

Audiencia Provincial

AP de Madrid (Sección 28ª) Sentencia num. /2015 de 3 noviembre

JUR\2015\



SOCIEDADES ANÓNIMAS: ADMINISTRADORES: ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD: DESESTIMACIÓN: inexistencia de exigencia de responsabilidad hacia el demandado que se fundaba por la actora en el reproche de haber incurrido en una conducta omisiva, al no haber impedido una determinada operación que la parte demandante describe como la adquisición por parte de , por importe de 50 millones de euros, a través de su filial , de un serie de obligaciones convertibles que habían sido emitidas por la sociedad luxemburguesa .: desestimación de solicitud de suspensión por prejudicialidad penal: al administrador solo podría exigírsele que supiera lo que razonablemente estaba en su mano poder conocer al tiempo en el que se produjo la operación y mientras todavía desempeñaba el cargo por el que se le exige la responsabilidad: en una entidad de enormes dimensiones, como puede comprenderse a la vista de los datos que reflejan las cuentas aportadas a las actuaciones, es comprensible que no todo se hiciera a instancias del consejero-delegado.

ECLI:

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación XX/2013

Ponente:Ilmo. Sr. D. XXXXXX

N.I.G.:

Recurso de Apelación XXX/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario XX/2010

Apelante:

PROCURADOR D. /Dña. XXXXXX

Apelado: D. /Dña. XXX

PROCURADOR D. /Dña. XXxxxxx

SENTENCIA nº 307/2015

En Madrid, a 3 de noviembre de 2015.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. XXXXXXXX, D. XXXXXXXX y D. XXXXXXXX, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo XXX/2013, los autos del procedimiento nº XXX/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº XX de Madrid, referente al ejercicio de acciones de responsabilidad contra un administrador social.

Ha actuado en representación y defensa de las partes, por la apelante, , la Procuradora Dña. XXXXXxx y el Letrado D. XXXXXXXX y por la apelada, D. XXXX , el Procurador D. XXXXXXXX y el Letrado D. XXXXXXXX.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 10 de septiembre de 2010 por la representación de SA contra D. XXXX , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia en los siguientes términos:

"1º. Declare el incumplimiento por el demandado de sus obligaciones y deberes como miembro del Consejo de Administración y Consejero Delegado de mi representada referida en el Fundamento de Derecho X de esta demanda en relación con la adquisición de las obligaciones convertibles emitidas por la sociedad luxemburguesa

2º Declare la responsabilidad del demandado por los daños y perjuicios sufridos por mi representada por razón de la adquisición por . de las obligaciones convertibles emitidas por la sociedad luxemburguesa S.A., y en su virtud, condene al demandado a satisfacer a mi mandante las siguientes cantidades:

La cantidad de CUARENTA MILLONES DE EUROS (40.000.000€) a que asciende el principal de la suma invertida en la adquisición por de las obligaciones convertibles emitidas por

La cantidad de CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CENTIMOS (164.930, 56€) a que asciende el importe de los intereses devengados entre el día 12 de enero de 2007 y el día 7 de mayo de 2008 por la cantidad de 10.000.000 de euros (correspondiente al principal de las Obligaciones amortizadas anticipadamente en esa última fecha), calculados al tipo de 1,25 %.

La cantidad de UN MILLÓN OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (1.831.944,44€) a que asciende el importe de los intereses devengados por la cantidad de 40.000.000 euros (correspondiente al principal de las Obligaciones pendientes de amortización) entre el día 12 de enero de 2007 y la fecha de la presente demanda, calculados al tipo del 1,25 %.

La cantidad de CUATRO MILLONES SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS ONCE EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (4.071.311,70 €) a que asciende el lucro cesante derivado de la adquisición por de las obligaciones emitidas por hasta la fecha de esta demanda.

El importe a que asciendan los intereses moratorios, calculados al tipo de interés legal del dinero vigente en cada momento, que se devenguen sobre la cantidad de 46.068.186,70 euros (suma de las cantidades mencionadas en las letras A) a D) precedentes), desde la fecha de esta demanda hasta la fecha de la sentencia que se dicte en primera instancia (momento a partir del cual procederá el devengo del interés de mora procesal previsto en el [artículo 576](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#)), cuya liquidación con arreglo a las citadas bases habrá de efectuarse en ejecución de sentencia.

