



Roj: **SAP M 11130/2023 - ECLI:ES:APM:2023:11130**

Id Cendoj: **28079370282023102147**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/07/2023**

Nº de Recurso: **578/2022**

Nº de Resolución: **488/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0232972

Materia: Acción social de responsabilidad. Cobro de cantidades por parte del administrador. Despido de trabajadores y traspaso de clientela.

ROLLO DE APELACIÓN: 578/2022

Procedimiento de origen: Procedimiento Ordinario nº 58/2019

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid

Parte apelante: A&G PRACTICA MERCANTIL SL

Procuradora: Dña. María del Valle Gili Ruiz

Letrado: D. Pablo Ureña Gutiérrez

Parte apelada: D. Argimiro

Procuradora: Dña. Ana Caro Romero

Letrado: D. Daniel Sáez Castro

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA (ponente)

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

SENTENCIA NÚM. 488/2023

En Madrid, a 4 de julio de 2023.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Gregorio Plaza González, D. José Manuel de Vicente Bobadilla y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 578/2022, los autos del procedimiento Ordinario nº 58/2019, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, el cual fue promovido por A&G PRACTICA MERCANTIL SL contra D. Argimiro, siendo objeto del mismo acciones en materia de acción social de responsabilidad.



Han sido partes en el recurso como apelante, A&G PRACTICA MERCANTIL SL y como apelada D. Argimiro ; todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de A&G PRACTICA MERCANTIL SL contra D. Argimiro , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que lo acompañan, lo admita, en nombre de quien comparece y ordene se entiendan con el procurador que esto suscribe las sucesivas actuaciones; tenga por formulada la presente DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO SOBRE ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, contra D. Argimiro , se le dé traslado al demandado del presente escrito, acuerde continuándose con los trámites del juicio ordinario y disposiciones contenidas en Ley de Enjuiciamiento Civil, y, previos los demás trámites legales oportunos, con recibimiento del presente pleito a prueba, se dicte sentencia por la que estimando íntegramente las pretensiones de mi representada:

1. *Declare la responsabilidad social del demandado, por los daños y perjuicios patrimoniales producidos a la actora, de una parte, como consecuencia de la disposición de fondos indebida realizada para su beneficio personal, así como por el daño causado a la sociedad por haber decidido, indebida e ilícitamente, y en contra de la voluntad mayoritaria de los socios de A&G, el cese de la actividad de esta, con el despido de su personal forzando con ello el cese de su actividad, y el trasvase del negocio en conjunto que venía realizando la actora prestando sus servicios a sus clientes con ese personal, desplazando dicha actividad y negocio a otra entidad por él controlada y administrada, en claro perjuicio para la actora.*

2. *Se condene al demandado a abonar la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (133.581,64 €), en restitución del daño patrimonial producido por la disposición indebida realizada para su beneficio personal, a la que anteriormente se hizo referencia.*

3. *Se condene al demandado a indemnizar a A&G en la suma que se determinará en la audiencia previa al juicio, en función del dictamen pericial emitido por el perito que solicitamos designe el propio Tribunal; o bien, subsidiariamente, en la suma de NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS DE EURO (99.699,40 €), por el lucro cesante dejado de obtener por la actora.*

4. *Se condene al demandado al pago de los intereses y costas que correspondan."*

SEGUNDO. - La parte demandada presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario y formuló asimismo reconvencción, con oposición de la demandada reconvenccional.

