



Roj: **STS 66/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:66**

Id Cendoj: **28079110012018100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2018**

Nº de Recurso: **751/2015**

Nº de Resolución: **14/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 14/2018

Fecha de sentencia: 12/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 751/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería, Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 751/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 14/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 12 de enero de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación respecto de la sentencia 371/2014 de 23 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 398/2002 del Juzgado Mixto núm. 3 de Roquetas de Mar, sobre acción social de responsabilidad

Los recursos fueron interpuestos por D. Fausto representado por la procuradora D.^a Marta Gilabert Martín y bajo la dirección letrada de D.^a Fátima Jiménez Puertas; y D. Mateo representado por el procurador D. Evencio Conde de Gregorio y bajo la dirección letrada de D. David Agustín Ortiz.

Es parte recurrida la mercantil Florencio Agustín e Hijos S.A., representada por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D. Enrique Navarro Gall.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Olga García Gandía, en nombre y representación de Florencio Agustín e Hijos S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Mateo, D. Fausto y D.^a María Consuelo en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que estimando íntegramente la demanda interpuesta, declare que los demandados han incurrido en responsabilidad frente a la Sociedad "Florencio Agustín e Hijos, SA" por la operación inmobiliaria y transmisión efectuada por los mismos como administradores de la referida mercantil en cuanto a las fincas que se transmiten en la escritura pública de 21 de diciembre de 1.988, número 5.997 del protocolo del Notario de Barcelona Sr. Cabadés O'Callaghan, a favor de la mercantil Hotel Golf Descubrimiento S.A.; al haber sido realizada la misma en beneficio de los administradores y en correlativo perjuicio patrimonial de la sociedad, y en consecuencia, condene a los demandados a que abonen solidariamente a la compañía actora la cantidad de diez mil seiscientos veintiún millones doscientas veinticinco mil sesenta pesetas (10.621.225.060 PTS), equivalentes a sesenta y tres millones ochocientos treinta y cuatro mil ochocientos cuarenta y siete euros (63.834.847'00 ?), más los intereses legales que prescribe la vigente LECiv, y más los daños y perjuicios que se cuantificarán en ejecución de sentencia, tomando como base los causados a la indicada sociedad en la operación referenciada, al dejar de disponer de la solvencia que tales fincas y activos le proporcionaban, con expresa imposición de las costas procesales causadas a los demandados, y con cuanto más proceda y corresponda en derecho».

2.- La demanda fue presentada el 1 de octubre de 2002 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Roquetas y fue registrada con el núm. 398/2002. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.^a Encarnación López Rodríguez, en representación de D. Fausto, contestó a la demanda solicitando su desestimación, con expresa imposición de costas al demandante.

La procuradora D.^a María Dolores Fuentes Mullor, en representación de D. Mateo, contestó a la demanda solicitando la absolución de su representado, con expresa imposición de las costas a la actora.

Por providencia de 26 de marzo de 2004 se acordó tener por contestada la demanda por D. Mateo y D. Fausto y declarar en rebeldía procesal a D.^a María Consuelo y D.^a Leocadia.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza sustituta del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Roquetas de Mar, dictó sentencia de fecha 15 de julio de 2013, que desestimó la demanda con imposición a la actora de las costas causadas.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la mercantil Florencio Agustín e Hijos S.A. La representación de D. Mateo y de D. Fausto, se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, que lo tramitó con el número de rollo 429/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 371/2014 en fecha 23 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva dispone:



«FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencia de 15 de julio de 2013 dictada por la Ilma. Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Roquetas de Mar en autos de Juicio Ordinario 398/2002 del que deriva la presente alzada,

- » 1.- Revocamos la expresada resolución, que dejamos sin efecto.
- » 2.- En su sustitución, estimamos parcialmente la demanda presentada en su día por D^a Olga García Gandía, en nombre y representación de Florencio Agustín e Hijos S.A.
- » 3.- En consecuencia, condenamos a D. Mateo y D. Fausto (y a sus esposas a los efectos del art. 144 RH) al pago de la actora en la cantidad de 10.621.225.060 pesetas (63.834.847 ?), más intereses legales desde la presentación de la demanda.
- » 4.- Absolvemos a D^a María Consuelo de las pretensiones formuladas en su contra.
- » 5.- Sin imposición de costas en primera instancia.
- » 6.- Sin imposición de costas en esta instancia.
- » Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.
- » Devuélvase la totalidad del depósito constituido al recurrente, visto el apartado 8 de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre».

