadmitió el recurso de casación y REIP interpuestos por Solmiplaya S.L., por lo que se declaró firme la sentencia dictada por la AP Barcelona, con expresa imposición de costas a Solmiplaya S.L. (2) La SAP Barcelona (15ª) 416/2008, de 19 de noviembre (r.a. 915/2007-3a): revocando la sentencia de primera instancia, declaró la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general de Solmiplaya S.L. celebrada el 30 de junio de 2006, de aumento de capital mediante compensación de créditos que había pretendido realizar el socio mayoritario. (3) La SAP Barcelona (15ª) de 20 de mayo de 2010 (r.a. 127/2009-2a): desestima el recurso de apelación de Solmiplaya S.L. contra la SJM Barcelona (3) de 6 de octubre de 2008 (p.o. 12/2008-D4), que había declarado la nulidad del acuerdo de la junta general de Solmiplaya S.L. celebrada el 28 de diciembre de 2006, referido a otro aumento de capital mediante compensación de créditos que había realizado el socio mayoritario), con expresa condena en costas a Solmiplaya S.L. en ambas instancias. (4) La SJM Barcelona (6) 75/2011, de 3 de marzo (p.o. 547/2008-H): tras el allanamiento de Solmiplaya S.L., la sentencia declaró la nulidad del acuerdo adoptado en la junta general de 2 de junio de 2008, referido, asimismo, a otro aumento de capital mediante compensación de

créditos que había intentado llevar a cabo el socio mayoritario, con expresa imposición de costas a Solmiplaya S.L. al apreciar mala fe por parte de dicha sociedad. (5) La SJM Barcelona (7) 184/2012, de 5 de julio (p.o. 380/2011-E): tras el allanamiento de Solmiplaya S.L. a la demanda de impugnación de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales reformuladas de los ejercicios 2004 a 2008, la sentencia declaró la nulidad del otro acuerdo adoptado en la junta general de 17 de junio de 2010, referido igualmente a un aumento de capital mediante compensación de créditos que había intentado realizar el socio mayoritario, con expresa imposición de costas a Solmiplaya S.L.»

El recurso considera que esos pleitos de impugnación de acuerdos sociales y las correspondientes condenas en costas «causaron un daño económico a Solmiplaya S.L., que fue provocado por la conducta antijurídica y culpable de sus administradores, también a través sus sociedades vinculadas, con las que pretendían alcanzar sus espurios objetivos de incrementar irregularmente su participación (ya mayoritaria) en el capital de Solmiplaya S.L. Resulta indiscutible que las referidas sentencias firmes han anulado los mencionados acuerdos sociales, con imposición de costas y en un caso, además, con apreciación expresa de mala fe. Por todo ello, entiende que la sentencia recurrida desconoce el efecto de la cosa juzgada de diversas sentencias firmes, en su aspecto positivo o prejudicial».

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. Al margen de que la existencia de esas sentencias firmes con condena en costas, en cuanto han conllevado un gasto para la sociedad, podrían haber sido tomadas en consideración para apreciar la acción de responsabilidad del administrador que, por intereses personales, con su conducta provocó esos gastos, no haberlo considerado así no supone propiamente una infracción del efecto de cosa juzgada material en sentido positivo de esas cinco primeras sentencias respecto del presente asunto.

En primer lugar, porque propiamente no hay una identidad de sujetos, por más que pudiera razonarse que detrás de la sociedad demandada estaba el Sr. Ambrosio por medio de sus sociedades vinculadas. Y lo que es todavía más importante, no existe una correlación directa y automática entre la estimación de la impugnación de aquellos acuerdos con la consiguiente condena en costas para la sociedad y la responsabilidad de los administradores por el gasto que generó a la sociedad, sino que es preciso un juicio de valor en tal sentido. Dicho de otro modo, esas sentencias firmes no han generado un presupuesto lógico que de forma necesaria debiera provocar la estimación de la acción de responsabilidad respecto de estos gastos. Podíamos entender que hubiera sido razonable haberlos tenido en cuenta, pero no hacerlo no contradice el efecto de cosa juzgada.

OCTAVO. Recurso de casación

1. Formulación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto. A la vista del contenido de estos motivos y su vinculación, se aprecia conveniente realizar un tratamiento conjunto.

