



Roj: **STS 4586/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4586**

Id Cendoj: **28079110012021100860**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2021**

Nº de Recurso: **986/2019**

Nº de Resolución: **889/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 11, 26-06-2017 ,  
SAP M 18520/2018,  
STS 4586/2021**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

**Sentencia núm. 889/2021**

Fecha de sentencia: 21/12/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 986/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 986/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

**Sentencia núm. 889/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 21 de diciembre de 2021.



Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid. Es parte recurrente Carlota , representada por el procurador José Carlos García Rodríguez y bajo la dirección letrada de Antonio Tello Martín; y Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia , representados por el procurador José Carlos García Rodríguez y bajo la dirección letrada de Pascual Pérez Ocaña y Carina Sáez Quillard. Es parte recurrida Emilio , Ezequiel y Ofelia , representados por la procuradora María de Villanueva Ferrer y bajo la dirección letrada de Alicia García Moreno y Carlos Tobías Rodríguez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador José Carlos García Rodríguez, en nombre y representación de Apolonio , Arturo , Baltasar , Carlota , Bernardino y Florencia , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, contra Ezequiel , Ofelia y Emilio , para que se dictase sentencia por la que:

"A) Se declare:

"- La responsabilidad social de los consejeros de General de Docencia y Enseñanza S.A. D. Ezequiel , Doña Ofelia y D. Emilio , en el perjuicio patrimonial que con sus actos han ocasionado a dicha sociedad.

"- El cese de los tres demandados, o de cualquiera de ellos que ocupen actualmente algún puesto, como consejero, en el Consejo de administración de la sociedad General de Docencia y Enseñanza S.A.

"B) Se condene solidariamente a los demandados D. Ezequiel , Doña Ofelia y D. Emilio :

"1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

"2.- A pagar, con carácter solidario, a la sociedad General de Docencia y Enseñanza S.A. las siguientes cantidades:

"- Trescientos cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un mil euros cincuenta (353.981,00 €), indebidamente abonados a D. Ezequiel .

"- Quinientos setenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y dos euros con cincuenta céntimos 574.492,50 €, indebidamente abonados a Doña Ofelia .

"- Ciento quince mil ciento cincuenta y nueve euros con setenta y ocho céntimos (115.159,78 €), indebidamente abonados a la sociedad Sequeira y Fernández Jardinería y Servicios S.L.

"- Sesenta y tres mil trescientos setenta y cuatro (63.374 €), indebidamente abonados a D. Emilio .

"- Quinientos cincuenta y tres mil doscientos setenta y seis euros con veintiocho céntimos (553.276,28 €) indebidamente abonados a los socios de la sociedad.

"- Ciento cincuenta y cuatro mil trescientos dieciséis euros con noventa y cinco céntimos (154.316,95 €), indebidamente abonados al socio D. Romulo .

"- Seiscientos mil euros (600.000 €) del préstamo solicitado y obtenido del Banco Popular, más los intereses abonados, por causa de dicho préstamos, al referido Banco.

"- Los intereses legales de todas las cantidades anteriores desde la interposición de la demanda hasta el completo pago de las mismas.

"Asimismo se condene a los demandados al pago de todas las costas procesales".

2. La procuradora María de Villanueva Ferrer, en representación de Ezequiel , Ofelia y Emilio , contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"Por la que se desestime la demanda, absolviendo libremente a los demandados de los pedimentos de la demanda, condenando a los demandantes en costas por su temeridad en plantear aquella".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Madrid dictó sentencia con fecha 26 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por D. Apolonio , D. Arturo , D. Baltasar , D.<sup>a</sup> Carlota , D. Bernardino y D.<sup>a</sup> Florencia contra D. Ezequiel , D.<sup>a</sup> Ofelia y D. Emilio .



"Con condena en costas de la parte demandante".

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia ; y la representación procesal Carlota

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 14 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Apolonio , D. Arturo , D. Baltasar , D. Bernardino y D<sup>a</sup> Florencia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en el seno del procedimiento nº 540/2014. E imponemos a la parte apelante las costas derivadas de la segunda instancia.

"2º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Carlota contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en el seno del procedimiento nº 540/2014. E imponemos a la parte apelante las costas derivadas de la segunda instancia".

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos de casación*

1. El procurador José Carlos García Rodríguez, en representación de Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia , interpuso recurso de casación ante la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción del artículo 7.1 del Código Civil, que consagra la buena fe como principio general del derecho y por infracción de la doctrina de los actos propios y la jurisprudencia que la interpreta ( Sentencia del Pleno del T.S. de 19 de septiembre de 2013 y Sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 27 de febrero de 2014, entre otras muchas).