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación

1.- La procuradora D.^a Marta Gilabert Martín, en representación de D. Fausto, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre en una valoración probatoria arbitraria, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

«Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 LEC, al incurrir en incongruencia en sus fundamentos de derecho 21 y 22».

«Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 de la LEC, al incurrir en incongruencia de su fundamento de derecho 31».

«Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre en una valoración probatoria arbitraria, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en relación con el art. 2.3 del Código Civil y del art. 9.3 de la Constitución Española, la Disposición Derogatoria de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010».

«Segundo.- Infracción del artículo 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en relación con el art. 2.3 del Código Civil».

«Tercero.- Infracción del art. 7 del Código Civil en relación con el art. 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951».

Y, la procuradora D.^a María Dolores Fuentes Mullor, en representación de D. Mateo, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218.1 LEC, al incurrir en incongruencia en su fundamento de derecho 37».

«Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC, por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 37, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución».

«Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 de la LEC, al incurrir en incongruencia en sus fundamentos de derecho 21 y 22».



«Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en los fundamentos de derecho 21 y 22, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

«Quinto.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 20, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

«Sexta.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 32, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

«Séptimo.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del art. 949 del Código de Comercio y del art. 1969 del Código Civil ».

«Segundo.- Infracción del artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , en relación con la Disposición Derogatoria de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, la Disposición Final Tercera de la Ley de Sociedades de Capital y del art. 2.3 del Código Civil ».

«Tercero.- Infracción del art. 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , en relación con el art. 133.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 ».

«Cuarto.- Infracción del art. 7 del Código Civil , en relación con el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , arts. 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 , y art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital , en cuanto a la identidad de los socios que acuerdan el ejercicio de la acción social».

«Quinto.- Infracción del art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , arts. 127 , 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 , y arts. 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital , en cuanto al requisito del acto ilícito».

«Sexto.- Infracción del art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , arts. 127 , 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 , y arts. 225 y 236 de la Ley de Sociedades de Capital , en cuanto al requisito del daño».

«Séptimo.- Infracción de los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , arts. 133 , 134 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 , y arts. 238 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital , en cuanto a los requisitos de acto ilícito y daño a la sociedad».

«Octavo.- Infracción del art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , en relación con el art. 107 de la misma norma , así como el art. 213.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 , y el art. 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital , en cuanto al requisito del daño a la sociedad».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de septiembre de 2017, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- La mercantil Florencio Agustín e Hijos S.A. se opuso a los recursos interpuestos de contrario.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los antecedentes más relevantes del caso objeto del recurso han sido fijados en la instancia. En primer lugar, la sentencia del juzgado declara:

«La entidad actora es una mercantil constituida en escritura pública de 27 de diciembre de 1983, inscrita en el Registro Mercantil de Almería al Folio 73 del Tomo 93 general, 59 de la Sección 3ª del Libro de Sociedades, hoja nº 1435, cuyo objeto social lo constituye *la compra de fincas o solares, la promoción y construcción de urbanizaciones, edificios, hoteles, viviendas, pisos, apartamentos, así como su venta. Podrá dedicarse asimismo*



a todas las actividades relacionadas directamente con el negocio inmobiliario, y en general, con cualquier actividad legal que previamente acuerde la Junta General de Accionistas. (doc. nº 1 de la demanda).

» En ejercicio de dicho objeto, por escritura pública de fecha 11 de febrero de 1985, la sociedad compró a la mercantil Playa Serena, S.A. ciento once parcelas en el término municipal de Roquetas de Mar, incluidas en el sector número 37 del Plan Parcial de Playa Serena (fases 3ª y 4ª del Plan Parcial).