1.1. El motivo primero se funda en «la infracción (por no aplicación) de los anteriores art. 61.1 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y art. 231 LSC, en cuanto que la sentencia recurrida no considera que las operaciones y transacciones controvertidas se hayan realizado con sociedades vinculadas a los administradores, y ni siquiera se refiere al deber de lealtad impuesto legalmente a los administradores; deber de lealtad que impone a los administradores la obligación de abstenerse en las decisiones en las que ellos o personas vinculadas tengan un conflicto de intereses con la sociedad, así como la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar tales conflictos de interés: en especial, la obligación de no realizar operaciones o transacciones con sociedades vinculadas a los administradores».

En el desarrollo del motivo se advierte lo siguiente:

«(...) en el presente motivo del recurso de casación se denuncia que la sentencia recurrida realiza una valoración jurídica incorrecta, al no apreciar que las sociedades involucradas en el desvío de clientela (Rodor S.L., Alcorax S.L.) y en los contratos controvertidos (Rodor S.L., Makati S.L., Brisasol S.L. e Iberbrisa S.L.) son todas ellas sociedades vinculadas a los administradores demandados (el Sr. Roque y PMP S.L., la cual también es sociedad vinculada al propio Sr. Roque). En efecto, ha quedado acreditado que la sentencia recurrida yerra, cuando (en su fun. der. 5º, p. 5, prf. 3º) empieza por reprochar que la recurrente Solo Tradicionales S.L. atribuya, «de forma reiterada» y «sin la suficiente base jurídica y probatoria»,

a estas sociedades la condición de sociedades vinculadas a los administradores demandados, para a continuación indicar que dicha atribución se realiza «sin consideración a» la doctrina de la STS (1ª) 68/2017, de 2 de febrero (ES:TS:2017:359), de la cual la sentencia recurrida transcribe un pasaje muy relevante, si bien omite al inicio la conjunción concesiva «aunque», y -lo que aún es más importante- la sentencia recurrida omite transcribir la frase fundamental que sigue a este pasaje de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 68/2017: «En tales casos, la Ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 TRLSC». En cualquier caso, es evidente que esta sentencia del Tribunal Supremo, que cita la sentencia recurrida, viene a confirmar la interpretación del recurrente Solo Tradicionales S.L.: en efecto, aunque la LSRL no contenía una previsión con respecto a las sociedades vinculadas a los administradores, sirve de orientación para ello la regulación del art. 231 LSC. Además, en el mismo fund. der. 5º (p. 6, prf. 4º), la sentencia recurrida persiste en su error y se refiere a «la condición de administrador de Ambrosio de Solmiplaya y de mero accionista de Rodor».

1.2. El motivo segundo se funda en «la infracción de los anteriores art. 69.1 LSRL y art. 236.1 LSC (red. orig.), en relación con los arts. 61.1 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y 231 LSC, al no valorar la sentencia recurrida que los administradores han desviado clientela desde Solmiplaya S.L. a sociedades vinculadas a aquéllos, causando daño por lucro cesante a la sociedad. La sentencia recurrida no valora que la demandante-recurrente ha realizado un notable esfuerzo argumentativo y probatorio para acreditar: (1) el desvío de clientela desde Solmiplaya S.L. a sociedades vinculadas a los administradores (quienes, además, tenían mayor facilidad probatoria para demostrar lo contrario); (2) que el descenso en ventas de Solmiplaya S.L. en el período considerado ha sido parejo al incremento en ventas de las sociedades vinculadas a los administradores que se dedican a la misma actividad, con la correspondiente cuantificación de dicho lucro cesante».

Y en el desarrollo del motivo se razona por qué se cumplen los requisitos para que en este caso pudiera prosperar la acción social de responsabilidad ejercitada. De esa argumentación resaltamos lo siguiente:

«(...) la conducta antijurídica que fundamenta la acción social de responsabilidad (por cuanto atañe a la indemnización por lucro cesante) se refieren a la desviación de clientela desde Solmiplaya S.L. a otras sociedades vinculadas a los administradores, con el consiguiente aprovechamiento de oportunidades de negocio de Solmiplaya S.L. a través de dichas sociedades vinculadas.

«(...) en este motivo del recurso de casación y desde la perspectiva estrictamente sustantiva, es evidente la trascendencia o significación jurídica de este desvío de clientela realizado por los administradores desde Solmiplaya S.L. hacia las otras sociedades vinculadas a los mismos y dedicadas a la misma actividad. Por tanto, la antijuridicidad de la conducta de los administradores, en infracción del deber legal de lealtad, consiste en este aprovechamiento de oportunidades de negocio de Solmiplaya S.L., del que resultan beneficiarias sociedades vinculadas a tales administradores y dedicadas a la misma actividad; esto es, se trata de sociedades vinculadas competidoras de Solmiplaya S.L., por lo que el conflicto de interés es evidente. La acreditación de esta conducta antijurídica resulta (como señala, aquí sí acertadamente, la sentencia recurrida) del incremento de ventas experimentado por tales sociedades vinculadas, en importes parejos al descenso padecido por Solmiplaya S.L.».

