



Roj: **STS 5724/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5724**

Id Cendoj: **28079110012014100735**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2014**

Nº de Recurso: **329/2013**

Nº de Resolución: **732/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 20812/2012,**
STS 5724/2014

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 732/2014

Fecha Sentencia : 26/12/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 329/2013

Fallo/Acuerto: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 26/11/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. MADRID

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Escrito por : RSJ

Nota:

Sociedades de capital. Acción social de **responsabilidad**. Requisitos para que pueda ejercitarse la acción. El acuerdo de la junta identifica perfectamente acción de **responsabilidad** por los daños que ocasionó a la sociedad (adquisición de propias acciones dentro de los límites legales, que en poco tiempo s cuantificación. También están perfectamente identificados los administradores contra quienes se acuerda el ejercicio de la acción social de responsab Requisitos para que pueda apreciarse la **responsabilidad** de los administradores: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administrado de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o pat a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

El examen de la antijuridicidad de la conducta de los administradores no puede realizarse ex post facto, sino situándose en el momento en que se real inmobiliaria que propició el desplome de la cotización de las propias acciones.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 329/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo



Votación y Fallo: 26/11/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N^o: 732/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por la entidad Inmobiliaria Colonial S.A., representada por el procurador Antonio M^a Álvarez Buylla Ballesteros.

Es parte recurrida David , representado por el procurador Argimiro Vázquez Guillén y Justino , representado por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la entidad Inmobiliaria Colonial, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, contra David y Justino , para que se dictase sentencia:

"por la que, estimando la demanda íntegramente:

1º. Declare responsables a los demandados de los daños causados a Inmobiliaria Colonial, S.A., por la realización entre marzo de 2007 y marzo de 2008 de las operaciones sobre acciones propias descritas en los Hechos de esta demanda, efectuadas todas ellas incumpliendo los deberes inherentes al cargo de administrador y, concretamente, el deber de administración diligente.

2º. Condene a los demandados a satisfacer solidariamente a Inmobiliaria Colonial S.A.:

a) la suma de 330.911.000 euros, como indemnización de los daños y perjuicios causados a dicha sociedad por las operaciones sobre acciones propias efectuadas entre marzo de 2007 y marzo de 2008 descritas en los hechos de esta demanda,

b) más los intereses legales de dicha cifra desde la fecha de interposición de esta demanda hasta que recaiga la sentencia en primera instancia que, en su caso, estime la pretensión de esta parte, de conformidad con lo establecido en el art. 1108 CC .,

c) y con los intereses de la mora procesal ex artículo 576 LEC , desde que fuere dictada la citada Sentencia en primera instancia que, en su caso, estime la pretensión de esta parte, hasta que se produzca el total pago.

3º. Condene a los demandados solidariamente al pago de las costas del juicio si se opusieran a esta demanda."

2. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en representación de David , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, acogiendo la excepción de caducidad de la acción, desestime la demanda sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto; subsidiariamente, y para el caso de que no se acoja la citada excepción, entrando en el fondo del asunto se desestime íntegramente la demanda, efectuando expresa imposición de las costas procesales a la parte actora."

3. El procurador Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de Justino , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que: 1º. Acogiendo la excepción de caducidad de la acción, desestime íntegramente la demanda sin entrar en el fondo del asunto, con expresa imposición de costas a la sociedad actora.

2º Subsidiariamente, para el supuesto de que tal excepción de caducidad no sea estimada, dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la sociedad actora."

4. El Juez de lo Mercantil núm. 10 de Madrid dictó Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la entidad "Inmobiliaria Colonial S.A.", representada por el Procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, contra D. David , representado por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén y contra D. Justino representado por el Procurador de los tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, y debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de todo pedimento de la demanda.

No ha lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas, por lo expuesto en el fundamento de derecho último."

Tramitación en segunda instancia

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Inmobiliaria Colonial, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 5 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Inmobiliaria Colonial, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Diez de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas derivadas del recurso."

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

6. El procurador Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de la entidad Inmobiliaria Colonial S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 217 de la LEC .

2º) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión del art. 24 de la Constitución , por infracción de los arts. 326 , 216 y 218 de la LEC .

3º) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión del art. 24 de la Constitución , por infracción de los arts. 326 , 348 , 216 y 218 de la LEC ."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 134.1.1 y 133.3 del TRLSA (actualmente arts. 238.1 y 237 del TRLSC).

2º) Infracción del art. 133.1 del TRLSA (actualmente art. 236.1 TRLSC).

3º) Infracción del art. 133.1 y 4 TRLSA (actualmente art. 236 TRLSC)

4º) Infracción del art. 133.1 del TRLSA (actualmente art. 236.1 TRLSC).

5º) Infracción del art. 133.1 del TRLSA (actualmente art. 236.1 TRLSC)."

7. Por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso 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.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad Inmobiliaria Colonial S.A., representada por el procurador Antonio Mª Álvarez Buylla Ballesteros; y como parte recurrida David , representado por el procurador Argimiro Vázquez Guillén y Justino , representado por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira.



9. Esta Sala dictó Auto de fecha 26 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR TANTO EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL COMO EL DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de INMOBILIARIA COLONIAL S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 5 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en el rollo de apelación nº 446/12 , dimanante de los autos de Juicio Ordinario nº 228/10 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid."