» Con fecha 19 de noviembre de 1988, los consejeros de FAHSA, cuyo Consejo de Administración lo componían los socios de la misma -como Presidente, D. Pascual , como Secretario, D. Mateo , y como Vocal, D. Fausto , siendo los dos últimos hijos del primero- autorizados todos de forma indistinta para ejercitar por sí todas y cada una de las facultades atribuidas al Consejo de Administración por escritura pública de fecha 29 de febrero de 1988, firmaron un documento privado en el que aparecían como compradores iniciales D. Avelino y D. Fructuoso , y pactaban que la sociedad mercantil FAHSA, representada en dicho acto por sus socios integrantes del total capital social de la misma y de su Consejo de Administración (los tres anteriormente citados), vendían la 3ª y 4ª fase del Plan Parcial Playa Serena 200 Has, a los dos mencionados, que aceptaban y compraban pro indiviso. El precio convenido venía determinado en 38.153 ptas. el metro cuadrado construido edificable, por lo que, en función de los doscientos ochenta y ocho mil trescientos diez m² construidos previstos en el Plan Parcial para la Fase 3ª y 4ª resulta la cifra de once mil millones de pesetas, indicando que el precio definitivo será el resultado de aplicar a los metros cuadrados construidos edificables obtenidos en función de Convenio Urbanístico con el Ayuntamiento de Roquetas de Mar o del resultado de la reclamación contencioso administrativa a que se hace mención en el exponente 2º la repercusión a razón de 38.153 ptas. por metro cuadrado construido edificable que se obtenga, como techo neto a la venta. La forma de pago del precio se establecía en la Estipulación Tercera, donde se preveía el pago de: A) 200 millones de pesetas a cuenta del precio mediante transferencia el siguiente 21 de noviembre a la cuenta corriente indicada del BBVA, oficina de Roquetas de Mar, B) 800 millones de pesetas, el día 20 de diciembre siguiente, plazo previsto para el otorgamiento de escritura, C) 1.000 millones de pesetas que se obliga la parte compradora a pagar a la sociedad vendedora a cuenta del precio en el momento que presente documentación suficiente que justifique el haber obtenido la calificación urbanística que permita el desarrollo inmobiliario sobre las Fases 3ª y 4ª objeto de la compra-venta, D) 1.000 millones de pesetas a los doce meses de la firma de los documentos públicos referidos en el contrato en el supuesto que se cumplan las condiciones del apartado C, y si no se hubieran obtenido en ese plazo las condiciones referidas, los 1.000 millones de los apartados C y D se harán efectivos en el momento de obtenida la calificación urbanística a que se refieren dichos apartados y con un plazo máximo de 24 meses a contar desde el 20 de diciembre de 1988, si se agota el plazo indicado la parte compradora podrá optar por la resolución del contrato, exigiendo la devolución de las cantidades entregadas o bien la continuidad del mismo, fijándose por su parte nuevas fecha de prórroga y espera, E) 4.000 millones pagaderos en tres anualidades sin intereses de aplazamiento sucesivas a partir del cumplimiento del apartado D que serán por terceras partes, F) los 4.000 millones previstos, en función de la estipulación Segunda y Tercera, como resto del precio, se pagarán mediante tres anualidades sucesivas y constantes con el incrementos de los intereses por aplazamiento al índice del mercado de Madrid más dos puntos y revisable en cada anualidad, las cuales vendrán indicadas mediante el sistema financiero francés, entendiéndose como fecha del inicio del aplazamiento el último pago reflejado en el apartado E anterior. Por su parte, en la Estipulación Octava se establecía que las escrituras públicas que se otorguen podrían efectuarse a favor de personas físicas o jurídicas que los compradores designen. Y en la Estipulación Novena, se indicaba que en el momento de elevar a público el contrato, los compradores darían derecho de participación en la presente compra y futuro desarrollo inmobiliario a D. Fausto y D. Mateo en un diez por ciento a cada uno con sus derechos y obligaciones inherentes a esta compraventa, instrumentando en su momento los documentos públicos o privados suficientes a criterio de las partes (documento nº 2 de la demanda).

»Mediante escritura pública de 16 de septiembre de 1986, los miembros del Consejo de Administración de FAHSA, D. Mateo y D. Fausto , junto con D. Simón , constituyeron la mercantil "Hotel Golf Descubrimiento, S.A." (HGDSA), domiciliada en la misma sede y oficinas de FAHSA (Oficina de Información, Avda. Principal, s/n, Urbanización Playa Serena, Roquetas de Mar), a la que dotaron fundacionalmente con un capital social de 90.000 pesetas, representado por nueve acciones al portador de 10.000 pesetas nominales cada una de ellas, totalmente desembolsadas y que suscribieron por terceras partes iguales los expresados socios fundadores, (doc. nº 5 de la demanda) siendo vendidas sus acciones por el Sr. Simón a D. Pascual en fecha 30 de noviembre de 1988 por su nominal de 30.000 pesetas, no habiendo sido negada dicha circunstancia por los demandados. Dicha mercantil cambió su denominación social a "Europea de Servicios Urbanísticos de Roquetas, S.A. (ESURSA), trasladando su sede social a la calle Consell de Cent, número 106-108, 5º-2 de Barcelona (doc. nº 5 de la demanda).»