TERCERO. - Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 30/12/2021, cuyo fallo era el siguiente:

*"Que desestimando la demanda inicial seguida seguidos a instancia de la mercantil **A&G PRÁCTICA MERCANTIL, S.L. EN LIQUIDACIÓN**, representada por la Procuradora Sra. Rabadán Chaves y asistida del Letrado D. Pablo Ureña Gutiérrez; contra el demandado D. Argimiro , representado por la Procuradora Sra. Caro Romero y asistido del Letrado D. Daniel Sáez Castro; debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas, con imposición de las costas a la parte actora.*

*Que desestimando la demanda reconvenccional seguida seguidos a instancia del demandado-reconviniente D. Argimiro , representado por la Procuradora Sra. Caro Romero y asistido del Letrado D. Daniel Sáez Castro; contra la mercantil **A&G PRÁCTICA MERCANTIL, S.L. EN LIQUIDACIÓN**, representada por la Procuradora Sra. Rabadán Chaves y asistida del Letrado D. Pablo Ureña Gutiérrez; debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas, con imposición de las costas a la parte actora. "*

CUARTO. - Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de A&G PRÁCTICA MERCANTIL, S.L. se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

QUINTO. - Recibidos los autos en fecha 21 de marzo de 2022 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como la parte apelada.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 15 de junio de 2023.



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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel de Vicente Bobadilla, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: PLANTEAMIENTO DEL RECURSO. -

1.- A&G PRÁCTICA MERCANTIL, S.L., EN LIQUIDACIÓN (en adelante, A&G) fue constituida en fecha 6 de abril de 2001 con dos socios fundadores: don Demetrio , con un 99,75% del capital y don Argimiro , con un 0,25% del capital. Tras sucesivos cambios en el capital, actualmente hay seis socios, entre los que siguen figurando don Demetrio , con un 1,5% y don Argimiro con un 33%. Actualmente constan como socios, además, don Estanislao y doña Carmela , con un 20% cada uno de ellos; doña Casilda , con un 17,5% y doña Celestina , con un 8% del capital.

2.- En fecha 23 de julio de 2004, don Argimiro constituyó la sociedad TAXFINCO AUDIT S.L. (en adelante TAXFINCO).

3.- Don Demetrio fue administrador único de A&G desde su constitución hasta el 11 de noviembre de 2009. A partir de ese momento fueron designados administradores mancomunados don Argimiro y Carmela . Desde el 27 de septiembre de 2012, ocupó el cargo don Argimiro como administrador único.

4.- En fecha 19 de diciembre de 2014, fueron despedidas por cese de actividad las dos únicas trabajadoras de A&G. Se trataba de las economistas doña Estefanía y doña Celestina .

5.- En fecha 16 de enero de 2015, don Argimiro convocó junta extraordinaria para su celebración el 2 de febrero de 2015, en cuyo orden del día se encontraba su renuncia al cargo y la elección de nuevos administradores.

6.- El 20 de enero de 2015, la mercantil TAXFINCO fue transformada en sociedad profesional, figurando como socios profesionales don Argimiro y doña Demetrio .

7.- Llegado el día 2 de febrero de 2015, la junta extraordinaria de A&G no pudo celebrarse por falta de quorum.

8.-El día siguiente, 3 de febrero de 2015, don Argimiro otorgó escritura de renuncia al cargo. En fecha 13 de marzo de 2015, la inscripción registral fue suspendida por no constar la notificación fehaciente a la sociedad.

9.- El 8 de abril de 2015, don Argimiro ordenó una trasferencia de fondos desde una cuenta titularidad de A&G hasta una cuenta de su propiedad, por importe de 133.581,64€, por el concepto de "pago a cuenta". Este abono estaba soportado en la factura NUM000 de fecha 8 de abril de 2015.

10.- En fecha 28 de abril de 2015 se practicó la inscripción registral de la renuncia al cargo por parte de don Argimiro y su publicación en el BORME tuvo lugar el 8 de mayo de 2015.

11.- En fecha 21 de diciembre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid ordenó la disolución de A&G y nombró un liquidador judicial.

12.- En fecha 22 de octubre de 2018 se celebró Junta general extraordinaria de A&G en la que se acordó ejercitar la acción social de responsabilidad frente a don Argimiro .

13.- En fecha 19 de diciembre de 2018, A&G interpuso demanda contra don Argimiro en ejercicio de la acción social de responsabilidad prevista en los artículos 236 y 238 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC). La actora interesó una condena de 133.581,64€ por la disposición indebida de fondos; así como una indemnización a determinar pericialmente, o en su defecto por importe de 99.699,400€, en concepto de lucro cesante, por el despido de las dos trabajadoras y el traspaso de actividad a la entidad TAXFINCO.