10. Con fecha 1 de abril de 2014, se dictó Auto de Aclaración de la anterior resolución cuya parte dispositiva es como sigue:

"Subsanar el error material manifiesto del fundamento jurídico segundo del auto de veintiséis de noviembre de dos mil trece , donde dice "Almerimar S.A., debe decir "Inmobiliaria Colonial S.A."

11. Dado traslado, las representaciones procesales de David y Justino , presentaron respectivos escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de noviembre de 2014, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

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

i) Grupo Inmocaral, S.A., durante el año 2006, adquirió el control de Inmobiliaria

Colonial, S.A. y su filial francesa SFL, así como un paquete de acciones del 15,066% del capital social de Fomento de Construcciones y Contratas (FCC).

En febrero de 2007, Grupo Inmocaral, S.A. absorbió a Inmobiliaria Colonial, S.A., y adoptó la denominación social de esta última. El objeto social de esta sociedad es la actividad inmobiliaria (arrendamiento de inmuebles, desarrollo de suelo y promoción residencial y promoción y gestión de centros comerciales), y sus acciones han sido admitidas a cotización en las Bolsas de Madrid y Barcelona.

Tras lanzar una OPA sobre Riofisa, en abril de 2007 Inmobiliaria Colonial adquirió el 99,41% de su capital social.

ii) En 2005, David era accionista mayoritario de Grupo Inmocaral, S.A., personalmente o a través de su sociedad patrimonial Inversiones Empresariales Tersina, S.L.U. (en adelante, Tersina), junto con su esposa, Tamara , personalmente o a través de su sociedad patrimonial Desarrollo Empresarial Quetro, S.L.U. (en adelante, Quetro).

La junta general de Grupo Inmocaral, S.A. de 22 de febrero de 2007 acordó cesar a Tersina de su cargo de consejero y nombrar en su lugar a David personalmente. En la sesión del consejo de administración de la misma fecha, el Sr. David fue nombrado presidente de dicho órgano. También se constituyó una comisión ejecutiva de la que el Sr. David era presidente y suscribió un contrato de alta dirección de fecha 29 de marzo de 2007. El Sr. David dimitió de todos sus cargos el 31 de diciembre de 2007.

iii) Justino fue miembro del consejo y consejero delegado de Grupo Inmocaral entre marzo y octubre de 2006. En la junta general de dicha sociedad de 22 de febrero de 2007 fue elegido consejero. En sesión del consejo de la misma fecha se le nombró consejero delegado y miembro de la comisión ejecutiva.

Tras la dimisión del Sr. David de todos sus cargos en la sociedad, el día 31 de diciembre de 2007, Justino fue nombrado presidente del consejo de administración, manteniendo su cargo de consejero delegado. El día 29 de marzo de 2007 había suscrito un contrato de alta dirección.

Finalmente, el Sr. Justino cesó de su cargo de consejero delegado y miembro de la comisión ejecutiva en la sesión del consejo de 18 de julio de 2008 y presentó su renuncia como consejero el día 21 de julio de 2008.

iv) La junta general de Grupo Inmocaral celebrada el 29 de junio de 2006, había autorizado al consejo de administración de la sociedad para que, de conformidad con la legalidad vigente, pudiera llevar a cabo, directa o indirectamente, la adquisición derivativa de acciones propias, por cualquier modalidad de adquisición ("compraventa, permuta o cualquier otra modalidad de negocio a título oneroso"), dentro de los límites legalmente establecidos (5% del capital social) y por un periodo de 18 meses.



Inscrita la fusión de Grupo Inmocaral e Inmobiliaria Colonial, la junta general de Colonial celebrada el 5 de junio de 2007 renovó esta autorización por otros 18 meses.

Las operaciones de compra al contado de acciones propias ascendieron en el periodo comprendido entre marzo y noviembre de 2007 a 79,9 millones de títulos y las ventas a 7,4 millones de títulos. El saldo en diciembre de 2007 era de un 4,427% del capital. La adquisición más importante se efectuó en noviembre de 2007 (37,9 millones de títulos).

Las operaciones de asunción de compromisos a través de derivados se realizaron entre los meses de mayo y diciembre de 2007. La adquisición ascendió en total a 42,1 millones de títulos y las ventas a 38,2 millones de títulos, lo que representaba un 0,24% del capital. La adquisición más importante se efectuó en el mes de mayo de 2007 (34 millones de títulos).

v) En la junta general de Colonial celebrada el día 30 de junio de 2009 se acordó: « *Interponer las acciones sociales de **responsabilidad**, por los cuantiosos daños causados a la sociedad, por la compra de activos por la Compañía para reinversión del precio de los compradores en acciones de la misma, vinculados o no al aumento de capital de 29 de junio de 2006; por la adquisición de acciones de Riofisa, S.A, y por la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007, ambos inclusive, habilitando al Consejo de Administración para el ejercicio de las acciones sociales de **responsabilidad** contra los administradores responsables en los términos más adecuados para la defensa del interés social. En este sentido la acción social no se ejerce frente a ninguno de los actuales miembros del Consejo de Administración* ».

vi) El 20 de abril de 2010, los administradores de Colonial pusieron una demanda en la que ejercitaban una acción social de **responsabilidad** contra David y Justino, por los daños ocasionados a la sociedad con las operaciones sobre acciones propias realizadas en el periodo comprendido entre marzo de 2007 y marzo de 2008, incumpliendo los deberes propios inherentes al cargo de administrador y, concretamente, el deber de administración diligente. La demanda cifraba la indemnización en la suma de 330.911.000 euros.

2. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda como consecuencia de haber apreciado la caducidad de la acción. El juzgado interpretó la mención contenida en el apartado 4 del art. 134 LSA, a que los accionistas minoritarios podrán entablar la acción de **responsabilidad** en defensa del interés social cuando « *la sociedad no la entablar dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo ...*», como que la acción debe ser interpuesta dentro del mes siguiente a la adopción del acuerdo. De tal forma que, como en este caso había transcurrido más de un mes desde la adopción del acuerdo, sin que fuera ejecutado, concluyó que la acción había caducado.

3. La Audiencia, al conocer de la apelación, rechaza esta interpretación del art. 134.4 LSA y entiende que el único plazo de caducidad es el de cuatro años desde el cese de los administradores, y que la referencia al mes posterior a la adopción del acuerdo tan sólo provoca que surja la legitimación extraordinaria de los accionistas, pero no priva de legitimación a la sociedad, que sigue estándolo para demandar a los administradores.

Sin embargo, el tribunal de apelación desestima la acción porque el acuerdo de la junta que decidió que se ejercitase la acción era defectuoso, pues indicaba tres conductas (i) *la compra de activos por la Compañía para reinversión del precio de los compradores en acciones de la misma, vinculados o no al aumento de capital de 29 de junio de 2006*; ii) *la adquisición de acciones de Riofisa, S.A*; y iii) *la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007*. Sobre las que se pretendía ejercitar la acción social de **responsabilidad**, y no se especificaba contra qué administradores se ejercitaba, pues se limitaba a hacer la siguiente mención: « *contra los administradores responsables en los términos más adecuados para la defensa del interés social*».

La Audiencia entiende que esta mención es tan imprecisa que no permite determinar quienes son los administradores responsables en relación a los tres diversos hechos a los que se hace mención. El acuerdo tan sólo excluye a los miembros del consejo de administración que también lo sean en el momento de adoptarse el acuerdo: « *la acción social no se ejerce frente a ninguno de los actuales miembros del Consejo de Administración* ». La sentencia de apelación razona que «del acuerdo no se desprende ni de forma directa ni indirecta, a quien se está refiriendo en concreto».

Además de la falta de precisión en la determinación de los administradores contra quienes se pretende dirigir la acción, el tribunal de apelación advierte que el acuerdo no concreta la conducta antijurídica que se imputa a los administradores, pues se limita a indicar unos hechos sin explicar el motivo por el que resultan antijurídicos. Y añade que tampoco se especifica qué daño se ha ocasionado a la sociedad.

En conclusión, la Audiencia desestima el recurso y con él la acción de **responsabilidad** porque el acuerdo de la junta que debía habilitar para el ejercicio de la acción no precisa los elementos esenciales sobre los que



se pretendía sustentar el ejercicio de la acción social, lo que motiva la ausencia de uno de los presupuestos básicos para que pueda prosperar la acción.

No obstante, quedando claro que lo anterior era la *ratio decidendi* de su sentencia, la Audiencia, con ánimo de ser exhaustiva, analiza el resto de las cuestiones de fondo y concluye que la conducta imputada a los administradores demandados no es antijurídica (las operaciones de **autocartera** realizadas entre marzo y noviembre de 2007), y que tampoco existe nexo causal entre esta conducta y el resultado producido (el desplome de la cotización y las consiguientes pérdidas al venderse esas acciones propias).

4. Frente a la sentencia de apelación, la sociedad demandante (Colonial) interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, sobre la base de cinco motivos.

Conviene advertir que la primera razón de la desestimación del recurso de apelación fue la apreciación de que el acuerdo de la junta que debía habilitar para el ejercicio de la acción social de **responsabilidad** no precisaba los elementos esenciales sobre los que se pretendía sustentar, lo que determinaba la ausencia de uno de los presupuestos básicos de la acción. Este pronunciamiento es impugnado por el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal y por el motivo primero de casación. Analizaremos en primer lugar estos dos motivos. En caso de ser desestimados, no será necesario entrar en los restantes, porque una hipotética estimación de alguno de ellos carecería de efecto útil.

De ser estimado alguno de aquellos motivos y, por lo tanto, de entenderse que el acuerdo de la junta general de accionistas identificaba de forma suficiente respecto de qué comportamiento de los administradores se pretendía ejercitar la acción y contra quienes, analizaríamos el resto de los motivos.

Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal

5. *Formulación del motivo* . El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , «por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión del art. 24 CE , por la infracción de los arts. 326 , 216 y 218 LEC : error en la valoración de la prueba documental privada, al valorar de forma ilógica el documento 85 (certificación del acuerdo de la junta general para instar la acción social de **responsabilidad**) conforme al precepto legal, del que resulta con absoluta claridad cuál era el hecho antijurídico y el daño, y quienes eran los administradores frente a los que había de ejercitarse la acción de **responsabilidad**».