3º Condene al demandado al pago de las costas de este procedimiento."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid dictó sentencia, con fecha 6 de mayo de 1, cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda formulada por , representada por el Procurador de los tribunales D^a. XXXXX, y asistida por los Letrados del Ilustre Colegio de Madrid D. XXXXXXXX y D. XXXXXX, contra D. XXXX , representado por el Procurador de los tribunales D. XXXXXXXX y asistido por los Letrados D^a. XXXXXXXX y D. XXXXXXXXXXXX, debo absolver a los demandados de las pretensiones de la parte actora. Las costas se imponen al instante del procedimiento".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, se

interpuso recurso de apelación por la representación de _____ que fue tramitado en legal forma.

La remisión de los autos y su ulterior definitiva recepción por este tribunal, con fecha 13 de octubre de 2013, dio lugar a la tramitación desde entonces del presente rollo de apelación ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 29 de octubre de 2015.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. XXXXXXXXXX, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Objeto del proceso.

En la resolución apelada se reseñan los hechos relevantes para el enjuiciamiento de la litis. Las críticas vertidas por la parte apelante hacia dicho relato no las consideramos justificadas, pues las imprecisiones de las que se queja resultan aclaradas por otros pasajes del texto y, en cualquier caso, no afectan a datos sustanciales para poder acometer la labor de juzgar. No obstante, sin voluntad de suplir tal relación por otra nueva, reseñaremos aquí algunos de los elementos fácticos que consideramos más relevantes para comprender el objeto del proceso.

La demanda ha versado sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la entidad _____ contra el que fue administrador de la misma, D. XXXX , por los daños que considera que resultan imputables a la conducta que el mismo desplegó en el desempeño de su cargo.

D. XXXX fue miembro del consejo de administración de _____ desde el 19 de julio de 2002 hasta el 4 de diciembre de 2007 y desempeñó, además, el cargo de consejero- delegado desde que accedió al consejo hasta el 20 de febrero de 2007.

La exigencia de responsabilidad hacia el demandado se funda por la actora en el reproche de haber incurrido en una conducta omisiva, al no haber impedido una determinada operación que la parte demandante describe como la adquisición por parte de _____ , por importe de 50 millones de euros, a través de su filial

, de un serie de obligaciones convertibles que habían sido emitidas por la sociedad luxemburguesa

Consta en autos que es una sociedad mayoritariamente participada por , ya que ostenta el 99,99 % de su capital. El administrador de la misma en el año 2007 era la propia y la persona física designada por ésta para desempeñar el cargo era D. XXXXX . Han sido varias las ocasiones en las que ha efectuado operaciones financieras con su filial , que se estructuraban mediante la concesión de préstamos a la misma.

Una de ellas se efectuó con fecha 4 de enero de 2007, a impulso del que era el presidente del consejo de administración de , D. XXXX , que era además quien coordinaba el departamento de estrategia corporativa. En concreto, puso a disposición de L, mediante un préstamo a un interés del EURIBOR más 0,20 %, la suma de 50 millones de euros.

El 12 de enero de 2007 el Sr. XXXX , en representación de , invirtió los referidos 50 millones de euros en la adquisición de obligaciones convertibles de la sociedad luxemburguesa , que estaban instrumentadas en dos certificados al portador fechados a 9 de enero de 2007, cada uno de ellos representativo de 25.000 obligaciones. El vencimiento de las mismas era a 10 de enero de 2017 y devengaban un interés del 1,25% anual. La emisora tenía, no obstante, la facultad de amortizarlas anticipadamente.

En el seno de la dirección de se han producido durante el año 2007 cambios en su órgano de gestión y dirección, siguiendo un procedimiento pactado mediante el acuerdo de separación empresarial de fecha 19 de febrero de 2007.