"2º) Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 236 y 237 de la Ley de Sociedades de capital ( art. 133.1 y 133.3 del Real Decreto legislativo 1664/1989 de 22 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas) en relación con los artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de capital ( art. 127 y 127 bis del Real Decreto legislativo 1664/1989 de 22 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas).

"3º) Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción del artículo 239.2 de la Ley de Sociedades de capital".

2. El procurador José Carlos García Rodríguez, en representación de Carlota , interpuso recurso de casación ante la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 239 Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital.

"2º) Infracción del art. 238.2 Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital.

"3º) Infracción del art. 226 Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital".

3. Por diligencia de ordenación de 8 de febrero de 2019, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) tuvo por interpuestos los recursos 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.

4. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Carlota , representada por el procurador José Carlos García Rodríguez y Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia , representados por el procurador José Carlos García Rodríguez; y como parte recurrida Emilio , Ezequiel y Ofelia , representados por la procuradora María de Villanueva Ferrer.

5. Esta sala dictó auto de fecha 7 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dña. Carlota contra la sentencia dictada con fecha 14 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación número 198/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario número 540/2014, del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid.

"2.º) Admitir el primer motivo del recurso de casación interpuesto por parte de representación procesal de D. Apolonio , D. Bernardino , D. Arturo , D. Baltasar y Dña. Florencia contra la sentencia dictada con fecha 14 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación número



198/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario número 540/2014, del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid.

"3.º) Inadmitir los motivos segundo y tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Apolonio , D. Bernardino , D. Arturo , D. Baltasar y Dña. Florencia contra la sentencia dictada con fecha 14 de diciembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación número 198/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario número 540/2014, del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid".

6. Dado traslado, la representación procesal de Emilio , Ezequiel y Ofelia presentó escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2021, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. En la demanda que inició el presente procedimiento, en julio de 2014, se ejercitaba una acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad General de Docencia y Enseñanza, S.A. (GEDOENSA), Ezequiel , Ofelia y Emilio .

GEDOENSA se había constituido en el año 1989 y era titular de un colegio, llamado Cumbre.

En julio de 2014, cuando se interpuso la acción social de responsabilidad, los demandantes eran titulares de acciones que representaban el 27,89% del capital social: Apolonio , el 5 %; Arturo , el 6,66 %; Baltasar el 6,66 %; Carlota , el 6,25 %, Bernardino , el 1,66 %; y Florencia , el 1,66 %.

La acción social de responsabilidad contra los administradores de GEDOENSA se fundaba en que durante el periodo comprendido entre mayo de 2009 y octubre de 2012 los administradores habían transferido a sus propias cuentas o a cuentas vinculadas determinadas cantidades sin causa que lo justificara: 353.981 euros a favor de Ezequiel ; 574.492 euros directamente favor de Ofelia y 115.159,78 euros a través de una sociedad; y 63.374 euros a favor Romulo . Y también en que habían endeudado a la sociedad al recabar un préstamo bancario de 600.000 euros, destinados a seguir realizando la salida indebida de fondos sociales en beneficio de determinados socios o administradores sociales.

2. Los hechos que fundaron el ejercicio de esa acción y que sustancialmente no han sido contradichos son:

A) En febrero de 2009 , Ofelia y sus hijos, así como Carlota , ante la sospecha de que quienes entonces eran administradores de GEDOENSA ( Ezequiel , Apolonio y Arturo ) percibían remuneraciones que no les correspondían, presentaron una querrela frente a dichos administradores.

B) El 20 de mayo de 2009, las familias Emilio Ezequiel y Ofelia , que representaban el 58,73% del capital social, así como Apolonio y Arturo , firmaron un acuerdo de socios en el que se pactó que Ofelia desistiría de la querrela a cambio de:

i) la renovación del consejo de administración, del que deberían cesar Apolonio y Arturo , y debía nombrarse a Ofelia vicepresidenta.

ii) el reconocimiento de una serie de derechos económicos a los socios. En concreto:

\* Se seguiría abonando una retribución de 7.407 euros mensuales por servicios prestados a la sociedad a Ezequiel , Apolonio y Arturo .

\* Se abonaría una retribución de 7.407 euros mensuales a Ofelia que, a partir del acuerdo, pasaría a desempeñar una labor en el departamento de compras de la empresa. Asimismo, se le abonaron 140.140 euros, importe equivalente a las retribuciones percibidas hasta la fecha por Ezequiel , Apolonio y Arturo .