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

6. *Desestimación del motivo* . Con las limitaciones que venimos exponiendo en numerosas sentencias, derivadas de que la valoración de la prueba es una función que corresponde a los tribunales de instancia, «tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (Sentencia 326/2012, de 30 de mayo , con cita otras anteriores: núms. 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio ; y 211/2010, de 30 de marzo).

Pero no es posible impugnar por este cauce la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia del texto indubitado del acuerdo adoptado por la junta general de accionistas de 30 de junio de 2009, por el que concluye que no reúne los elementos esenciales sobre los que se pretende sustentar el ejercicio de la acción social, y por ello deja de cumplirse un presupuesto básico para que pueda prosperar la acción.

Se pretende impugnar una valoración jurídica de unos hechos indubitados, el contenido del acuerdo, en relación con los presupuestos legales para el ejercicio de la acción social, lo que, en su caso, debería ser objeto de impugnación por el recurso de casación, como de hecho se hace en el motivo primero del recurso de casación, que analizaremos a continuación.

Motivo primero de casación

7. *Formulación del motivo* . El motivo se funda en la infracción de los arts. 134.1 y 133.3 LSA (actualmente, arts. 238.1 y 237 LSC), porque el acuerdo de la junta general de accionistas de Inmobiliaria Colonial de 30 de junio de 2009 sí reúne, con suficiente determinación, los elementos esenciales para el ejercicio de la acción social de **responsabilidad**. En el desarrollo del motivo, además de una referencia al modo en que puede haberse suscitado la adopción del acuerdo en el seno de la junta, que resulta irrelevante, se argumenta que del acuerdo es posible determinar contra quienes se pretende ejercitar la acción, pues limita el periodo temporal en el que debían ser miembros del consejo de administración (el periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2007), y la regla de la **responsabilidad** solidaria contenida en el art. 133 LSA permite que el órgano de representación de la sociedad ejercite la acción social acordada por la junta contra uno, algunos, o todos los que fueron miembros del consejo de administración de Colonial en aquel periodo de tiempo.



En el desarrollo del motivo se razona que el acuerdo sí identifica la conducta antijurídica imputada a los administradores, y que la Audiencia, al concluir en sentido contrario, confunde los presupuestos de validez del acuerdo de la junta general con los presupuestos para que se estime la demanda en que se ejercita la acción social. La mención contenida en el acuerdo impugnado a los cuantiosos daños ocasionados a la sociedad «por la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo y diciembre de 2007, ambos inclusive», es suficiente para identificar la conducta antijurídica respecto de la que se ejercita la acción social.

El acuerdo, además, indica en qué consiste el daño causado, sin que sea necesario que se especifique su cuantía.

Procede estimar el motivo por la razones que exponemos a continuación.

8. Estimación del motivo . La legitimación originaria para el ejercicio de la acción social de **responsabilidad** conforme a lo prescrito en el art. 134.1 LSA corresponde a la sociedad, que es la que ha sufrido el daño cuya indemnización se pretende. El precepto establece que el ejercicio de la acción requiere un previo acuerdo de la junta general de accionistas, que debe indicar respecto de qué conducta debe exigirse **responsabilidad**, sin que sea necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación. En nuestro caso está claro que, junto a otras dos conductas, la junta se refiere a « *la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007* ». Con esta mención se identifica perfectamente la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción **responsabilidad** por los daños que ocasionó a la sociedad, que fue quien adquirió sus propias acciones, y que no era necesario cuantificar en ese momento.

También era necesario identificar a los administradores frente a quienes se pretende ejercitar la acción de **responsabilidad**, y aquí, en contra del parecer de la Audiencia, entendemos que lo están, en la medida en que se refiere primero a quienes eran administradores en el momento en que se realizó aquella conducta y luego excluye de entre ellos a quienes en el momento de adoptarse el acuerdo social seguían siendo administradores.

Los dos administradores demandados estaban incluidos dentro de los que especificaba el acuerdo social, puesto que eran administradores en el momento en que se realizaron las operaciones de adquisición de las propias acciones y ya no lo eran cuando se adoptó el acuerdo. Desde esta perspectiva no puede imputarse al acuerdo un defecto que inhabilite para el ejercicio de la acción social de **responsabilidad**.

Las cuestiones sobre a quién debía imputarse la conducta, si sólo a los dos administradores demandados o también al resto de los que formaban parte del consejo de administración, es una cuestión extraña al acuerdo y guarda relación con la prosperabilidad de la acción y sus consecuencias, sobre todo si se concluye que la conducta era imputable al consejo, y por ello son responsables solidarios todos sus miembros, tanto los demandados como los no demandados.

Pero como apuntábamos, esta es una cuestión ajena al acuerdo de la junta sobre el ejercicio de la acción social de **responsabilidad**, que debe limitarse a identificar contra qué administradores se pretende exigir **responsabilidades** y por qué comportamiento antijurídico.