«(...) resulta asimismo innegable el título de imputación subjetiva (la culpa) en el proceder de los administradores demandados. Esta culpa o negligencia implica la omisión de un determinado deber de cuidado, según el estándar objetivo del «ordenado empresario» [art. 61.1 LSRL, art. 225 LSC (red. orig.)], según los parámetros de previsibilidad y evitabilidad comúnmente utilizados por la jurisprudencia [por todas, STS (1ª) 659/2006, de 26 de junio (ES:TS:2006:4363)] y en atención a las concretas circunstancias concurrentes en las que se realizó la conducta antijurídica. Dichas circunstancias, como se ha acreditado, permiten afirmar que los administradores demandados han infringido el estándar de diligencia de un ordenado empresario. Y no sólo eso: además, han antepuesto el interés de sus otras sociedades vinculadas (de las que tienen la propiedad total y absoluta) al interés de Solmiplaya S.L. (en la que existe un socio externo: el minoritario demandante, que es titular del 40 % del capital).

»En cuanto al daño causado por esta conducta antijurídica (la desviación de clientela hacia sociedades vinculadas a los administradores, con la consiguiente pérdida de oportunidades de negocio de Solmiplaya S.L.), se trata de lucro cesante: esto es, la ganancia que ha dejado de obtener Solmiplaya S.L. (art. 1106 CC)».

1.3.El *motivo tercerose* funda en la «infracción (por no aplicación) de los anteriores art. 61 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y 231 LSC, también en relación con el art. 1275 CC. A propósito de la nulidad radical (por ilicitud de la causa) del contrato con Makati S.L. (único contrato en el que la sentencia recurrida plantea esta cuestión), la sentencia yerra al afirmar que «se trata de una cuestión nueva inadmisibile en esta instancia», puesto que: (1) ya en la demanda se expresó la irregularidad de los contratos celebrados con sociedades vinculadas a los administradores; y (2) en el recurso de apelación se desarrolló el argumento de la nulidad radical de tales contratos, en atención a que la sentencia del Juzgado Mercantil valoró equivocadamente que la acción para interesar la nulidad del contrato celebrado con Makati S.L. estaría "prescrita"».

1.4.El *motivo cuartose* funda en «la infracción de los anteriores art. 69.1 LSRL y art. 236.1 LSC (red. orig.), en relación con los arts. 61.1 LSRL y arts. 226, 228 y 229 LSC (red. orig.) y 231 LSC, al no apreciar la sentencia recurrida que los administradores han causado un daño emergente a la sociedad a través de unos supuestos «contratos» con sociedades vinculadas a los administradores. La sentencia recurrida no valora que las conductas antijurídicas e imputables de los administradores demandados, infringiendo el deber de lealtad, al realizar transacciones con sociedades vinculadas (bajo la apariencia de unos contratos falsificados, pues aparecieron años después de haber sido negada su existencia incluso ante los Tribunales de Justicia), han provocado que estas sociedades vinculadas hayan generado unos «créditos» contra la sociedad Solmiplaya S.L.; créditos cuyo origen ha sido calificado como dudoso, no especificado ni documentado por varias sentencias firmes. Tales «créditos» de las sociedades vinculadas a los administradores frente a Solmiplaya S.L. tienen, como correlato, el correspondiente pasivo en Solmiplaya S.L., y este pasivo (las «deudas» de Solmiplaya S.L. es el daño causado a Solmiplaya S.L., daño cuyo importe se cifra precisamente en el importe de estas «deudas». Asimismo, se han de incluir en el daño emergente los gastos judiciales y las costas ocasionados por los administradores a la sociedad a resultas de aquellos procedimientos en los que se declaró la nulidad de los irregulares acuerdos de aprobación de cuentas y de aumento de capital, con imposición de costas y en un caso, además, declaración expresa de mala fe».

2. Resolución del tribunal. Procede estimar los motivos por las razones que exponemos a continuación.

Cuando ocurrieron los hechos respecto de los que se ejercita la acción de responsabilidad, estaba en vigor la Ley de 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL), y la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (LSA), a cuya regulación se remitían algunos de sus preceptos. Esta normativa, aplicable al caso, es la que pasó a la originaria redacción del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Las referencias normativas que haremos a continuación son a esta redacción originaria del texto refundido de la LSC, antes de que fuera modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

La normativa reseñada, después de una regulación general del deber de diligencia en el art. 225 LSC, regulaba a continuación el deber de lealtad.