14.- Don Argimiro reconvino al objeto de que A&G le abonase 117.085,15€ como consecuencia de determinada actuación tributaria, más 104.995,62€ correspondiente a honorarios pendiente de pago o alternativamente 118.426,44€ por el importe neto de la facturación previamente aportada por el reconviniente a la sociedad.

15.- La sentencia recaída en primera instancia desestimó tanto la demanda como la reconvención. En relación a la demanda, los motivos fueron los siguientes:

a) Aunque en el momento en que don Argimiro hizo la disposición impugnada ya había renunciado al cargo, mantenía sus deberes de representación y administración al menos hasta la inscripción del cese en el Registro Mercantil.



- b) La disposición realizada presenta una causa lícita y un objeto cierto porque don Argimiro tenía derecho a una retribución fija de 66.000€ en cada una de las anualidades de 2008 a 2014. Sin embargo, don Argimiro no había cobrado la totalidad de lo debido, dado que estaba pendiente de pago un total de 104.995,62€.
- c) Ambos socios fundadores, que actualmente encabezan dos bloques diferenciados, se dedican a la actividad de administración concursal. El litigio se enmarca dentro de una sociedad profesional en la que cada bloque de socios aporta sus respectivas designaciones y la entidad asume los costes y retribuye a los socios.
- d) Las empleadas de A&G realmente estaban al servicio de don Argimiro, por lo que su despido no determinó la inactividad de la sociedad, que era un simple vehículo jurídico para la facturación de los honorarios profesionales.
- e) Los socios fundadores no tenían compromiso de exclusividad por lo que cada uno actúa a través de otras sociedades profesionales y los clientes identifican y buscan los servicios del profesional.

16.- La reconversión se desestimó por las siguientes razones:

- a) Don Argimiro fue designado como administrador concursal en varios concursos, pero las designaciones se efectuaron y aceptaron a título individual. Por tanto, la facturación efectuada por A&G fue indebida, tal y como consta en resolución firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de junio de 2018. El pacto parasocial entre los socios relativo a su retribución no vincula a la sociedad. En consecuencia, la responsabilidad tributaria consiguiente debe ser soportada por don Argimiro, sin perjuicio de que se reformulen las cuentas anuales si sus ingresos permanecen en la sociedad.
- b) El importe reclamado en concepto de honorarios (104.995,62€) es debido, pero tal cantidad debe estimarse abonada por medio de la transferencia operada el 8 de abril de 2015.
- c) El importe de la facturación reclamada de modo alternativo (118.426,44€) tampoco se acepta porque no se explica convenientemente su importe y porque la determinación del saldo debe efectuarse en el marco global de la liquidación societaria.

17.- A&G está disconforme con la desestimación de la demanda, por lo que ha interpuesto recurso de apelación. En consecuencia, la desestimación de la reconversión ha quedado incólume.

SEGUNDO: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. -

1.- La parte apelada alega, como motivo de inadmisibilidad del recurso, que el escrito de apelación tiene 83 páginas, por lo que no respeta la extensión máxima de 25 folios que contempla el apartado 9 del acuerdo de 19 de septiembre de 2019 adoptado por la junta sectorial de magistrados de las secciones civiles generales y de la sección mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid, en consonancia con lo dispuesto en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017.

2.- La Sala 3ª del Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 775/2021 confirmó la legalidad del mencionado acuerdo, partiendo de que no contempla un deber procesal de inadmisión que deba ser necesariamente observado. Al respecto, la Sala tiene que evaluar la admisión del recurso, no tanto desde la mera constatación de la extensión excesiva, sino desde el punto de vista de su necesidad y del deseable ejercicio de la función jurisdiccional, siempre teniendo en cuenta la mejor prestación del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva.