\* Por último, se reconoce a Carlota , Baltasar y Delia , el derecho a percibir una retribución de 3.000 euros mensuales, con efectos retroactivos a contar desde octubre de 2007 hasta marzo de 2009, en sustitución de una bonificación mensual que la compañía acordó pagar a cada familia de socios en vida de Jenaro ,

C) El 28 de julio de 2009, se celebró una junta general extraordinaria de GEDOENSA y, posteriormente, ese mismo día, una sesión del nuevo consejo de administración. En estas reuniones, se ratificaron los nombramientos pactados en el acuerdo de 20 de mayo de 2009. En concreto, se hicieron los siguientes nombramientos:



- \* Presidente: Ezequiel
- \* Vicepresidente: Ofelia
- \* Secretario: Carlota
- \* Vocal: Emilio .

D) Con posterioridad a dichos nombramientos y tras una serie de desacuerdos entre los demandantes y los socios mayoritarios, se iniciaron conversaciones entre las partes, que concluyeron con un nuevo acuerdo de socios, el 26 de octubre de 2010 . En dicho acuerdo se pactó, entre otros extremos, lo siguiente:

- i) La creación de una comisión fiscal contable compuesta por dos miembros ( Bernardino y Pedro ).
- ii) Resolver y dejar sin efecto "todos los contratos y acuerdos celebrados entre los socios y/o entre partes anteriores al presente acuerdo".
- iii) Todos los socios percibirían unos ingresos periódicos conforme a sus porcentajes sociales y a cuenta de beneficios, cuyos importes se fijarían por el consejo de administración, previo informe de Bernardino y Pedro que formaban la comisión fiscal contable. En concreto se establece que:

"A los efectos de que el Consejo de Administración pueda dar cumplimiento a cuanto han acordado los socios en el apartado precedente, la Comisión formada por los Sres. Bernardino y Pedro , elaboraran un estudio económico-financiero de la sociedad y un presupuesto de ingresos y gastos (incluidas las inversiones que eventualmente sean necesarias), en el que se incluirá la cantidad que, una vez deducidos todos los gastos del Colegio Cumbre, quedará a disposición del Consejo de Administración, el cual debe darle, necesariamente el siguiente destino:

"- el 70% de dicha cantidad, se destinará al pago de los beneficios a cuenta que percibirán los socios proporcionalmente a su participación accionarial y a que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

"- el 30% de dicha cantidad destinada el Consejo de Administración a la contratación de servicios o prestaciones que requiera el funcionamiento de la actividad docente de la sociedad.

"Las funciones retribuidas que los socios y administradores puedan desarrollar para la sociedad, deberán ser abonadas con cargo al 30% antes referido y en ningún caso tendrán preferencia en relación a los pagos a cuenta de beneficios que deberán percibir los socios.

"Lo aquí establecido tiene carácter expreso de obligación para el Consejo de Administración establecido por el 100% del capital social de la sociedad GEDOENSA".

- iv) Se acordó el nombramiento de Bernardino como consejero en representación de la minoría.

E) Los demandantes alegaron que estos acuerdos no fueron respetados por los demandados que "continuaron utilizando y disponiendo de los fondos sociales faltando a la ley, los estatutos y los acuerdos alcanzados" hasta que, en el año 2012, Apolonio , Carlota y Bernardino accedieron al consejo de administración y acordaron, en la reunión de 12 de noviembre de 2013, solicitar un informe pericial económico sobre las remuneraciones a los socios. En el acta consta lo siguiente:

"Para poder tomar las medidas necesarias, el Consejo acordó proponer a la entidad UNIVER AUDIT la realización de un dictamen pericial, en el que se concluya sobre las siguientes cuestiones:

"a) Cantidades percibidas por todos los socios o sociedades vinculadas con ellos, desde el mes de mayo de 2009 hasta el mes de noviembre de 2012.

"b) Concepto o conceptos en los que se fundamenta la percepción de las cantidades percibidas por los socios, especificando si se trata de relación laboral o de relación privada de prestación de servicios o de dividendos a cuenta y, en este último caso, si en las Cuentas Anuales de los ejercicios económicos afectados, se ha dado cumplimiento a los requisitos que para ello exige el artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital.

"c) Si existen pagos justificados a los diversos socios y, en su caso, si han sido incluidos en las correspondientes declaraciones de IVA e IRPF, con indicación de las fechas de pago al socio y la fecha en que fueron incluidos en las liquidaciones tributarias o deberían haber sido declarados.