El cumplimiento o incumplimiento de uno u otro deber podía tener su reflejo en la acción de responsabilidad de los administradores, regulada en el art. 236 LSC, cuyo apartado 1 prescribía lo siguiente:

«Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo».

3.En el presente caso, la demanda ejercitaba una acción social de responsabilidad frente a quien había sido administrador único de Solmiplaya en el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2002 y el 14 de septiembre de 2010 (Sr. Roque) y frente a quien lo había sido a

continuación y hasta la disolución de la sociedad, 25 de octubre de 2012 (Promotora Miami Park, que estaba administrada por el hijo de Roque, Ambrosio). Las conductas que se imputan a los demandados, de las que se derivarían los perjuicios cuya indemnización se solicitaba en la demanda, se apoyaban en la infracción del deber de lealtad.

Con carácter general, el art. 226 LSC prescribía que «los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad (...)».

El art. 229 LSC, bajo la rúbrica «situaciones de conflicto de intereses», imponía al administrador único el deber de comunicar a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. Y, a renglón seguido y dentro del mismo apartado, apostillaba que «el administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera».

Lo anterior se complementaba, en el apartado 2, con el deber del administrador de «comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan».

El criterio para determinar qué se entiende por personas vinculadas, se regulaba en el art. 231 LSC, en el siguiente sentido:

«1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- »a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- »b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- »c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- »d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

»2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- »a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.
- »b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- »c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.
- »d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior».

4. Tiene razón el recurso que para poder analizar la procedencia de la acción ejercitada, y en concreto si había existido un incumplimiento relevante (a efectos indemnizatorios) del deber de lealtad, el tribunal debía haber examinado si, en relación con las conductas que se imputan a los administradores, había existido conflicto de intereses. Lo que omitió la sentencia recurrida.

En relación con Roque, que fue administrador único desde el 31 de diciembre de 2002 y el 14 de septiembre de 2010, se advierte claramente que las sociedades Rodor Apartamentos, S.L., Makati, S.L., Brisasol Corporación Empresarial, S.L. e Iberbrisa Internacional, S.L. tienen la consideración de personas (sociedades) vinculadas al Sr. Ambrosio, quien tiene algo más del 81% del capital social de Brisasol Coporación Empresarial, S.L., quien a su vez tiene el 100% de las sociedades Rodor Apartamentos, S.L. y Makati, S.L. Este hecho y la propia

consideración jurídica de sociedades vinculadas ha sido reconocido por la parte demandada y ahora recurrida en casación.

Brisasol Corporación Empresarial, S.L. también tiene el 100% del capital social de Alcorax, S.L., que es la socia mayoritaria de Solmiplaya, con un 60% del capital social.

5.Después de que Roque asumiera el cargo de administrador único de Solmiplaya, esta sociedad habría concertado los contratos de prestaciones de servicios con las cuatro sociedades reseñadas (Rodor, Makati, Brisasol e Iberbrisa), vinculadas al administrador:

i) El 3 de febrero de 2003, un contrato con Makati S.L. de prestación de servicios de soporte en las áreas de RRHH, informática y marketing, con una duración prevista hasta el 31 de diciembre de 2005, en el que la remuneración era por los servicios que se prestaran (el precio se establecía en función de su naturaleza), debiendo facturarse aparte los materiales suministrados.

ii) El 2 de enero de 2005, un contrato con Rodor Apartamentos, S.L. de prestación de servicios de mantenimiento y suministro de materiales, en el que la remuneración era por servicios (18 euros la hora) y materiales prestados.

iii) El 20 de abril de 2005, un contrato con Rodor Apartamentos, S.L. de prestación de servicios para la gestión del Apartahotel DIRECCION000, por la que se establecía como remuneración el 4% de sus ventas netas. La duración de este contrato era hasta el 31 de diciembre de 2007, pudiendo prorrogarse después por periodos anuales.

iv) El 2 de enero de 2007, un contrato con Brisasol Corporación Empresarial, S.L. de prestación de servicios de soporte en las áreas de RRHH, informática, marketing y departamento técnico, en el que la remuneración era por los servicios que se prestaran (el precio se establecía en función de su naturaleza). El contrato tenía una vigencia de un año, hasta el 31 de diciembre de 2007, pero quedaba automáticamente prorrogado por un periodo de un año, y así de forma sucesiva e ininterrumpida, salvo que fuera denunciado por cualquiera de las partes con un mes de antelación.