3.- En el caso que nos ocupa, hubiera sido deseable que escrito del recurso tuviera una extensión más reducida. Sin embargo, no consideramos que ello haya supuesto un obstáculo serio al ejercicio de nuestra función. En esas circunstancias, una decisión de inadmisión sería extremadamente rigurosa y no estaría justificada desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva. En definitiva, se cumplen los requisitos del artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), por lo que el recurso debe ser admitido a trámite.

TERCERO: LA DISPOSICIÓN DE FONDOS POR IMPORTE DE 133.581,64€. -

1.- La acción social de responsabilidad entablada se sustenta, en primer lugar, en la disposición indebida de fondos por importe de 133.581,64€. El apelante resalta que don Argimiro tenía su mandato revocado cuando ordenó la disposición de fondos controvertida, porque previamente había formalizado su renuncia al cargo, aunque todavía estuviera pendiente de inscripción.

2.- Debemos advertir que, en este caso, la suspensión de inscripción registral trae causa de la falta de comunicación de la renuncia a la sociedad. Contrariamente a lo que parece deducirse del discurso del apelante, no es irrelevante que A&G conociera la renuncia. La renuncia, aunque es un acto unilateral, tiene carácter recepticio (v.gr. STS 667/2009 de 23 de octubre), por lo que sus efectos quedan diferidos al momento en que



- se comunica a la sociedad. Tampoco podemos presumir que la sociedad conociera la formalización de la renuncia, por mucho que don Argimiro hubiera convocado una Junta General con ese objeto.
- 3.- El apelante sostiene que, a partir de su renuncia, don Argimiro continuó como administrador de hecho. Este planteamiento realmente no avala la tesis de la entidad recurrente porque si don Argimiro actuó en esa condición, hemos de concluir, por hipótesis, que contaba con el respaldo de la sociedad, tal y como reiteradamente proclama la jurisprudencia (v.gr. STS núm. 226/2026 de 8 de abril, entre otras muchas).
- 4.- El propio ejercicio de la acción social de responsabilidad lleva implícito el reconocimiento de que el acto dañoso se realizó por el demandado en condición de administrador, pues en otro caso la acción no podría prosperar por falta de uno de sus requisitos básicos.
- 5.- El hecho de que la sociedad hubiese quedado inactiva en diciembre de 2014 no implica en modo alguno que la renuncia del administrador suponga la extinción inmediata de la mercantil. En esos casos, es obligación del administrador proceder a su ordenada disolución y liquidación, por lo que la sociedad no puede quedar sin representación "ipso iure" y de forma inmediata. También en tales casos, el administrador cesante debe realizar lo necesario para que la sociedad provea su sustitución y debe continuar atendiendo las necesidades de gestión y representación (v.gr. STS núm. 362/2021 de 25 de mayo).
- 6.- Afirma el recurrente que la disposición de fondos que se imputa al apelado no puede considerarse un acto ordinario de gestión y representación. En este punto incurre en una petición de principio porque parte del hecho de que tal disposición se ha hecho con infracción del deber de lealtad del administrador. Si no aceptáramos esa premisa, una disposición de fondos para el pago de una deuda sí sería un acto ordinario de gestión. Por tanto, hemos de continuar con el análisis para comprobar si estamos realmente ante un pago regular, que es lo que realmente determinara el éxito de la acción social de responsabilidad entablada.
- 7.- El apelante resalta que la sentencia recurrida incurre en un error cuando afirma que A&G era una sociedad profesional, pues es obvio que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada ordinaria. Es cierto que el juez "a quo" incurre en ese error (fundamento 5, apartado 2). Sin embargo esa mención debe considerarse matizada por lo que también afirma el juzgador: que la sociedad "funcionaba" como una sociedad profesional; o que la "affectio societatis" es "la propia" de una sociedad profesional, mediante el reparto de ingresos y clientes captados por los socios y la distribución de gastos.
- 8.- En realidad, el aspecto mencionado carece de la relevancia para la resolución de la cuestión controvertida en este apartado (sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente), pues en este caso no está en juego el ejercicio de derechos u obligaciones que son exclusivos de sociedades profesionales.
- 9.- La sentencia ahora impugnada declara que don Argimiro tenía derecho a una retribución fija en cada una de las anualidades de 2008 a 2014, que el demandado sólo había percibido parcialmente. La apelante admite al respecto (párrafo 213 del recurso) que la existencia de este pacto parasocial es un hecho no controvertido que se explicaba en la demanda (pág. 5) y en la contestación a la demanda (párrafo 50). Sin embargo, el apelante sostiene que tal pacto parasocial no vincula a A&G.
- 10.- A&G pone de manifiesto que la sentencia recurrida incurre en contradicción, pues reconoce por un lado la existencia de deuda a favor de don Argimiro en virtud de la práctica pactada entre los dos bloques de socios para la retribución fija anual de los dos profesionales; y por otro lado dice que es un pacto parasocial que no vincula a A&G a la hora de rechazar la reconversión por la regularización de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT).
- 11.- Sin perjuicio de que esa contradicción pueda existir en la argumentación de la sentencia, lo que ahora nos interesa es que el juez "a quo" resaltó que la práctica pactada sobre la retribución tiene reflejo expreso en el acta de la Junta de A&G celebrada el 22 de octubre de 2018, así como en la demanda de jurisdicción voluntaria presentada para la disolución de la sociedad. Igualmente, la sentencia de primera instancia se hace eco del informe pericial aportado por don Argimiro, que constata la realidad de esa práctica.
- 12.- Según criterio de la Sala, el pacto retributivo nació ciertamente como un pacto parasocial entre los dos socios fundadores, pero lo cierto es los hechos posteriores corroboran la sociedad actora lo ha aceptado, lo ha asumido y lo ha llevado a la práctica, por lo que constituye un acto propio vinculante para A&G. No en vano, la retribución en cuestión ha sido parcialmente abonada por la sociedad. El propio recurrente parece asumir esta obligación asumida cuando reconoce que don Argimiro ha venido cobrando de la sociedad determinadas cantidades en virtud de ese pacto y que a la fecha de la demanda únicamente debía los honorarios correspondientes al último trimestre de 2014 (punto 46 del recurso).
- 13.- El apelante refiere que, de existir un crédito por honorarios pendientes, la deuda estaría prescrita conforme a lo establecido en el artículo 1966.3º del Código Civil (cinco años) si los trabajos facturados fueron como