"d) Que responsabilidades y consecuencias fiscales tiene, para el colegio, el que se hayan realizado pagos a los socios, sin haber sido declarados a la agenda tributaria.

"Para el caso de que no exista justificación ni contable ni societaria alguna para la percepción por los socios de las cantidades recibidas, deberán expresar en el dictamen - según su leal saber y entender - si dichas cantidades deberían ser reintegradas al activo de la sociedad".



El informe pericial económico elaborado por Univer Audit concluyó lo siguiente:

i) Entre los meses de mayo de 2009 y noviembre de 2012, la sociedad había transferido a los administradores y los socios la cantidad total de 2.359.875,93 euros. En concreto, el dictamen pericial concluyó que las percepciones no justificadas de los accionistas eran las siguientes:

\* 353.981,00 € indebidamente abonados a Ezequiel

\* 574.492,50 € indebidamente abonados a Ofelia

\* 115.159,78 € indebidamente abonados a la sociedad Sequeira y Fernández Jardinería y Servicios, S.L.

\* 63.374 € indebidamente abonados a Emilio .

\* 553.276,28 € indebidamente abonados a los socios.

ii) Estas cantidades carecían de justificación, pues no podían considerarse dividendos a cuenta por no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 227 LSC y por no guardar relación las cantidades percibidas por los socios con sus respectivas participaciones en el capital social.

iii) los administradores de la sociedad estaban obligados a devolver a la sociedad las cantidades percibidas con los intereses correspondientes.

**3.** La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En primer lugar entendió que como los pagos se hicieron en cumplimiento de los acuerdos de socios de 20 de mayo de 2009 y 26 de octubre de 2010, no podían ser considerados arbitrarios, ni tampoco contrarios a la ley, los estatutos o que se hubieran realizado sin la diligencia debida. Y añadió:

"Cuestión distinta es que exista una discrepancia de los socios minoritarios en cuanto al contenido de dichos pactos, en cuyo caso los dos socios minoritarios que no han participado en los mismos deberían hacer es atacar los mismos. Asimismo, es posible que exista, como parece desprenderse del escrito de demanda un desacuerdo en cuanto a la periodicidad de los pagos efectuados o su cuantía, pero si así es, lo procedente no es el ejercicio de una acción social dirigida a que los administradores reintegren a la sociedad la totalidad de los pagos efectuados a los socios (incluyendo los pagos a los socios demandantes), sino que debería entablarse una acción exigiendo el cumplimiento de los citados pactos parasociales.

"Además de no considerarse acreditada la antijuricidad de la conducta de los demandados, se ha de señalar la improsperabilidad, por razones evidentes, de la solicitud de condena a los administradores demandados a restituir a la sociedad cantidades que se han abonado y percibido por terceros socios, incluso por los propios demandantes, puesto que de hacerse así, se produciría un enriquecimiento injusto. Si los socios demandantes discrepan con las cantidades que se han venido distribuyendo entre los socios lo que han de hacer es solicitar su restitución, restitución que han de efectuar los socios que las percibido (sic) y no sólo los demandados por su mera condición de administradores.

"Por último, se ha de señalar la mala fe de los demandantes en el ejercicio de la acción de responsabilidad habida cuenta que; en primer lugar, ellos mismos han venido percibiendo dichas remuneraciones sin que conste su oposición a recibir dichos pagos y en segundo lugar, todos ellos (salvo D<sup>a</sup>. Florencia y D. Bernardino) acordaron distribuir una serie de cantidades entre los socios y, en consecuencia, autorizaron a los demandados a efectuarlas".

**4.** La sentencia fue recurrida en apelación por los demandantes, mediante dos recursos, uno formulado por Carlota , y el otro formulado por el resto de los demandantes. La Audiencia desestima ambos recursos. Entre las conductas imputadas a los demandados, por las que se exige responsabilidad, distingue entre los pagos realizados a socios y administradores, y el préstamo solicitado de 600.000 euros.