En este sentido, conviene advertir que resulta irrelevante que la acción de **responsabilidad** se haya ejercitado sólo respecto de una de las tres conductas mencionadas en el acuerdo, como tampoco es relevante que, además de los dos demandados, pudiera haber otros administradores respecto de quienes también se acordaba por la junta el ejercicio de la acción de **responsabilidad**. Esto queda en el marco del cumplimiento de la voluntad de la junta por quien tenía encomendado su ejecución, pero no afecta a la suficiencia del acuerdo sobre las acciones finalmente ejercitadas, en relación con la apreciación del cumplimiento de este primer presupuesto legal.

Motivos primero y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal

9. Formulación del motivo primero . El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , y denuncia la infracción de normas reguladoras de la sentencia que

se concretan en las reglas de la distribución de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC .

En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción vendría determinada porque la sentencia recurrida atribuye indebidamente a Colonial la carga de acreditar la irrelevancia del transcurso del tiempo y de la intervención de terceras personas a efectos de la determinación del daño indemnizable y de la imputabilidad de éste, cuando dispone que: «(p)or otro lado, el daño se identifica en realidad por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de las acciones a 31 de diciembre de 2009, teniendo en cuenta las ventas efectuadas y las acciones que se mantienen en **autocartera**. Sin embargo, la decisión de mantener la **autocartera** y la pérdida que ello comporte no puede ser imputada a los demandados, puesto que las consecuencias no se



harían depender de su conducta sino de las decisiones adoptadas por los posteriores administradores cuando consideran conveniente desprenderse de las acciones».

Según el recurso, la sentencia recurrida infringe las normas sobre la carga de la prueba en la medida en que, acreditado como está que Colonial vendió su **autocartera** en el año 2009, y que lo obtenido sirve de referencia para la determinación del daño, debería haber correspondido a los demandados la prueba de qué momento hubiera sido el conveniente para la venta de la **autocartera** por los nuevos administradores y en qué modo un retraso respecto de aquel momento impedía remontar hasta los demandados el curso de imputación objetiva de aquel daño.

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

10. Desestimación del motivo primero . El motivo debe desestimarse porque en este caso no se han aplicado las reglas de la carga de la prueba que se denuncian infringidas. Esto es, no ha existido ninguna infracción de las reglas de la carga de la prueba porque no se ha cumplido el presupuesto legal para su aplicación, ya que el tribunal no ha considerado respecto de alguno de los hechos relevantes alegados por las partes que tuviera duda sobre su acreditación. Como recuerda la Sentencia 333/2012, de 18 de mayo , «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria».

En el párrafo de la sentencia citado en el desarrollo del motivo, y que hemos transcrito en el fundamento anterior, no se aplican las reglas de la carga de la prueba. Se trata de un razonamiento que contiene valoraciones jurídicas para explicar por qué no debía atribuirse a los demandados el perjuicio derivado de la pérdida de valor de las acciones (la diferencia entre el valor de la compra de las propias acciones y el valor de su posterior venta), y se basan en que no era imputable a los administradores demandados la decisión de mantener la **autocartera** y, consiguientemente, la pérdida que ello comportó, puesto que esta decisión dependió de los posteriores administradores.

11. Formulación del motivo tercero. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , y «denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión del art. 24 e la Constitución , por la infracción de los arts. 326 , 348 , 216 y 218 LEC ». En concreto, denuncia «error en la valoración de la prueba documental privada y de la prueba pericial, al no valorar determinados documentos y el informe pericial aportados conforme al precepto legal, de los que resulta que la crisis económica en el sector inmobiliario era no sólo previsible sino actual y la falta de adopción de cautelas por los demandados en el año 2007 que abocaron a Colonial a una situación de absoluta vulnerabilidad».

En el desarrollo del motivo se aduce que «la sentencia infringe asimismo las reglas de la lógica y de la sana crítica a la hora de valorar el ramo probatorio en su conjunto, al prescindir de determinados documentos y del informe pericial de parte obrantes en autos que acreditan que (i) la crisis económica en el sector inmobiliario era no sólo previsible sino actual, a la vista de la evolución económica de la sociedad en el ejercicio 2007; y (ii) que el peso del progresivo endeudamiento de Colonial a lo largo del año 2007 como consecuencia de las operaciones de adquisición de una participación relevante de FCC y Riofisa, y la repercusión en el balance de las operaciones sobre acciones propias dejaban a la sociedad sin posibilidad de respuesta en la coyuntura económica compleja que es la actual crisis económica»

En realidad, el motivo denuncia que la sentencia haya dejado de valorar el informe pericial aportado por Colonial y los que este acompañaba, así como los informes trimestrales y semestrales comunicados por Colonial a la CNMV durante el año 2007 y las cuentas anuales individuales de Colonial de dicho ejercicio, así como su correspondientes informe de auditoría, y las presentaciones de los bancos aseguradores; lo que supone una grave infracción de los arts. 326 y 348 LEC , en relación con los arts. 216 y 218.1 LEC .

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

12. Desestimación del motivo tercero . Debemos desestimar el motivo porque se pretende una revisión de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, que nos está vedado en el marco de este recurso extraordinario. Constituye jurisprudencia constante de la Sala que «la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 326/2012, de 30 de mayo , con cita otras anteriores: núms. 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio ; y 211/2010, de 30 de marzo)».