economista; o bien conforme a lo establecido en el artículo 1967.1º del Código Civil (tres años) si se trata de honorarios como abogado o como administrador concursal. Advierte al respecto que invocó la prescripción en su escrito de contestación a la reconvencción.

14.- La defensa de don Argimiro resalta que A&G no interesó el complemento que prevé el artículo 215.2 LEC, ya que la sentencia de primera instancia no analiza la prescripción. Sin embargo, la necesidad de complemento no opera en este caso porque el juez "a quo" resolvió íntegramente todas las pretensiones deducidas en la reconvencción en sentido desestimatorio. Por ello, resultaba innecesario pronunciarse además sobre la prescripción, que fue alegada por A&G como una excepción a la reconvencción. No existe, por tanto, incongruencia omisiva ni necesidad de complementar la sentencia.

15.- Aclarado lo anterior, no podemos aceptar el alegato que ahora hace el apelante respecto de la prescripción porque la infracción del deber de lealtad que se imputó a don Argimiro en la demanda no consistió en cobrar deudas prescritas. La prescripción únicamente se invocó como argumento defensivo frente a la reclamación económica planteada de contrario por vía reconvenccional. Pretender ahora fundamentar la deslealtad de la conducta de don Argimiro en este aspecto constituye una "mutatio libelli" prohibida en nuestro ordenamiento que no puede ser abordada por la Sala porque lo prohíbe el artículo 456 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta (STS núm. 246/2016 de 13 de abril entre otras muchas).