En cuanto a los pagos, después de analizar los acuerdos de socios y de los órganos sociales de 2009 y 2010, el contexto de las disposiciones dinerarias, concluye:

"Este tribunal considera que el modo en el que se han gestionado los pagos en el seno de la entidad GEDOENSA puede no resultar modélico, pues las cosas podrían haberse hecho de un modo más ortodoxo (a través de la fijación de las correspondientes reglas estatutarias y deslindando, mejor y con más claridad, entre pagos por prestación de servicios, pluses justificados por determinadas circunstancias y puro reparto de beneficios sociales). Pero tampoco cabe obviar cuál era la realidad social subyacente, proclive a la realización de los pagos a administradores y a socios que prestasen alguna clase de servicios para la actividad social. Si el problema estribase en que los demandantes considerasen que, en su condición de socios minoritarios, han sufrido algún agravio o discriminación, la respuesta no podría serlo el ejercicio de la acción social de responsabilidad, pues ello no habrá conllevado daño para la sociedad, sino, en su caso, para socios concretos.



"Por otro lado, aunque los actores pretenden escudarse en la defensa del interés social, su actuación entraña una evidente contradicción con un *modus operandi* practicado de modo prolongado en el seno de GEDOENSA que data de tiempo atrás y en un estado de cosas previo al mandato de los demandados, cuyo mantenimiento, lejos de ser discutido, ha sido consensuado en sucesivos acuerdos sociales y de socios, en los que los propios demandantes fueron partícipes y que éstos no han cuestionado en la medida en que les han beneficiado. No sólo es que no han ofrecido la restitución de lo que ellos mismos han cobrado gracias a ese modo de actuación, es que se permiten el lujo, además, de cuestionar que se pagase un importe alto al socio Sr. Romulo, que presta servicios como profesor para la demandante, cuando está reconocido que este mismo trato es el que se estuvo dispensando a los demandantes D. Apolonio y D. Arturo, cuando se hallaban en similares circunstancias, sin que ello fueran considerado por éstos, en su momento, como un motivo determinante de la producción de un perjuicio para la sociedad. Esa amnesia selectiva sólo puede ser valorada de modo desfavorable a las pretensiones de los actores por parte de este tribunal".

Por lo que respecta al préstamo, el tribunal razona:

"la obtención de dinero procedente de un préstamo bancario a favor de la sociedad GEDOENSA en modo alguno puede entenderse como un mecanismo que entrañe la causación de perjuicio a esta entidad. Se trata de uno de los mecanismos ordinarios del tráfico mercantil para financiar actividades empresariales y, en cualquier caso, el que alleguen fondos a una entidad no le puede perjudicar de ninguna manera.

"Otra cosa sería que los socios se quejasen de que con la operación se habría obligado a la sociedad a soportar una carga financiera desmedida o incluso innecesaria. Pero en ese caso el perjuicio nunca lo constituiría el principal del préstamo que recibe la sociedad, sino, en su caso, el montante de los intereses y de los gastos que acarree la operación".

5. Frente a la sentencia de apelación, Carlota interpone recurso de casación, que articula en tres motivos, y el resto de los demandantes también formulan recurso de casación sobre la base de otros tres motivos, de los que sólo ha sido admitido el primero.

**SEGUNDO.** Motivo primero del recurso de casación de Carlota

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 239 LSC.

En el desarrollo del motivo se razona que la acción social de responsabilidad se ejercitó al amparo del art. 239 LSC, en interés exclusivo de la sociedad, por haber actuado los administradores demandados en perjuicio de los intereses de la sociedad, al haber dispuesto de fondos sociales en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad. En la medida en que "la ley considera a la recurrente mandataria de la sociedad, mediante una representación extraordinaria *ope legis* (...) no cabe ser considerada su actuación de mala fe por su actuación como socia, pues lo contrario en realidad sería aplicar(le) los efectos del artículo 7 del CC". Y añade que "la argumentación de la sentencia recurrida, al considerar que la demanda de acción social de responsabilidad carecía de legitimación al constituir una acción fraudulenta por opuesta a la buena fe, estaría dando como buena la conducta de los administradores, representantes de la mayoría, y con ello dando como buena la conducta de estos, lesiva a los intereses de la sociedad".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero.* La acción social de responsabilidad fue interpuesta por la ahora recurrente, Carlota, junto con otros socios, que sumaban la participación social exigida por el art. 239 LSC para tener legitimación activa. Ni el juzgado ni la Audiencia han negado esta legitimación activa a los socios minoritarios demandantes.

En el planteamiento del motivo parece como si la sentencia de apelación hubiera apreciado la ilicitud de la conducta de los administradores demandados, pero no hubiera estimado la acción por considerar que los demandantes estaban deslegitimados para accionar por haber sido partícipes de los actos denunciados o destinatarios de los pagos.