La apelante, que lo es la propia , construye su censura hacia el demandado, en la condición que ostentó de consejero-delegado y miembro del consejo de administración de , sobre el reproche de no haberse informado del destino y finalidad del préstamo de 50 millones de euros otorgado por esta entidad a y el no haberse opuesto al otorgamiento del mismo, ya que considera criticable la teórica rentabilidad de las obligaciones en las que se iban a invertir los fondos (1,25 % anual), lo que entrañaba hacerlo a largo plazo (10 años) en un activo no negociable emitido por una entidad poco conocida.

En las cuentas anuales del ejercicio 2008 se decidió contabilizar por parte de un deterioro de la inversión realizada en

SA por importe de 30 millones de euros, que se recogió asimismo en las cuentas consolidadas del grupo correspondientes a ese mismo ejercicio. En mayo de 2008 se había producido, no obstante, una amortización parcial por parte de por 10 millones de euros, lo que había reducido el importe de la inversión a 40.

considera inviable, tras valorar la situación financiera de , el poder recuperar el importe de esos 40 millones de euros e incrementa el montante del perjuicio que entiende que ha sufrido en la cuantía correspondiente a los intereses devengados por obligaciones amortizadas anticipadamente, además de los aplicables por el resto.

imputa negligencia en el desempeño de su cargo al Sr. XXXX porque considera que incumplió el deber de informarse y actuar diligentemente en interés de la sociedad de la que era administrador y le considera responsable de los perjuicios derivados de una operación que, según entiende la apelante, debería haber impedido.

La falta de éxito de la demanda en la primera instancia ha movido a a apelar la sentencia que le ha resultado adversa. La recurrente considera, en primera lugar, que debería suspenderse el trámite del proceso en esta segunda instancia para esperar a las resultas del proceso de investigación que en sede penal se sigue como diligencias previas nº del Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid, invocando para ello la institución de la prejudicialidad penal. Asimismo, durante la tramitación de este rollo de apelación ha aportado diversa documentación, con relación a la cual este tribunal la ha dado respuesta en una resolución precedente, si bien resta referirnos a la suerte de la presentada en el último momento. Además, en el recurso se efectúan diversas quejas referidas a la exactitud y claridad del relato de hechos relevantes contenido en la sentencia de la primera instancia, si bien a ello nos hemos referido al inicio de esta fundamentación jurídica. Se hace hincapié por la apelante en que la responsabilidad imputada al demandado lo era no sólo en su condición de consejero delegado, sino también como miembro del consejo de administración de , por razón del incumplimiento de deberes propios de su cargo. Pone el acento la recurrente en la concreción de la operación de la que deriva la exigencia de responsabilidad, que antes hemos reseñado, y se intenta rebatir por ella la razones para una eventual exención de aquélla, haciendo hincapié en que el demandado debió informarse del destino del dinero prestado por , de manera que hubiera debido reaccionar impidiendo la consumación de la operación. Añade a ello que ésta no podría considerarse como de carácter ordinario y se trata de rebatir el encuadre de la

misma en el área corporativa dirigida por el presidente de la entidad, insistiendo en que era competencia directa de uno de los departamentos asignados al consejero delegado. Se critica además el valor que la apelante entiende que puede concederse a las declaraciones testificales de los señores D. XXXX y D. XXXX , al tiempo que defiende que no sería relevante recabar la de ningún otro testigo para poder avalar el éxito de su pretensión.

Los planteamientos que, de manera sinóptica, hemos reseñado van a ser tratados en la presente resolución, si bien los reordenaremos del modo que consideramos más sistemático para exponer nuestros razonamientos jurídicos, único modo de poder comprender cuál es la motivación que este tribunal considera que puede respaldar la resolución del litigio en el modo que consideramos ajustado a derecho.

Significamos que pese a que ya se haya integrado en el [Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital \(RCL 2010, 1792 y 2400\)](#) , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las citas legales que efectuaremos todavía vienen referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), al [Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas \(RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206\)](#) (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que es el cuerpo legal que, con las reformas correspondientes a cada momento, resulta aplicable a los hechos objeto de litigio, que se habrían producido bajo la vigencia del pretérito régimen legal.

SEGUNDO

Solicitud suspensión por prejudicialidad penal.