16.- El recurrente resalta que la factura NUM000 en que se soporta la disposición controvertida no está asentada en la contabilidad de A&G. Este argumento no permite la estimación del recurso porque la existencia o inexistencia de la deuda no depende de su reflejo contable. La contabilidad puede constituir un indicio, pero no prevalece frente a la realidad de la deuda.

17.- Aunque la contabilidad está formulada por el administrador, las omisiones o inexactitudes contables no pueden ser interpretadas bajo la doctrina de los actos propios. Tales irregularidades no revelan una voluntad inequívoca susceptible de consolidar de un modo indestructible una determinada situación jurídica. No en vano, existe la posibilidad de efectuar regularizaciones contables cuando se detecta cualquier inexactitud.

18.- La defensa de don Argimiro mantiene que el pacto de retribución mencionado le otorgaba el derecho a cobrar 462.000€ (66.000 x 7 años), de los cuales ha cobrado 357.004,38€, por lo que la deuda de la sociedad ascendía a la diferencia, por un montante de 104.995,62€. El informe pericial presentado a su instancia avala estos importes. La defensa de A&G admite el importe de la retribución fija pactada e incluso asume que en el año 2010 la retribución se elevó en 7.000€ mas, tal y como reconoce en el párrafo 101 de su recurso, lo que supone un total de 469.000€. Sin embargo, entiende que el único importe pendiente de pago asciende a 15.378,60€ correspondiente al año 2014.

19.- El recurrente destaca que el origen de la discrepancia sobre el importe de la deuda se encuentra en el siguiente acuerdo adoptado en la Junta de A&G de 15 de marzo de 2010: *"D. Argimiro renuncia a competir con la Sociedad en el plazo de estos tres años 2010, 2011 y 2012 en el ejercicio de su profesión mediante prestaciones profesionales a terceros, no considerándose competencia profesional las prestaciones circunstancialmente facturadas a terceros y compensadas posteriormente a la Sociedad por el socio mayoritario"*.

20.- Con arreglo al acuerdo mencionado, el recurrente afirma que para determinar la retribución abonada a don Argimiro , debe adicionarse el importe facturado a A&G más el importe facturado a terceros, suma que arroja un total de 454.474,22€ en el periodo 2008 a 2014. El problema que plantea este cálculo es que efectúa la adición mencionada en todos los años del periodo, cuando lo cierto es que el acuerdo de 15 de marzo de 2010 se limita exclusivamente a las anualidades 2010, 2011 y 2012.

21.- En el documento núm. 2 aportado con la contestación a la reconvencción se aporta un cuadro en el que figuran cuatro columnas: (i) la facturación efectiva de don Argimiro exclusivamente a A&G, según datos aportados en la contestación a la demanda (357.004,38€); (ii) la retribución acordada para don Argimiro en las anualidades 2008 a 2014 (469.000€); y (iii) la facturación total (frente a A&G y terceros) percibida por don Argimiro (454.474,22 €); y (iv), retribución pendiente de pago. Según asevero doña Paulina en acta notarial de 18 de noviembre de 2020, el cuadro fue elaborado por ella a partir de la información facilitada por don Argimiro . Ese acta notarial obra en el informe pericial de don Justo . El perito apuntala que esa información concuerda con los mayores de contabilidad analizados.

22.- Aunque el cuadro mencionado ha sido impugnado por la defensa de don Argimiro , la Sala le otorga valor probatorio, (sin perjuicio de lo que diremos en los párrafos siguientes), teniendo en cuenta las manifestaciones de doña Paulina y del perito Sr. Justo .