Propiamente no se denuncia ningún error notorio en la valoración de la prueba, ni tampoco que haya sido arbitraria, sino que no se está de acuerdo en que se haya dado mayor valor a unos informes y se haya omitido una referencia expresa al informe de Forest Partners, aportado por el recurrente, y los informes y documentos que acompañaba. La discrepancia mostrada por el recurrente y que la sentencia no mencione en su argumentación algunas de las pruebas practicadas, no justifica *per se* la revisión de la valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia. Como explicábamos en la Sentencia 445/2014, de 4 de septiembre, «que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial».

Motivos segundo, tercero, cuarto y quinto del recurso de casación

13. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente, art. 236.1 LSC), porque la sentencia recurrida confunde y aplica incorrectamente los presupuestos de la **responsabilidad** social de los administradores. Después de recordar que la acción social de **responsabilidad** no difiere, en cuanto a sus presupuestos, de los de la **responsabilidad** civil general, advierte que la sentencia recurrida confunde el requisito de la causalidad y el de la negligencia, cuando afirma que «ni la evolución de la cotización, debido a los múltiples factores que inciden en ella, ni la explotación de la burbuja inmobiliaria pueden ser consecuencias imputables a los demandados, por lo que no se aprecia la concurrencia del imprescindible nexo causal entre la conducta y el daño pretendidamente causado». El recurrente entiende que la imprevisibilidad de la crisis económica que refiere la sentencia recurrida para negar la imputación del resultado a los demandados nos remite al análisis del caso fortuito y de la fuerza mayor, que permitirían excluir o limitar la **responsabilidad**, pero en ningún caso afirmar la ausencia de imputación objetiva, pues el curso causal puesto en marcha por los administradores fue adecuado para producir los daños sufridos por Colonial.

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

14. Desestimación del motivo segundo. Conviene advertir que no podemos examinar la cuestión como si fuéramos una tercera instancia, y sustituir el enjuiciamiento realizado por la Audiencia, por el que habríamos realizado si hubiéramos estado en su lugar. Nos corresponde tan sólo analizar si en el enjuiciamiento realizado por el tribunal de apelación sobre la **responsabilidad** de los administradores, que concluyó con la desestimación de la acción social ejercitada, se ha cometido la infracción normativa que se denuncia en el recurso.

El precepto que se denuncia infringido, el art. 133.1 LSA (en la actualidad se corresponde con el art. 236.1 LSC), dispone que "[l]os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo". Este régimen de **responsabilidad**, que se enmarca dentro del sistema de **responsabilidad** civil, está sujeto a sus propios requisitos. La jurisprudencia entiende «que para dar lugar a la **responsabilidad** prevista en el mismo (art. 133.1 LSA) es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño» (Sentencia 391/2012, de 25 de junio , con cita de las anteriores sentencias 760/2011, de 4 de noviembre , y 477/2010, de 22 de julio).

La sentencia respeta esta exigencia, y analiza la concurrencia de estos requisitos en el presente caso. Examina si la conducta de los administradores demandados podía calificarse de antijurídica, pero no juzgando *ex post facto* , sino situándose en el momento en que se realizó, antes del estallido de la burbuja inmobiliaria. Y para ello, apoyándose en el informe Accuracy, advierte que, a finales de 2007, cuando se habían realizado las compras de **autocartera**, los principales índices mundiales, incluso del sector inmobiliario, se encontraban en su punto más alto. Luego expone como las entidades expertas y con mayor conocimiento de la situación financiera y patrimonial de la sociedad y de sus exigencias, y con el mayor interés en que la sociedad cumpliera con sus obligaciones, no sólo no formularon reproche alguno, sino que incluso facilitaron las operaciones. Y concluye que no cabe calificar de comportamiento antijurídico la actuación de los administradores demandados.

La sentencia no confunde la relación de causalidad con el requisito de la conducta negligente. Se entiende que desde el momento en que la actuación de los administradores no era contraria a la ley ni a los estatutos, sólo podía ser calificada de antijurídica si no se ajustaba «al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal». Para juzgar sobre ello, había que entrar a analizar si no se ajustaba a ese



estándar la compra de **autocartera** que realizaron los administradores demandados, en aquél momento. Para ello necesariamente debe juzgarse en atención a las perspectivas que existían entonces sobre la evolución de la cotización de los propios valores, pues eso determinaría que a la postre pudiera concluirse que la inversión en **autocartera** era conveniente para la sociedad o fue una actuación claramente negligente. Y para ello, es lógico que se valoren las causas que determinaron el posterior desplome del valor de las propias acciones, pues influyen necesariamente en el enjuiciamiento sobre la antijuridicidad de la conducta.

En cualquier caso no cabe obviar la valoración de la ilicitud de la conducta, como parece que se desprende del recurso, pues constituye una exigencia del precepto legal que regula este régimen de **responsabilidad** de los administradores, ni limitar la relación de causalidad a la aplicación de la regla de la equivalencia de las condiciones, para luego aplicar, en su caso, alguna causa de exoneración de **responsabilidad**. La conducta a la que se pretende imputar la **responsabilidad** por la causación de un daño, en este caso la pérdida significativa de una inversión, debe ser contraria a la Ley o a los estatutos, o constituir un incumplimiento de deberes inherentes al desempeño del cargo, como precisa el art. 133.1 LSA , y, además, es preciso que podamos atribuirle la causalidad del daño.