La parte apelante ha planteado en su recurso la solicitud de que fuese suspendida la tramitación de la presente apelación para esperar a las resultas del proceso de investigación que en sede penal se sigue como diligencias previas nº 7438/2010 del Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid.

Según lo previsto en el [artículo 40.2.2ª](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , para que pueda apreciarse la concurrencia de un situación de prejudicialidad penal no bastaría con la mera coincidencia de algún hecho entre el escrito de demanda y lo que constituye objeto de investigación criminal, sino que además resultaría indispensable que la decisión del tribunal penal pudiera tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil.

Pues bien, en dicho proceso penal paralelo no está, sin embargo, imputado el aquí demandado Sr. XXXX , al que no se le está investigando por la comisión de irregularidad alguna en su gestión como administrador de . Es cierto que se han incorporado a dicho proceso referencias a la operación objeto del

presente litigio, pero la finalidad de ello es la depuración de las responsabilidades penales que pudieran alcanzar a los allí imputados. Para el análisis de la responsabilidad civil imputada al Sr. XXXX, en los términos en los que fue planteada la demanda de responsabilidad contra él interpuesta en su condición de administrador de [redacted] centrada en una conducta omisiva por su parte que pudiera ser contraria a la diligencia del buen administrador social (en concreto, no haber impedido en un determinado momento una concreta operación inversora), no resulta preciso incurrir en la dilación que implicaría el tener que aguardar hasta la culminación de ese paralelo proceso penal.

Además, al Sr. XXXX solo podría exigírsele que supiera lo que razonablemente estaba en su mano poder conocer al tiempo en el que se produjo la operación y mientras todavía desempeñaba el cargo por el que se le exige la responsabilidad. Lo que no podrá reprochársele es el desconocimiento de circunstancias relativas a intereses espurios de otras personas que hayan podido ir saliendo luego a la luz fruto de complejas investigaciones y procesos judiciales.

Por otro lado, la parte demandante sólo tendría derecho a exigir que se coordinase la decisión penal con la civil, pero a lo que no puede aspirar es a utilizar el proceso penal como un complemento procesal de lo que debería haber formado parte del propio proceso civil, cuyo objeto quedó ya acotado en la fase de alegaciones. Hacemos esta mención porque resulta llamativo que datando el inicio del proceso penal del año 2010, no haya inquietado a la actora la paralela tramitación del proceso civil, durante varios años, y no haya sido sino en esta segunda instancia cuando se haya querido suscitar el problema, cuando desde el año 2011 la propia [redacted] ya hacía referencia a la referida operación como objeto del proceso penal.

En consecuencia, hemos de desestimar la solicitud de suspensión del presente proceso ante el alegato de prejudicialidad penal efectuado por la representación de [redacted]

TERCERO

Presentación de documentación durante el trámite de la segunda instancia.

La representación de [redacted] se ha mostrado insistente en la estrategia de pretender incorporar a esta apelación documentación adicional a la aportada en la primera instancia. El tratar de hacer un uso inadecuado de esta excepcional posibilidad procesal ya provocó una primera resolución desestimatoria por parte de este tribunal, mediante el precedente auto de 17 de febrero de 2014. Una decisión de similar sentido debe ser pronunciada ahora, a tenor de lo previsto en el [artículo 271.2](#)

de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , con respecto a la aportación de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián) y por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en la sección de calificación del concurso de la entidad XXXXX. El contenido de dichas resoluciones, por más que sea temporalmente posterior a la tramitación de la primera instancia, resulta intrascendente para el enjuiciamiento de la conducta omisiva reprochada al Sr. XXXX . Las referencias que en dichas resoluciones se efectúan a terceros, como las relativas a las posibles vinculaciones entre D. XXXX y D. XXXX , por razón del entramado societario que les relacionaba, no resultan relevantes para poder enjuiciar sobre la concreta imputación de conducta omisiva que pesa en el presente proceso en contra de D. XXXX .

Rechazamos, por lo tanto, la admisión de la documentación presentada por la representación de _____ consistente en copias de sendas sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián) y por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

CUARTO

Valoración de las pruebas testificales practicadas en el acto del juicio.