Este planteamiento no se acomoda a la realidad. La Audiencia no ha llegado a calificar de ilícito orgánico el comportamiento de los administradores demandados. Es cierto que considera que "el modo en el que se han gestionado los pagos en el seno de la entidad GEDOENSA puede no resultar modélico, pues las cosas podrían haberse hecho de un modo más ortodoxo (a través de la fijación de las correspondientes reglas estatutarias y deslindando, mejor y con más claridad, entre pagos por prestación de servicios, pluses justificados por determinadas circunstancias y puro reparto de beneficios sociales)". Pero, a renglón seguido, sin perder de vista la práctica societaria, los acuerdos entre socios y los adoptados por la junta de socios, la Audiencia advierte:



"tampoco cabe obviar cuál era la realidad social subyacente, proclive a la realización de los pagos a administradores y a socios que prestasen alguna clase de servicios para la actividad social. Si el problema estribase en que los demandantes considerasen que, en su condición de socios minoritarios, han sufrido algún agravio o discriminación, la respuesta no podría serlo el ejercicio de la acción social de responsabilidad, pues ello no habrá conllevado daño para la sociedad, sino, en su caso, para socios concretos".

De tal forma que la sentencia recurrida aprecia que el comportamiento de los administradores demandados, en la medida en que se acomodaba a lo convenido por los socios y a los acuerdos sociales adoptados por unanimidad, no había lesionado el interés social. Lo que, por otra parte, no es objeto de este motivo, que se limita a denunciar la contradicción entre haber apreciado la existencia de un comportamiento de los administradores demandados antijurídico, y al mismo tiempo haber negado legitimación a los socios minoritarios por haber participado de una u otra forma en esa actuación.

Sin perjuicio de que la sentencia recurrida, además, afirme que los demandantes no pueden escudarse en la defensa del interés social, en la medida en que el comportamiento imputado a los administradores demandados respondía al *modus operandi* anterior, en el que habían participado algunos de los demandantes, y cuya continuación había sido "consensuada en sucesivos acuerdos sociales y de socios, en los que los propios demandantes fueron partícipes y que éstos no han cuestionado en la medida en que les han beneficiado". Esta descalificación de los demandantes se suma a lo argumentado antes por la Audiencia cuando aprecia que los pagos realizados "no responden a una mera derivación dineraria por una libérrima voluntad de los demandados con el fin de distraer activo del patrimonio social, sino que existen poderosas razones que explican que se haya podido producir esa disposición de fondos con destino a pagar a administradores y socios".

#### **TERCERO.** Motivo segundo del recurso de casación de Carlota

**1. Formulación del motivo segundo.** El motivo denuncia la infracción del art. 238.2 LSC. En el desarrollo del motivo se razona que la renuncia al derecho sustantivo que el art. 236 LSC reconoce a la sociedad "al resarcimiento del daño irrogado está regulado en el art. 238.2 LSC, que exige no sólo que el acuerdo se adopte en junta general, sin oposición de los socios minoritarios, sino que ese acuerdo esté justificado en interés de la propia sociedad". Y, más adelante, añade la interpretación que hace la sociedad, al negar legitimación a los demandantes por su conducta anterior opuesta a la buena fe, supondría entender que la sociedad habría renunciado al posible ejercicio de la acción de responsabilidad social contra los administradores, pero sin que dicha renuncia del derecho social a reclamar el perjuicio se hubiera hecho siguiendo los trámites exigidos por el artículo 238.2 de la LSC, así como tampoco, se hubiere justificado que esa renuncia se ha hecho con justa causa para ello".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo segundo.** El motivo encierra una petición de principio. Presupone que la acción social de responsabilidad ha sido desestimada, en aplicación del art. 238.2 LSC, por haber existido un acuerdo de la junta general de renuncia al ejercicio de la acción, cuando no ha sido así. Una cosa es que la Audiencia no aprecie la ilicitud del comportamiento de los administradores, al realizar los pagos a socios y administradores, en la medida en que se acomodaba a lo convenido por los socios y lo acordado por la junta general por unanimidad, y otra muy distinta es pretender, como hace la recurrente, que con ello en realidad se desestimaba la acción porque habría habido una renuncia de la sociedad al ejercicio de la acción.