15. Formulación del motivo tercero . El motivo denuncia la infracción del art. 133.1 y 4 LSA (actualmente art. 326 LSC), pues la conducta de los administradores demandados, consistente en la compra de **autocartera**, es antijurídica e imputable, por haber incurrido en negligencia dichos administradores. La sentencia recurrida interpreta erróneamente el contenido de *equity swap* , e ignora los riesgos ínsitos de la compra de **autocartera** y la exigencia de redoblar los deberes de precaución en un escenario de crisis. El recurrente entiende que el estallido de la burbuja inmobiliaria no puede servir de coartada a los administradores negligentes.

En el desarrollo del motivo, después de recordar que la conducta negligente consistía en la adquisición de **autocartera** en el periodo comprendido entre los meses de marzo y diciembre de 2007, parece que centra su argumentación en la adquisición de **autocartera** realizada el 28 de noviembre, en relación con el *equity swap* suscrito en mayo de 2007 con Societé Générale. En este equity swap se estableció que el método de liquidación o pago fuera el cash sttlement, esto es, el pago dinerario por diferencias, pero en los amendments realizados los días 15 de noviembre de 2007, 23 de noviembre de 2007 y 26 de noviembre de 2007, se cambió el método de liquidación por el de entrega física de acciones. De tal modo que, en lugar de pagar la pérdida de la diferencia, los administradores optaron por la adquisición de la **autocartera**. E insiste en que la adquisición de **autocartera** realizada el 27 de noviembre de 2007 no procedía del contrato originario de *equity swap* de mayo de 2007, sino de la modificación realizada por los administradores en noviembre de 2007.

El recurso también combate la apreciación judicial que entiende disculpable la conducta de los administradores por la imprevisibilidad del daño, en concreto, porque en el periodo de la adquisición no era previsible el estallido de la burbuja.

Vuelve a razonar por qué la compra de **autocartera**, realizada en las condiciones en que se hizo, no se ajusta a la diligencia propia de las decisiones empresariales.

Argumenta, además, que no puede servir de circunstancia exoneradora de **responsabilidad** para los administradores demandados la circunstancia de que las operaciones de compra de **autocartera** contaran con la autorización de la junta general de accionistas de Colonial, porque el acuerdo de 5 de junio de 2007 por el que se renovaba la autorización era extremadamente parco y omitía las exigencias legales sobre el número máximo de acciones propias que se autorizaba adquirir y el contravalor mínimo y máximo que podía pagarse por ellas. Tales omisiones obligaban a los administradores demandados a extremar la prudencia en las operaciones de compra de **autocartera**. E insiste en lo que constituye la razón esencial esgrimida desde el principio: repugna a las más básicas reglas de diligencia comprar acciones propias en un periodo de cotización a la baja y pagando por tales acciones un precio muy superior al de la cotización.

El recurso insiste en que la compra de **autocartera** encerraba enormes riesgos, era un negocio jurídico de riesgo sobre un activo ficticio.

En definitiva, se trata de actos altamente negligentes, puesto que contravienen las más elementales exigencias de diligencia, que causaron un daño a la sociedad, daño que era previsible, sin que el estallido de la burbuja inmobiliaria pueda servir de excusa a la **responsabilidad** de los administradores demandados.

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

16. Desestimación del motivo tercero . Con este motivo se pretende la revisión de la valoración realizada por el tribunal de instancia, por la que concluyó que la adquisición de **autocartera**, dentro de los límites legales y con los requisitos establecidos en la ley, no podía calificarse de una actuación negligente de los administradores.



Como hemos recordado en el fundamento jurídico 14, entre los presupuestos de la acción social de **responsabilidad** de los administradores, se encuentra que estos hayan realizado un acto ilícito, por ser contrario a la Ley, a los estatutos o sin la diligencia debida, al que se pueda imputar la causación del daño cuya indemnización se pretende.

Identificada la conducta, que es la adquisición para Colonial de acciones propias durante el periodo comprendido entre marzo y noviembre de 2007, su ilicitud, a los efectos de la acción de **responsabilidad**, no radica en que estuviera prohibido por la Ley, pues se hizo dentro de los límites permitidos y con los requisitos legales, entre los que se encuentra la autorización de la junta general de accionistas (art. 75 LSA), sino en que se trataba de un acto altamente negligente.

Dentro de los márgenes de revisión de la valoración judicial que permite en este caso el recurso de casación, podemos advertir que la sentencia recurrida parte de una premisa adecuada al juzgar sobre esta conducta no *ex post facto* , sino en el momento en que se realizó. En ese momento, de acuerdo con lo declarado probado, Colonial se encontraba en un proceso de expansión en segmentos que diversificaban su actividad, respaldado por los inversores y los bancos financiadores, justo antes del estallido de la burbuja inmobiliaria.

Aunque el acuerdo de la junta general no puede constituir en todo caso una exención de **responsabilidad** de los administradores (art. 133.4 LSA), no por ello no podía ser tenido en consideración, como hizo la sentencia recurrida, para valorar la conducta de los administradores. En nuestro caso, la autorización que en su día había otorgado la junta general de Grupo Inmocaral (29 de junio de 2006), para que el consejo de administración pudiera llevar a cabo, directa o indirectamente, la adquisición derivativa de acciones propias, por cualquier modalidad de adquisición ("compraventa, permuta o cualquier otra modalidad de negocio a título oneroso"), dentro de los límites legalmente establecidos (5% del capital social) y por un periodo de 18 meses, fue renovada más tarde por un acuerdo de la junta general de Inmobiliaria Colonial (5 de junio de 2007), una vez inscrita la fusión.