Las declaraciones testificales de D. XXXX y D. XXXX han resultado relevantes para el enjuiciamiento del asunto. La parte demandante, a cuya instancia se han recabado tales declaraciones, está ahora tratando de suscitar reparos a la credibilidad de sus testimonios. Este tribunal no aprecia, sin embargo, ningún síntoma de mendacidad en el contenido de los mismos, pues no puede apreciarse tal cuando no vemos en sus manifestaciones un intento de esquivar posibles responsabilidades imputables a los propios testigos, significadamente en el caso del Sr. XXXX . Si éste coincide con el otro testigo, Sr. XXXX , en derivar el ámbito de decisión al propio del marco de responsabilidad del primero, difícilmente podrá construirse hacia ellos un reproche de falta de sinceridad. Sería sumamente extraño, por contrario a la naturaleza humana, que un testigo pudiera estar mintiendo si lo que dice pudiera luego resultar perjudicial para sus propios intereses.

Los referidos testigos son personas que ocupaban cargos que les permitían tener un conocimiento directo, de primera mano, de los hechos que motivan este litigio y, como hemos dicho, pese a que ellos también han sido demandados en otros procesos, sus manifestaciones, significadamente en el caso del Sr. XXXX , no tienden a eludir su propia implicación en los mismos, aunque ello pudiera contribuir a descargar de responsabilidades al demandado. Se trata, a tenor de las reglas a las que alude el [artículo 376](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , de

declaraciones que deben ser tomadas muy en cuenta y que no merecen ser objeto de las reservas que trata de oponer a ellas la parte apelante.

QUINTO

Presupuestos legales de la acción ejercitada.

La acción social de responsabilidad, con independencia de quién la ejercite (ya fuese la propia entidad afectada o, en su defecto, un socio o, en última instancia, un acreedor - artículo 134 del TR de la [LSA \(RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206\)](#) y vigente artículo 238 del TRLSC), tiene como finalidad defender el patrimonio de la sociedad (persiguiendo su reintegración) ante los daños que hubiesen podido provocar de modo directo en él las acciones u omisiones ilegales, antiestatutarias o incumplidoras de sus deberes por parte de los administradores, siempre que hubiese mediado un nexo causal entre la conducta ilícita de éstos y el daño sufrido por la entidad administrada (sentencias de la Sala 1ª del TS de 4 noviembre de 1991 , 21 de mayo de 1992 , 30 de enero de 2001 , 23 de febrero de 2004 , 21 de febrero de 2007 y 20 de julio del 2010).

La responsabilidad del administrador exigible mediante el ejercicio de la acción social es una responsabilidad por daño y a diferencia de la acción individual, tiene como finalidad reintegrar el patrimonio social. En consecuencia, el éxito de la acción social de responsabilidad requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se produzca un daño patrimonial a la sociedad evaluable económicamente; b) que ese daño proceda de un acto de los administradores, tanto por acción como por omisión, de manera que debe tratarse de actuaciones en las que aquéllos intervienen como administradores, es decir en el ejercicio de sus funciones orgánicas; c) que al acto originador del daño sea contrario a la ley, a los estatutos, o producido sin la diligencia debida (a la que se refiere el artículo 127 del TRLSA , es decir, la de "un ordenado empresario y un representante leal"); y d) que exista un nexo causal entre el daño producido y el acto origen del mismo, debiendo tenerse en cuenta los supuestos de concurrencia de otras circunstancias a efectos de ponderar la valoración del daño.

SEXTO

Consideraciones sobre la conducta del demandado en sede de la acción de responsabilidad ejercitada en su contra.

La apelante funda su pretensión en un reproche de conducta omisiva que, al entender de la parte actora, justificaría la exigencia de responsabilidad al demandado por no haber actuado en determinado sentido para evitar lo que se considera que ha resultado finalmente dañoso para la entidad . La censura no se

vincula a que el demandado hubiese podido actuar de modo contrario a determinada norma específica, sino en haberse comportado de un modo que la demandante considera que no resultaría acorde a la diligencia debida a un administrador social al no haber impedido que se efectuase determinada inversión de fondos sociales.