Es claro que el Sr. Ambrosio incumplió la obligación de comunicar a la junta general que tenía un conflicto de intereses con estas sociedades vinculadas, cuando se concertaron los reseñados contratos. Y, en principio, salvo autorización de la junta, debía haberse abstenido de intervenir en esos acuerdos.

Conviene no perder de vista que, en relación con el conflicto de intereses, el Sr. Ambrosio, a través de sus sociedades vinculadas, desarrollaba el mismo negocio de apartahoteles que era objeto social de Solmiplaya, en la misma localidad de Salou; que una de sus sociedades vinculadas era Alcorax, S.L., la socia mayoritaria de Solmiplaya (con el 60% del capital social); y que ya por entonces existía un conflicto con el otro socio, Solo Tradicionales, S.L., que tenía el 40% de capital social.

Como hemos visto, el 31 de diciembre de 2002, dejó de ser administrador el Sr. Alberto, quien controlaba la sociedad Solo Tradicionales S.L., y pasó a ser administrador único el Sr. Ambrosio. Por lo que ninguno de los reseñados contratos fue concertado siendo administrador el Sr. Alberto.

6.De este modo queda constatado que existió un incumplimiento del deber de lealtad, en cuanto que el Sr. Ambrosio, sin haber comunicado a la junta general el conflicto de intereses que tenía con las reseñadas sociedades vinculadas, fue contratando con ellas, en representación de Solmiplaya, la prestación de servicios. Como advierte la doctrina, la comunicación del conflicto de intereses ha de ser expresa y, en un caso como este, no hacerlo el administrador único a la junta de socios ya constituye *per se* un incumplimiento del deber de lealtad. Cuestión distinta es su relevancia en relación con la acción social de responsabilidad ejercitada. En lo que pueden entrar en juego otras consideraciones adicionales sobre el cumplimiento del deber de lealtad. Como que, bajo el estándar del art. 226 LSC (en su versión originaria, aplicable al caso), el administrador debe actuar como un representante legal en defensa del interés social, que como la ley aclara es el interés de la sociedad, en este caso de Solmiplaya.

Lo que conduce a juzgar hasta qué punto el administrador demandado antepuso sus intereses, por medio de sus sociedades vinculadas, a los de Solmiplaya, cuando contrató y pagó servicios con sociedades vinculadas y también cuando gestionó la crisis que afloró a finales de 2007, con la terminación del contrato con el tour operador irlandés Budget Travel Ltd., que comercializaba los apartamentos en exclusiva en el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 31 de octubre de cada año, a cambio de un precio anual de 1.619.425 euros que se actualizaba anualmente de acuerdo con el IPC.

La exigencia legal del deber de lealtad se traduce en que el administrador debe anteponer el interés de la sociedad al suyo propio (directo o indirecto), de ahí la relevancia del conflicto de intereses y de su prevención.

7. En la estructura de la acción social de responsabilidad, el incumplimiento del deber de lealtad debe haber ocasionado un perjuicio a la propia sociedad, que es el que se pretende indemnizar.

La contratación de los servicios reseñados con sociedades vinculadas, sin haber comunicado a la junta de socios el conflicto de intereses que entrañaba respecto del administrador único Sr. Ambrosio, conlleva un incumplimiento del deber de lealtad, en el que queda en entredicho si en esa contratación y en la supuesta prestación de servicios y su remuneración primó el interés de Solmiplaya.

Es muy difícil determinar hasta qué punto los contratos concertados con las sociedades vinculadas respondían a una necesidad efectiva de prestación de servicios y en qué medida se prestaron y pagaron, sin que llegaran a solaparse entre sí prestaciones contratadas y a su vez estas prestaciones se solaparan con la función del administrador de la compañía, que desde 2006 era retribuida.

Pero las circunstancias concurrentes en este caso muestran razones para apreciar estimativamente que esta actuación del administrador, que se enmarca en el incumplimiento de un deber diligencia grave, redundó en perjuicio para la sociedad.

De los contratos, podíamos distinguir entre el contrato de gestión del establecimiento Apartahotel DIRECCION000 de 20 de abril de 2005, con Rodor Apartamentos, y el resto de contratos.