#### **CUARTO.** Motivo tercero del recurso de casación de Carlota

**1. Formulación del motivo tercero.** El motivo denuncia la infracción del art. 226 LSC. En el desarrollo del motivo argumenta que "el deber de lealtad del administrador social es de carácter imperativo, haciéndole responsable por actos contrarios a la ley y los estatutos que causen daños a la sociedad. Fuera de las causas de exoneración previstas en el art. 237 LSC, no es posible apreciar ninguna otra, tampoco, como hace la sentencia recurrida, que la actuación de los socios minoritarios accionantes fuera contraria a la buena fe del art. 7 del Código Civil".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo tercero.** En primer lugar, conviene advertir que el precepto que se denuncia infringido, el art. 226 LSC, se corresponde con la redacción aplicable al caso, que es la anterior a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modificó la regulación de los deberes de diligencia y lealtad contenida en la Ley de Sociedades de Capital. El precepto prescribía lo siguiente:

"Los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos".

Esta cláusula general ha sido desplazada por La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, al apartado 1 del art. 227 LSC, con la siguiente redacción:



"1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".

La jurisprudencia sobre lo que debe entenderse por interés social, estando ya en vigor el art. 226 LSC con la redacción aplicable e invocada en el recurso, fue compendiada por la sentencia 991/2011, de 17 de enero de 2012.

Esta sentencia, con cita de la sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, tras poner de manifiesto que no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", en atención a las clásicas posiciones enfrentadas entre los defensores de las teorías institucionalista y contractualista, reseña los casos en que con anterioridad la sala había referido el interés social al interés común de los socios:

"(...) la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios"; la 825/1998 de 18 de septiembre, reproduciendo la de 19 febrero 1991, (...) lo hace a que "no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social"; la 193/2000, de 4 de marzo, a que "para que un acuerdo sea impugnado es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios); la 1086/2002, de 18 de noviembre, a que "ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios"; la 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que "éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"; y la 400/2007, de 12 de abril, a que "[e]l interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados (sentencias de 29 de noviembre de 2002 y 20 de febrero de 2003), sino el común a todos ellos (sentencias de 11 de noviembre de 1983, 19 de febrero de 1991, 30 de enero de 2001 y 29 de noviembre de 2002), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto", dando a entender que, dentro del respeto a la sociedad institución, se permite la heterointegración del pacto societario, de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil, que veta comportamientos contrarios a la buena fe".

Y, a continuación, ilustra cómo el interés social, referido al interés del conjunto de los socios (suma de los intereses particulares de los socios), exige también el respeto razonable a los intereses de la minoría:

"Por ello, la sentencia 1086/2002, de 18 de noviembre, se refiere a la "proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios" y, la referida sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, a que "los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría (...)".

**3.** El motivo tercero presupone que ha existido una infracción de los deberes de lealtad que, por su carácter imperativo, no puede eximirse de responsabilidad a los administradores por la falta de buena fe de los demandantes. Pero no se cumple este presupuesto, pues el tribunal de instancia, sin perjuicio de negar buena fe a los demandantes, no aprecia una contravención de los deberes de lealtad.

El deber de lealtad, tal y como estaba formulado en el art. 226 LSC, en la versión aplicable al caso, obliga a los administradores a desempeñar sus funciones en interés de la sociedad.

En un supuesto como el presente, en que el tribunal de instancia declara que los pagos realizados por los administradores se acomodaban a los pactos alcanzados entre los socios y también a los acuerdos adoptados en la junta general, aunque en la forma de realizarse no se ajustaran a las normas legales y estatutarias sobre reparto de beneficios y retribución de los servicios prestados por algunos socios a la empresa (un colegio) explotada por la sociedad, la apreciación del tribunal de instancia de que no se lesionaba el interés social no es errónea.

En una sociedad de capital, el interés social, aunque no se agote en el interés propio de sus socios, viene en gran medida conformado por dicho interés. No en vano, la sociedad tiene una connatural finalidad económica (lucro), que presidió su constitución y el desarrollo de su actividad, y que ordinariamente redundaba en beneficio de sus socios. Lo anterior no impide que al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, pueda hablarse de un interés de la propia sociedad. Este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos, y por eso la jurisprudencia referencia el interés social al interés del conjunto de los socios.

Como se ha apuntado en la doctrina, a los efectos de la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de diligencia, basada en la cláusula general del art. 226 LSC (actual artículo 227 LSC), lo relevante es que



los administradores se abstengan de anteponer su interés personal al de la sociedad, que en principio viene configurado por el interés del conjunto de los socios.

Lógicamente esta consideración viene enmarcada por un límite, que la conducta de los administradores, respondiendo a lo que había sido convenido por los socios, no perjudique legítimos derechos de terceros, como podrían ser los de los acreedores que podrían verse afectados por la insolvencia a la que pudiera conducir esa práctica de retribuciones, en la medida en que minara gravemente la capacidad de pago o cumplimiento de sus obligaciones de la entidad. Todo lo cual es ajeno al enjuiciamiento requerido por el motivo de casación.