Es cierto que el demandado, en su condición de consejero-delegado y miembro del órgano de administración, tenía un deber de control sobre la operativa social. Está documentado en el proceso que el Sr. XXXX disponía de amplios poderes y delegaciones por parte del consejo de administración, lo que supone que sus facultades alcanzaban no sólo la gestión diaria de la empresa (negocio inmobiliario) sino también las operaciones significativas que pudieran abordarse con recursos sociales.

Ahora bien, en una entidad de las enormes dimensiones de como puede comprenderse a la vista de los datos que reflejan las cuentas aportadas a las actuaciones, es comprensible que no todo se hiciera a instancias del consejero-delegado. En concreto, en el caso que aquí nos ocupa la salida de fondos se efectuó merced a un impulso personal del presidente del consejo de administración de , Sr. XXXX , que se encauzó a través del departamento de estrategia corporativa que según el organigrama de dirección estaba bajo la supervisión de aquél. Las declaraciones testificales de D. XXXX y D. XXXX han permitido conocer en detalle que la realidad interna de la gestión de se desempeñaba precisamente de ese modo. Pero ello no bastaría para poder dejar al demandado al margen de toda posible responsabilidad, si es que hizo dejación de sus funciones como consejero-delegado o confió indebidamente en la conducta de otro miembro del consejo, porque la mera distribución interna de tareas a efectos operativos no releva, de modo automático, a otro miembro de dicho órgano, que además era el consejero-delegado, de sus propias responsabilidades.

Una vez sentado que el demandado no podría escudarse, simplemente, en que él no promovió la operación, como tampoco en que se hubiese fiado de modo ciego y no racional (sino que debería haber razones para ello) del departamento de estrategia, porque eso tampoco le libraría de una imputación de falta de diligencia en el desempeño de su gestión, lo que habrá que constatar es si existe justificación para que el Sr. XXXX no reaccionase de forma adversa cuando tuvo conocimiento de la realización de la operación.

El Sr. XXXX , en su condición de consejero-delegado, supo de la concesión del préstamo que aquí nos ocupa a favor de , aunque él no participase en la adopción de esa decisión ni en su ulterior ejecución. Se trató de una más de las diversas operaciones financieras de las que se le dio conocimiento y que

se dirigían desde el departamento de estrategia corporativa, según el proceso habitual de toma de decisiones en el seno de [redacted] según coincidieron en ello los testigos XXXX y XXXX . El propio Sr. XXXX , como él mismo admitió al ser interrogado al respecto en el acto del juicio, tuvo noticia de que se iban a prestar los 50 millones a [redacted] y no opuso ningún reparo a ello. Lo que ocurre es que las razones que justifican su actitud son perfectamente entendibles. En esa época [redacted] , que era el buque insignia del grupo, financiaba operaciones de sociedades en las que tenía participación y, en concreto, ya había efectuado otros préstamos a su participada [redacted] destinados a actividades financieras (como la que luego ésta encauzó a la adquisición de acciones [redacted] , por mayor cuantía incluso que la que aquí nos ocupa), lo cual figura en la contabilidad de ambas, tal como está documentado en autos, a los que se ha aportado la correspondiente contabilidad. La operación de préstamo se realizó en condiciones de mercado, pues [redacted] prestó el dinero a [redacted] a un interés del 4,230 % - EURIBOR más 0,20 %). Aunque el importe puede parecer elevado (50 millones), ello no resultaba desmesurado en el contexto de las operaciones ordinarias de [redacted] , pues tal cifra se hallaba dentro de los márgenes de actuación en los que habitualmente, hasta determinada cuantía, según la operativa habitual, no necesariamente se pedía autorización previa al consejo (a este respecto es pertinente la cita que en la resolución apelada se efectúa del acuerdo de separación empresarial de fecha 19 de febrero de 2007, que, aunque es, en efecto, posterior a la salida de los fondos, sirve como ejemplo para demostrar que a primeros del año 2007 una operación de 50 millones de euros era entendida en el seno de [redacted] como de carácter puramente ordinario). En este contexto, de realización de un préstamo en condiciones de mercado a una entidad vinculada a la que ya se habían hecho otros con resultado exitoso y por un importe ordinario en el seno de la actividad de [redacted] , la falta de reacción del consejero-delegado no puede considerarse, necesariamente, como una conducta omisiva injustificada. El consejero-delegado supo de la operación en los aspectos que directamente implicaban la salida de fondos desde [redacted] para inversiones en una filial, como ya se había hecho con anterioridad, por lo que no puede censurársele que no la impidiera, si carecía entonces de razones de suficiente peso como para hacerlo.