El resto de los contratos, sin perjuicio de algún posible solapamiento, se refieren a servicios y suministro de materiales que no es ilógico que se contraten a terceros y que no los presté por sí el administrador de la sociedad, y al mismo tiempo se remuneran por servicios prestados. Uno de estos contratos, es el que se había concertado con Rodor el 2 de enero de 2005. En la medida en que no consta acreditada la inexistencia de los servicios remunerados, respecto de los que se ejercita la acción de responsabilidad, y que tampoco se puede inferir del resto de las circunstancias y hechos acreditados, no pueden ser tenidos ahora en consideración.

Sin embargo, el contrato con Rodor Apartamentos de 20 de abril de 2005, en el marco del conflicto de intereses existente, desprende un *fumus negativus* de innecesariedad y de ser un medio para desviar beneficios de la explotación de los apartamentos titularidad de Solmiplaya a favor de sociedades vinculadas al administrador. En primer lugar porque su objeto es la gestión del apartahotel que es el principal activo de la sociedad (DIRECCION000), que fácilmente o se puede solapar con la función del administrador o resulta poco necesaria, por varias razones, entre las que destaca que la totalidad de los apartamentos estaban ya contratados en temporada alta con un tour operador irlandés (Budget Travel Ltd), y así fue hasta finales de 2007; también porque no consta que con anterioridad se hubiera encomendado a un tercero y en términos similares estos mismos servicios de gestión; y porque la remuneración era de una comisión del 4% de las ventas netas totales, que recordemos ya estaban sustancialmente aseguradas por el contrato con Budget Travel Ltd. En condiciones normales, la remuneración convenida por la prestación de un tercero de los servicios de gestión hotelera podía estar justificada, pero en este caso no.

Esta relación contractual, hasta que no terminó el contrato con el tour operador irlandés apenas estaba justificada, a la vista de los términos de la contratación y desde la perspectiva de los intereses de la sociedad Solmiplaya. Podía estarlo desde la terminación del contrato con Budget Travel Ltd, por la necesidad de promocionar el establecimiento y gestionar la ocupación y explotación de los apartamentos.

De ahí que se considere un perjuicio, en cuanto gasto innecesario y medio para desviar hacia una sociedad vinculada con el Sr. Ambrosio una parte de los rendimientos económicos de Solmiplaya, la retribución abonada por esos supuestos servicios durante los años 2005, 2006 y 2007, incluida la partida con efectos retroactivos a 2004, y que condenemos al Sr. Ambrosio a su reparación. En concreto, según la facturación de Rodor Apartamentos a Solmiplaya durante esos años, reseñada en el informe de PwC, serían: 79.753 euros facturados el año 2005, correspondientes al año 2004; 78.643 euros facturados el año 2005 y correspondientes a ese año 2005; 78.567 euros del año 2006 y 67.241 euros del año 2007. En total: 304.204 euros.

8. Este *fumus* negativo de que el administrador de Solmiplaya, Sr. Ambrosio, antepone su propio interés, a través de sociedades vinculadas, a los de la sociedad que administra se alimenta con el que desprende el contexto de los litigios en los que se ha visto envuelta Solmiplaya.

Por una parte, aquellos cuatro procedimientos en los que se estimaron las demandas del socio minoritario (Solo Tradicionales) que impugnaban acuerdos de ampliación de capital por compensación de créditos enarbolados por el socio mayoritario (Alcorex), sociedad vinculada al administrador Sr. Ambrosio: i) sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 19 de noviembre de 2008; ii) sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de 6 de octubre de 2008, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 20 de mayo de 2010; iii) sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de 3 de marzo de 2011; iv) sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 5 de julio de 2012. De estos procedimientos se desprenden las maniobras del Sr. Ambrosio por diluir al socio minoritario, a costa de la propia sociedad, pues esas ampliaciones se pretendían sin que se constatará que realmente hubiera existido una aportación de capital a la sociedad.

Y, por otra parte, la sentencia firme aportada en casación, al amparo del art. 271.2 LEC, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) 2236/2020, de 22 de octubre, que estima la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta de socios de Solmiplaya en Liquidación de 23 de octubre de 2015 de aprobación de las cuentas del ejercicio 2014, aprobación del balance final de liquidación y del informe para la determinación de la cuota de liquidación y su reparto entre los socios, y de la aprobación de la remuneración del liquidador desde la fecha de la junta hasta la cancelación registral de la sociedad.

9. Por lo que respecta a los costes judiciales en que habría incurrido Solmiplaya en cuatro pleitos en los que se ejercitaban acciones de impugnación de acuerdos sociales por parte de Solo Tradicionales, S.L., como afirma el escrito de oposición al recurso, el juzgado de primera instancia especificó que de la suma inicialmente reclamada por este concepto (147.791 euros), sólo se correspondían a esos pleitos anteriores 46.563,91 euros.