23.- Lo único que hemos de variar es la columna (ii) referida a la retribución fija acordada para don Argimiro , que debemos fijar en 60.000€ más 6.000€ en concepto de gastos en todas las anualidades de 2008 a 2014, más 7.000€ adicionales en 2010 (total 469.000€). Así lo acepta A&G, asumiendo la valoración efectuada por el



perito propuesto a su instancia (párrafo 101 del recurso). En relación a la columna (iii), referida a la retribución efectivamente percibida por don Argimiro, sumando la facturación a A&G y terceros, únicamente tendremos en cuenta los importes reflejados en los años 2010, 2011 y 2012, tal y como hemos razonado anteriormente. En cambio, en la columna (i) relativa a la facturación de don Argimiro exclusivamente a A&G, tendremos en cuenta los importes reflejados en los años 2008, 2009 2013 y 2014, pues la facturación a terceros no puede descontarse en esos años. El resultado final es el siguiente:

24.- La transferencia efectuada a favor de don Argimiro que aquí se impugna ascendió a 133.581,64€, por lo que el perjuicio para A&G se concreta en el exceso percibido sin justificación por don Argimiro, que asciende a 54.378,49€ (133.581,64 - **79.203,15**). En consecuencia, la acción social entablada debe estimarse parcialmente en este punto, pues evidentemente constituye una infracción del deber de lealtad efectuar una disposición superior a la cantidad adeudada.

CUARTO: DESPIDO DE PLANTILLA Y DESVIO DE NEGOCIO. -

1.- El recurrente mantiene que don Argimiro incurrió en una acción ilícita al despedir al personal y traspasar el negocio de A&G a TAXFINCO en diciembre de 2014. Al respecto, A&G vuelve a insistir en que no es una sociedad profesional en la que los socios aporten su actividad, sino ante una sociedad de responsabilidad limitada ordinaria que tiene sus propios medios personales y materiales, así como sus propios clientes.

2.- Ante todo, es preciso aclarar que no pueden considerarse clientes de A&G las distintas entidades concursadas en las que don Argimiro ostentaba el cargo de administrador concursal. Tal y como refiere la sentencia recurrida, el respectivo nombramiento recayó en don Argimiro como persona física y no en la mercantil. El hecho de que la facturación correspondiente se emitiera por A&G constituyó una irregularidad que fue objeto de comprobación y regularización por la AEAT. Si don Argimiro utilizó la infraestructura de A&G para desarrollar su labor, le asistiría en todo caso un derecho de crédito a favor de esta entidad por los servicios prestados, pero ello no permite afirmar que los clientes fueran de A&G.

3.- Aunque A&G no era formalmente una sociedad profesional, es preciso contextualizar su actividad y objeto social, tal y como hizo el juez "a quo". Cabe indicar al respecto que el propio recurrente ha reconocido que la finalidad de A&G era potenciar el desarrollo profesional de don Argimiro, puesto don Demetrio ya venía desarrollando su actividad como administrador concursal margen de la sociedad (véase nota 10 al pie de página - pág. 56 del recurso-).

4.- A pesar de lo indicado, don Argimiro tenía un pacto de retribución con A&G que no le impedía facturar personalmente a terceros. Eso sí, con el compromiso, de que esa facturación obtenida en los años 2010, 2011 y 2012 minorase el importe de la retribución a pagar por parte de A&G. A partir de estos datos, hemos de colegir que don Argimiro contaba con el asentimiento de la sociedad para realizar su actividad profesional al margen de la sociedad, bien compensando facturas o sin compensarlas, en función del año de devengo de la retribución.

5.- A partir de diciembre de 2014, don Argimiro se decantó claramente por desarrollar íntegramente su trabajo profesional al margen de A&G. Ello implicaba la pérdida del derecho de retribución a partir de 2015, que, lógicamente, estaba sinalagmáticamente vinculada a la prestación de los servicios profesionales. La condición de don Argimiro como administrador de la empresa no impedía ese proceder, porque las obligaciones del cargo son las propias de la representación y gestión de la sociedad. No se extienden a tareas completamente ajenas, como es el desempeño de la profesión de economista, auditor o administrador concursal, por la que don Argimiro cobraba una retribución específica.