No negamos que, desde el punto de vista estrictamente financiero, podrían resultar mejorables las condiciones concretas que fueron luego pactadas en la ulterior operación entre [redacted] L y [redacted] para la adquisición de los bonos emitidos por ésta, pero esto fue fruto de algo que ocurrió con posterioridad al préstamo concedido por [redacted] ; en la fijación de las

mismas ya no intervino directamente el demandado como administrador de esta última, pues había otra persona designada al efecto, el Sr. XXXX (que en esa competencia no estaba bajo dependencia del demandado), que se ocupó de ello, aunque parece claro que lo hizo siguiendo la política que se le indicó desde , en concreto, desde el departamento que controlaba el presidente del consejo de administración de la misma, que se ha desvelado como el cerebro y director de esta operación. Por otro lado, de lo que sí podía ser consciente el demandado era del buen resultado de otras operaciones efectuadas con la filial a impulso del departamento de estrategia corporativa supervisado por el presidente del consejo (como se reseña en el dictamen pericial emitido por el Sr. XXXX la sociedad dependiente efectuó inversiones en acciones que acabaron reportando en 2007 una plusvalía de más de 21 millones de euros). Además, los términos de valoración de esa operación, que necesariamente deberían tener como referencia el tiempo en el que se efectuó y no su evolución posterior (sujeta a los avatares de toda inversión financiera), no necesariamente tienen que ser la comparación con otras posibles alternativas inversoras que pudiera ofrecer el tráfico mercantil, sino que resultaban relevantes las expectativas concretas que en tenían depositadas en ella. El hecho de que en ésta, con acierto o no desde el punto de vista técnico contable, se hubiera venido contabilizando la inversión en bonos como un activo financiero a corto plazo es un indicio de que, en efecto, la expectativa era de rápida recuperación de la misma (pese a ser, formalmente, a diez años). Otra cosa es que, luego, los proyectos obtengan en la práctica el resultado apetecido (o incluso se tuerzan porque alguien interfiera en ellos, ya de modo sobrevenido o previamente concebido por dicho sujeto, de lo que sólo a éste incumbiría responder), lo que nadie puede asegurar. Ser consciente de que se asume un cierto riesgo al invertir fondos sociales, a precio de mercado, en un préstamo a una entidad participada, que puede luego asumir otro grado distinto de riesgo en el empleo de esos fondos, no necesariamente tiene que considerarse como un comportamiento de modo inadecuado en el mundo de la empresa (como se recoge en el dictamen Sr. XXXX la depreciación de los bonos , en los que invirtió el préstamo de , no fue en modo alguno algo meteórico, sino que todavía a 31 de diciembre de 2008, es decir, prácticamente dos años después de la inversión indirecta por parte de , la minusvalía, sujeta además a una posible evolución en sentido contrario, no debía considerarse significativa). Que el demandado, en función de consideraciones como las expuestas, no viese la necesidad de desplegar ninguna actividad en contra de la operación, en cuya gestión, insistimos, no tuvo parte ni en su impulso ni en su ejecución, puede ser comprendido como una conducta no desajustada al cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo. Además, no se ha

demostrado que hubiese trascendido entonces ningún motivo de peso para que considerara que el Sr. XXXX tuviera que haber sido consciente de que pudiera mediar algún tipo de conflicto de intereses por parte del presidente, Sr. XXXX , en relación con este asunto, ni que hubiera ninguna razón para representarse la posibilidad de que mediase irregularidad alguna en la iniciativa impulsada por aquél. Tampoco cabría acudir a acontecimientos posteriores a su salida del cargo (como la no reclamación de intereses por parte de) para enjuiciar la conducta