La operación de adquisición de **autocartera**, en aquel momento, después de la fusión y tras la diversificación de actividades, mediante la compra de la mayoría de las acciones de Riofisa y del 15% de FCC, era, obviamente, un acto de especulación sobre la propias acciones, permitido por la Ley, y que, como apreció el tribunal de instancia, aunque entrañaba un riesgo, no estaba totalmente desaconsejado, sin perjuicio de que hubiera sido más "prudente" no hacerlo, y, sobre todo, no consumarlo en noviembre de 2007, cuando el valor de las acciones había bajado.

En este sentido, la referencia contenida en el desarrollo del motivo a la interpretación errónea del equity swap, en cuanto que pretende centrar el carácter antijurídico de la compra de **autocartera** en la realizada en noviembre de 2007, cuando se optó por liquidar el *equity swap* , en vez de mediante el pago de la pérdida de la diferencia, mediante la adquisición de la **autocartera**, aunque no constituye una alegación nueva, pues sustancialmente aparece en los hechos de la demanda, no resulta tan relevante como se pretende para concluir que se tratara de una actuación que permite, por sí sola, calificarla de negligencia grave.

Si bien en ese momento los indicadores eran negativos, y podría considerarse de poco aconsejable la operación de liquidación realizada, todavía no se había producido el estallido de la burbuja inmobiliaria y el derrumbe de la cotización de las acciones de Colonial, que es lo que, *ex post facto* , muestra lo equivocado de la decisión. Desde esta perspectiva, el estallido de la burbuja no es la excusa empleada por el tribunal para eximir de **responsabilidad** a los administradores, como se argumenta en el recurso, sino que fue un hecho que claramente contribuyó de forma decisiva a la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial, y no está tan claro que fuera tan predecible en aquel momento, o por lo menos con la gravedad que luego mostró y que todavía padecemos, pues afectó a todo el sector inmobiliario y, por efecto reflejo, a toda la economía. La valoración realizada por el tribunal de instancia, al no considerar que en el periodo en que se realizó la adquisición de la propia cartera (marzo-noviembre de 2007), fuera evidente la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial que luego se produjo, no es tan claramente errónea o absurda como para contradecir el art. 133 LSA , como se sostiene en el motivo, razón por la cual, sin que nos esté permitido sustituir aquella valoración por la que hubiéramos realizado como tribunal de instancia, debemos rechazar también este el motivo.

17. Formulación de los motivos cuarto y quinto . El *motivo cuarto* denuncia la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente, art. 236.1 LSC), por haber incurrido la sentencia en un error al tratar el concepto y los límites jurídicos del daño indemnizable.

En el desarrollo del motivo se argumenta que «al amparo del principio de reparación integral del daño (...), parece evidente que las operaciones sobre acciones propias llevadas a cabo en 2007 (tanto de compra como de contratación de derivados) comportaron una lesión de los intereses económicos de la compañía. Así, por ejemplo, i) la compra al contado se llevó a cabo por precio superior al de mercado; ii) las operaciones



con derivados supusieron pérdidas contabilizadas por la propia sociedad dentro del concepto de gastos por instrumentos financieros derivados; o iii) la imposibilidad o inoponibilidad de la venta de la **autocartera** hasta 2009 supuso importantes costes financieros derivados de su mantenimiento». Sobre lo anterior, concluye que, en este caso, «el daño se produce en el momento en que se perfeccionaron aquellas operaciones, con independencia de las decisiones que pudieran acontecer posteriormente y que sólo influirían a efecto de determinar la extensión de los referidos daños, pero no su propia existencia».

El *motivo quinto* se funda en la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente, art. 236.1 LSC), por la incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva en la determinación del nexo de causalidad.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación

18. Desestimación de los *motivos cuarto y quinto*. La desestimación de los motivos segundo y tercero, hace innecesario entrar a examinar el cuarto y el quinto, pues una vez confirmado que no concurre el requisito de que la conducta de los administradores sea antijurídica, no puede prosperar la acción social de **responsabilidad**, y, por ello, resulta irrelevante juzgar sobre lo cuestionado en estos dos últimos motivos de casación.

Costas

19. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por este recurso (art. 398. 1 LEC).

En cuanto al recurso de casación, aunque ha resultado desestimado como consecuencia de la carencia de efecto útil de la estimación del motivo primero, no procede hacer expresa condena en costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Inmobiliaria Colonial, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección núm. 28) de 5 de diciembre de 2012, que conoció de la apelación (rollo núm. 446/2012) formulada frente a la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Madrid de 12 de diciembre de 2011 (juicio ordinario núm. 228/2010), con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Inmobiliaria Colonial, S.A. contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección núm. 28) de 5 de diciembre de 2012 (rollo núm. 446/2012), sin hacer expresa condena de las costas generadas por este recurso.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.