6.- Cuestión distinta es que, sin el trabajo profesional de don Argimiro ni el de don Demetrio (que ya desarrollaba su actividad profesional al margen de la sociedad), la mercantil quedó inevitablemente sin actividad. En ese contexto, encuentra explicación razonable el despido de las dos empleadas por cese de actividad y la sucesiva solicitud de disolución y liquidación de A&G. Esa conducta de don Argimiro no es ilícita desde un punto de vista orgánico- societario, en la medida en que no abandonó sin más la gestión de la sociedad, sino que cumplió con las obligaciones propias del administrador en un escenario de causa de disolución.

7.- El recurrente insiste en que hubo un traspaso indebido de clientes procedentes de A&G en favor de TAXFINCO, que es la empresa constituida por don Argimiro. Concretamente se refiere a la Junta de Compensación Parque Valdebebas, que tenía suscrito un contrato de servicios con A&G, de fecha 31 de marzo de 2011, actualizado a fecha 23 de octubre de 2012. Actualmente es cliente de TAXFINCO desde diciembre de 2014, tal y como declaró doña Inocencia, empleada de la asesoría del mentado cliente. En la misma línea, las antiguas empleadas de A&G trabajan actualmente en TAXFINCO.



8.- No consideramos que ello obedezca a una conducta atribuible al incumplimiento del deber de lealtad del administrador. Más bien consideramos que es una decisión propia de los clientes y de las empleadas, ante la evidencia de que A&G no podía continuar prestando servicios sin la actividad profesional de don Argimiro . Los acontecimientos posteriores así lo confirmaron: una vez que don Argimiro comunicó su renuncia al cargo, ninguno de los otros socios promovió el nombramiento de sustituto, tal y como refiere el juzgador "a quo"; y la sociedad terminó disuelta y liquidada judicialmente.

9.- Hemos de añadir que el ahora recurrente renunció a la prueba pericial judicial propuesta para concretar el importe neto de la cifra de negocios de TAXFINCO que provinieran de la lista de clientes atribuidos a A&G. A falta de este dato, la recurrente hace una traslación a tanto alzado de los beneficios obtenidos por TAXFINCO que considera que son correlato de las ganancias dejadas de obtener por A&G. En 2015 la traslación abarca el 100% de los beneficios obtenidos por TAXFINCO, más una cantidad adicional por exceso de retribución obtenida don Argimiro respecto al pacto de retribución que mantenía en A&G; en 2016 aplica una reducción del 33.33% y en 2017 la reducción es del 66,66%.

10.- Esta metodología no es aceptable. En primer lugar, porque el pacto de retribución de don Argimiro con A&G no es trasladable a otras sociedades. En segundo lugar, porque la falta de datos más concretos obedece a la voluntaria renuncia del demandante a la práctica de la prueba pericial judicial. Y, en tercer lugar, porque los porcentajes aplicados de forma escalonada cada año carecen de la necesaria justificación. En definitiva, la pretensión indemnizatoria analizada en este apartado no puede prosperar.

QUINTO: INTERESES Y COSTAS. -

1.- A falta de mayor concreción en la pretensión de la demanda relativa al pago de intereses, resulta de aplicación el interés legal incrementado en dos puntos, computado a partir de la sentencia dictada por esta Sala (artículo 576.2 LEC)

2.- En vista de la estimación parcial del recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con el núm. 2 del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Las costas de primera instancia tampoco se imponen a ninguna de las partes, dada la estimación parcial de la demanda. (artículo 394.2 LEC)

FALLO

1º.- Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de A&G PRACTICA MERCANTIL SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, con fecha 30/12/2021, en el seno del procedimiento Ordinario nº 58/2019.

2º.- Revocamos dicha resolución y estimamos parcialmente la demanda deducida por A&G PRACTICA MERCANTIL SOCIEDAD LIMITADA EN LIQUIDACION contra Don Argimiro .

3º.- Condenamos al demandado a que abone a la actora la cantidad de 54.378,49€ más el interés legal incrementado en dos puntos computado a partir de la fecha de la presente sentencia.

4º.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación. Tampoco imponemos las costas de primera instancia a ninguna de las partes.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase, en su caso, a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/ o 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. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.