**QUINTO.** Recurso de casación de Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia

**1. Formulación del motivo primero.** El motivo denuncia la infracción del art. 7.1 CC, que consagra la buena fe como principio general del derecho y por aplicación de la doctrina de los actos propios y la jurisprudencia que la interpreta ( sentencias de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2013 y 27 de febrero de 2014).

En el desarrollo del motivo se argumenta que "la sentencia reconoce el daño ocasionado a la sociedad por los administradores, aunque también haga partícipes del mismo a los demandantes; reconoce que el cargo de administrador es gratuito; admite que ni los acuerdos de la junta, ni los pactos parasociales pueden haber amparado la actuación de los administradores; afirma que el modo en el que se han gestionado los pagos en el seno de la entidad GEDOENSA puede no resultar modélico, pues las cosas podrían haberse hecho de un modo más ortodoxo y confiesa que le ha resultado costoso plantearse la posibilidad de imponer condenas dinerarias a los administradores sociales". Y añade que "todos los hechos que configuran la responsabilidad social imputada a los administradores concurren, en este caso. Sólo el manto protector constituido por el principio general de la buena fe (doctrina de los actos propios), que sobre tales hechos extiende la sentencia ha posibilitado al juez a quo la desestimación de la acción ejercitada".

Y más adelante, vuelve a insistir en que "la sentencia no discute los hechos esenciales acreditados en el proceso. Los admite, pero fundamenta la decisión en la carencia de buena fe que imputa a los demandantes ( art. 7.1 CC). Se apoya así en un principio general del derecho para omitir la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) reguladoras de la responsabilidad de los administradores".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo primero.** Como hemos hecho al contestar al motivo tercero del otro recurso de casación, hemos de advertir que la sentencia recurrida, si bien comienza resaltando la ausencia de buena fe de los demandantes al ejercitar la acción social de responsabilidad, la razón por la que confirma su desestimación no se basa exclusivamente en tal ausencia de buena fe.

La Audiencia dedica el fundamento cuarto de su sentencia a justificar por qué los demandantes carecen de buena fe para ejercitar esa acción de responsabilidad, en la medida en que ellos mismos o han participado en la conducta denunciada o se han visto directamente beneficiados, en cuanto que han sido destinatarios de alguno de los pagos, a la par que pone en evidencia las paradojas de la demanda, entre las que destaca: que algunos de los demandantes han sido miembros del consejo de administración durante los periodos temporales en que se realizaron los pagos que se tachan de indebidos; y que al daño que se denuncia causado a la sociedad por los demandados, al efectuar pagos con cargo a los fondos sociales, habrían contribuido de alguna manera los propios demandantes al haber recibido parte de esos pagos y no haber hecho nada efectivo para devolver ese dinero al patrimonio social.

Pero la Audiencia después de hacer "estas reflexiones generales que ensombrecen el modo de actuación de los demandantes", no deja de analizar a continuación la procedencia de la acción social de responsabilidad en los siguientes fundamentos jurídicos. De modo que si confirma la desestimación de la demanda es porque no aprecia que concurren los requisitos de la acción social de responsabilidad. En relación con los pagos, a la vista del contexto en que se produjeron esos movimientos, la sentencia recurrida declara que "no responden a una mera derivación dineraria por una libérrima voluntad de los demandados con el fin de distraer activo del patrimonio social, sino que existen poderosas razones que explican que se haya podido producir esa disposición de fondos con destino a pagar a administradores y socios". Y en relación con el préstamo de 600.000 euros, además de negar que hubiera conllevado la causación de un perjuicio a la sociedad, expresamente declara que el dinero fue destinado a pagar los impuestos pendientes y luego fue amortizado.

**SEXTO.** Costas

Desestimados los dos recursos de casación, se impone a los recurrentes el pago de las costas generadas por sus respectivos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



## FALLO

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

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Carlota contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 14 de diciembre de 2018 (rollo 198/2018), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de 26 de junio de 2017 (juicio ordinario 540/2014).

**2.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 14 de diciembre de 2018 (rollo 198/2018), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de 26 de junio de 2017 (juicio ordinario 540/2014).

**3.º** Imponer a Carlota las costas generadas por su recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

**4.º** Imponer a Apolonio , Arturo , Baltasar , Bernardino y Florencia las costas generadas por su recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

El Excmo. Sr. magistrado D. Juan María Díaz Fraile votó en sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo.

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

Así se acuerda y firma.