Estos gastos que ha tenido que satisfacer la sociedad Solmiplaya, provienen de pleitos en los que prosperaron las acciones de impugnación de acuerdos sociales formuladas por el socio minoritario (Solo Tradicionales) frente a acuerdos de ampliación de capital social por compensación de créditos que enarbolaban sociedades vinculadas al administrador Sr. Ambrosio. De lo anterior puede inferirse que el coste de esos pleitos para la sociedad proviene de una situación provocada por el administrador y en interés propio, a través de sus sociedades vinculadas. No deja de ser una manifestación de una actuación contraria al deber de lealtad, pues mediante sociedades vinculadas provoca la situación que obliga al socio minoritario a pleitear, con el efecto consiguiente de que se estimen esas demandas contra la sociedad y esta incurra en un gasto relevante (46.563,91 euros). Es lógico que el administrador que actuó en representación de la sociedad para defender unos intereses propios y no tanto de la sociedad, deba responder por el coste económico que esas maniobras generaron para la sociedad, máxime cuando quien tuvo que accionar contra la sociedad fue el socio minoritario y esas acciones fueron estimadas judicialmente.

10. En cuanto a la caída drástica de facturación de la sociedad, en el periodo comprendido entre 2008 y 2010, la sentencia de apelación la atribuye a la terminación del contrato con Budget Travel, que ocupaba en temporada alta todos los apartamentos de Solmiplaya, pagando un precio fijo predeterminado. Y si bien es cierto que esa circunstancia influyó en la bajada de facturación, sin embargo ello no excluye la responsabilidad de los administradores. De la gestión de la ocupación de los apartamentos se tenía que encargar Rodor Apartamentos, sociedad vinculada al administrador Sr. Ambrosio, que además se dedica a la explotación de sus propios apartamentos y de otras sociedades vinculadas al Sr. Ambrosio. Al margen de que

no haya una prueba directa de qué peticiones dirigidas a los apartamentos de Solmiplaya hubieran sido remitidas a los apartamentos de esas sociedades vinculadas, es muy significativo que esas sociedades, fundamentalmente Alcorex y Rodor hubieran incrementado su facturación y Solmiplaya hubiera padecido una bajada tan drástica.

La responsabilidad del administrador, en el marco del deber de diligencia, aflora porque encarga la gestión de la ocupación de los apartamentos de la sociedad (Solmiplaya) a una sociedad competidora (Rodor), vinculada al propio administrador, con el resultado de que sin haber variado significativamente la ocupación de los apartamentos en Salou durante esos años, y habiéndose incrementado la facturación de esas sociedades vinculadas, la bajada de facturación de Solmiplaya hubiera sido tan acusada.

Lo anterior pone en duda que el administrador hubiera antepuesto los intereses de Solmiplaya a los suyos propios, como exige el deber de diligencia del art. 226 LSC (en la versión original). Era inevitable que Solmiplaya viera afectada inicialmente su facturación, en el año 2008, pero no lo era que lo fuera de manera tan drástica, y mucho menos que la recuperación en los años siguientes fuera tan poco significativa, en el contexto de la ocupación turística en Salou durante esos años, y coincidiendo con el incremento de la facturación de las sociedades vinculadas del Sr. Ambrosio, una de las cuales debía gestionar la ocupación de los apartamentos de Solmiplaya.

Esta actuación no deja de estar afectada, además, por el *fumusnegativo* de infracción del deber de lealtad antes mencionado que aporta haber encargado la ocupación de los apartamentos de Solmiplaya a una sociedad vinculada al propio administrador y competidora (Rodor Apartamentos).

La cuantificación del perjuicio necesariamente debe hacerse de forma estimativa y gradual, conforme al tiempo transcurrido desde al terminación del contrato con Budget Travel. Así, de forma estimativa, podría entenderse una bajada de facturación de un 45% el primer año (el 2008), un 35% (respecto del 2007) en el segundo año consecutivo (2009) y un 25% (también respecto de lo facturado en el 2007) en el tercer año consecutivo (2010).

De tal forma que el perjuicio, a efectos del cálculo de la indemnización, consistiría en el 60% de la diferencia entre lo que facturó Solmiplaya cada uno de esos años (2008, 2009 y 2010) y lo que hemos considerado de forma estimativa que sería lógico que hubiera podido facturar de haber actuado el administrador guiado con el celo propio del deber de lealtad: el año 2008, el 55% respecto de lo facturado el año anterior (2007); el año 2009, el 65% respecto de lo facturado el año 2007; y el año 2010, el 75% respecto de lo facturado el 2007.