En una entidad del volumen de puede ser entendible la conducta del consejero-delegado Sr. XXXX , al que no se le puede reprochar que otro miembro del consejo pudiera estar impulsando una operación guiado por intereses propios, sobrepuestos a los sociales, desconocidos para otros consejeros; esto último no está siendo aquí objeto de enjuiciamiento, ya que existen otros litigios paralelos en los que se está demandando a otros miembros del consejo en función de lo que a ellos les pueda resultar imputable. La regla de la solidaridad en la responsabilidad de los miembros del consejo de administración (artículo 133.3 del [TRLSA \(RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206\)](#) -vigente artículo 237 del TRLSC) por la realización de actos o adopción de acuerdos lesivos tiene sus límites y ha de comprenderse bien el sentido de los mismos. En concreto, cuando la ley señala como uno de ellos la oposición por parte del consejero a la realización del acto o a la adopción del acuerdo en los que no hubiera tenido intervención, habrá de entenderse que ello debería haberse producido por su parte en la medida en que concurrieran razones de peso para que entonces debiera, necesariamente, haberlo hecho, porque de lo contrario podría comprenderse su conducta omisiva (no se olvide que el postulado general de la responsabilidad - artículo 133.1 del TRLSA , luego artículo 236.1 del TRLSC- se asienta sobre la obligación de actuar con arreglo a los deberes propios del cargo, lo que entraña obrar con diligencia y lealtad hacia la sociedad y que el grado demostrado para el respeto de éstas no puede examinarse al margen de las circunstancias concretas de cada caso).

En el caso del Sr. XXXX , es un dato reconocido que llegó a tener noticia de la operación, pero el que no reaccionase en contra de la salida de los fondos se explica, de modo razonable, porque, dado el contexto en el que se produjo y el modus operandi habitual en el seno de la empresa, no se revelaron señales de alarma de entidad suficiente como para prevenirle en contra de ella. Es importante tener presentes planteamientos realistas a la hora de enjuiciar lo que constituye el razonable grado de cumplimiento por parte de los administradores de los deberes inherentes a su cargo, especialmente cuando el reproche lo es el haber incurrido en una conducta omisiva, pues de lo contrario podría llegarse al extremo de convertir en puramente objetiva la responsabilidad exigible a los mismos, lo que consideramos

ajeno al modo en el que legalmente ha venido siendo configurada tal institución jurídica. Por lo tanto, coincidimos con la resolución de la primera instancia en que el reproche que se dirige en contra del administrador social Sr. XXXX (tanto como consejero- delegado, como miembro que era del consejo de administración de) no está justificado como para poder soportar una imputación de responsabilidad como la que se sostenía por la parte actora.

SÉPTIMO

Referencia al resto de las premisas de la acción ejercitada.

Coincidimos con la resolución apelada en que fallando el requisito de la apreciación de una acción culpable que sea imputable al demandado resulta innecesario abordar el análisis de las demás premisas ineludibles para poder imputar la responsabilidad que se exigía al administrador social (en concreto, la producción de un daño patrimonial a la sociedad evaluable económicamente y la existencia de un nexo causal entre el éste y el acto origen del mismo). Es más, pese a que ello fue objeto de especial polémica por parte del demandado durante la primera instancia, la parte apelante debía ser plenamente consciente de que el debate podía morir sin el análisis de esos aspectos, ya que en cuanto a ellos se limitó en su escrito de recurso a remitirse a lo que figuraba en la demanda. Ello releva a este tribunal de tener que efectuar ninguna consideración al respecto.

OCTAVO

Costas.

Imponemos a la entidad apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia, tal como se deriva del nº 1 del [artículo 398](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) que debe hacerse en los casos de decisión desestimatoria del recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

F A L L O

1º

Desestimamos la solicitud de suspensión del presente proceso ante el alegato de prejudicialidad penal efectuado por la representación de

2º

Rechazamos la admisión de la documentación presentada por la representación de

consistente en copias de sendas sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián) y por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

3º

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de ontra la sentencia dictada el 6 de mayo de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en sede del juicio nº 387/2010.

4º

Imponemos a la mencionada parte apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia

Contra la presente sentencia las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.