Si de acuerdo con la información contable de Solmiplaya, reseñada en un informe de PwC, el importe neto de la cifra de negocios de esta sociedad el año 2007 fue de 1.928.612 euros, el cálculo estimativo de lo que debía haber facturado en el año 2008 sería 1.060.736 euros; en el año 2009, 1.253.597 euros; y en el año 2010, 1.446.459 euros.

Esa misma información contable muestra que en el año 2008 Solmiplaya facturó 593.584 euro; en el año 2009, 625.535 euros; y en el año 2010, 822.586 euros.

La diferencia entre lo facturado y lo que estimados que razonablemente debía haber facturado Solmiplaya de haber actuado sus administradores de conformidad con el deber de diligencia sería: 467.152 euros, el año 2008; 628.062 euros, el año 2009; y 623.973 euros, el año 2010. Y el 60% de estas cantidades (para, también de forma estimativa, deducir la repercusión del incremento de gastos podrían derivarse directamente del hipotético incremento de facturación) determina las indemnizatorias correspondientes a cada año (redondeadas): 280.291 euros, el año 2008; 376.837 euros, el año 2009; y 374.383 euros, en el año 2010.

11. En cuanto al importe de las indemnizaciones y sus respectivos obligados, a la vista de lo argumentado hasta ahora es preciso hacer la siguiente distinción:

i) El Sr. Ambrosio es el administrador condenado a la indemnización correspondiente al importe de lo abonado a Rodor Apartamentos S.L., al amparo del contrato de 20 de abril de 2005 (el 4% de la facturación de Solmiplaya) por los supuestos servicios prestados durante los años 2005, 2006 y 2007, incluida la partida con efectos retroactivos a 2004. En total: 304.204 euros

ii) El Sr. Ambrosio también es el administrador condenado a la indemnización de los gastos judiciales ocasionados a la sociedad (Solmiplaya), cuantificados en 46.563,91 euros.

iii) Respecto de los daños ocasionados por el lucro cesante que supone la pérdida de facturación durante los años 2008, 2009 y 2010, serán responsables: el Sr. Ambrosio por la parte correspondiente a los años 2008 y 2009, en que era administrador único (en total 657.128 euros), y por la parte proporcional en que lo fue durante el ejercicio 2010 (254.899 euros), lo que suma un total de 912.027 euros; y Promotora Miami Park S.L. por la parte proporcional al tiempo que en fue administradora durante el año 2010 (119.484 euros).

Todas esas sumas devengarán el interés legal del dinero desde la reclamación judicial, conforme al art. 1108 CC.

NOVENO. Costas

1.Estimado en parte (el motivo séptimo) el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede hacer expresa condena de las costas de ese recurso (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.Estimado el recurso de casación, tampoco procede hacer expresa condena de las costas de ese recurso (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.Estimado en parte el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

4.Estimadas en parte las pretensiones contenidas en la demanda, no procede hacer expresa condena de las costas generadas en primera instancia (art. 394 LEC).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar en parte el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Solo Tradicionales, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª) de 31 de enero de 2019 (rollo 38/2018).

2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Solo Tradicionales, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª) de 31 de enero de 2019 (rollo 38/2018), que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte el recurso de apelación formulado por Solo Tradicionales, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Tarragona de 30 de junio de 2016 (juicio ordinario 503/2014), que modificamos en el siguiente sentido.

4.º Estimar en parte la demanda formulada por Solo Tradicionales, S.L. contra Roque y Promotora Miami Park S.L., a quienes condenamos a indemnizar a la sociedad Solmiplaya del siguiente modo:

i) A Roque en la suma de 304.204 euros, correspondiente al importe de lo abonado a Rodor Apartamentos S.L., al amparo del contrato de 20 de abril de 2005 (el 4% de la facturación de Solmiplaya) por los supuestos servicios prestados durante los años 2005, 2006 y 2007, incluida la partida con efectos retroactivos a 2004.

ii) A Roque en la suma correspondiente a los gastos judiciales ocasionados a la sociedad (Solmiplaya), cuantificados en 46.563,91 euros.

iii) A Roque el lucro cesante (pérdida de facturación durante los años 2008, 2009 y 2010) en la suma de 912.027 euros.

iv) Y a Promotora Miami Park S.L. por el lucro cesante (pérdida de facturación durante el año 2010) la suma de 119.484 euros.

5.º Acordar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