La sentencia de la Audiencia Provincial asumió ese relato fáctico y describió el resto de los hechos relevantes de un modo prácticamente idéntico a como lo había hecho la sentencia de primera instancia. La sentencia



de segunda instancia explica cómo durante el mes de diciembre de 1988 se llevaron a cabo las siguientes actuaciones, protocolizadas ante el mismo notario de Barcelona, de las que se reseñan solo las relevantes a efectos de este recurso:

1. Se constituyó la sociedad Jardín Park Europea S.A., con un capital social de mil millones de pesetas, en la que D. Mateo y D. Fausto participaron con un 10% cada uno de ellos, mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988.
2. D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual, como únicos socios de Hotel Golf Descubrimiento S.A., celebraron una junta universal el 1 de diciembre de 1988 en la que acordaron aumentar el capital social desde noventa mil pesetas hasta mil millones de pesetas, que se elevó a público en escritura de 21 de diciembre.
3. Mediante acuerdo adoptado en la junta universal de Hotel Golf Descubrimiento S.A. el 20 de diciembre de 1988, apoderaron al contable de la sociedad para que comprara los terrenos de Playa Serena que eran propiedad de Florencio Agustín e Hijos S.A. (en lo sucesivo, FAHSA), lo que se elevó a público en escritura de 21 de diciembre.
4. D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual, como únicos accionistas de Hotel Golf Descubrimiento S.A., cedieron a Jardín Park Europea S.A. todos sus derechos de suscripción sobre la totalidad de la ampliación de capital de Hotel Golf Descubrimiento S.A. por un precio de 6.807.135.000 pesetas, mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988.
5. Mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988 se protocolizó el acuerdo de junta de socios de Hotel Golf Descubrimiento S.A. en la que D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual decidieron no ejercitar su derecho de adquisición preferente, y en ese mismo acto, Jardín Park Europea S.A. suscribió la totalidad de las acciones que representaba el aumento de capital.
6. Finalmente, mediante escritura pública de 21 de diciembre de 1988, FAHSA (cuyos únicos socios y administradores eran D. Mateo, D. Fausto y D. Pascual), vendió a Hotel Golf Descubrimiento S.A. las 111 parcelas de su propiedad, por un precio de 892.800.000 pesetas, con retención de 290.883.581 pesetas para pago de hipoteca.

En la junta general de socios de FAHSA celebrada el 14 de noviembre de 1996, se acordó el cese, como administrador social, de D. Mateo, cese que fue inscrito en el Registro Mercantil el 3 de enero de 1997. El consejo de administración quedó integrado por su madre, D^a María Consuelo, su hermano, D. Fausto, por el hijo de éste, D. Santos, y su yerno, D. Horacio. Este último cesó poco después de su nombramiento.

FAHSA fue declarada en estado de suspensión de pagos en el expediente 292/1997 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Roquetas de Mar.

El 8 de marzo de 1999, D. Fausto y D.^a María Consuelo (viuda y heredera de D. Pascual, que había fallecido en 1997) vendieron a Dimbar Europea S.L. acciones de FAHSA, de modo que esta quedó finalmente como titular de acciones que representaban el 60,18% del capital social. Dimbar Europea S.L. pagó por las acciones de FAHSA la cantidad de setenta y cinco millones de pesetas.

El 6 de noviembre de 2000, D. María Consuelo, D. Fausto y D. Santos cesaron como administradores de FAHSA y fueron nombrados administradores la sociedad Dimbar Europea S.L., D. Fulgencio y D. Paulino. A estos dos últimos se les transmitió una acción para que pudieran acceder al consejo de administración de FAHSA por cooptación.

En la junta general de socios de FAHSA celebrada el 6 de septiembre de 2001, a la que asistió Dimbar Europea S.L. cuyas acciones representaban el 60,18% del capital social, se acordó ejercitar la acción social de responsabilidad contra los anteriores administradores sociales.

El 1 de octubre de 2002 FAHSA interpuso la demanda en que se ejercitaba esa acción y que ha dado lugar a este litigio. En ella solicitó que se declarase que D. Mateo y D. Fausto y D.^a María Consuelo, como viuda y heredera de D. Pascual, habían incurrido en responsabilidad frente a la sociedad FAHSA «por la operación inmobiliaria y transmisión efectuada por los mismos como administradores de la referida mercantil en cuanto a las fincas que se transmiten en la escritura pública de 21 de diciembre de 1.988 [...] al haber sido realizada la misma en beneficio de los administradores y en correlativo perjuicio patrimonial de la sociedad, y en consecuencia, condene a los demandados a que abonen solidariamente a la compañía actora la cantidad de diez mil seiscientos veintidós millones doscientas veinticinco mil sesenta pesetas (10.621.225.060 PTS), equivalentes a sesenta y tres millones ochocientos treinta y cuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete euros (63.834.847'00 ?), más los intereses legales que prescribe la vigente LECiv, y más los daños y perjuicios que se cuantificarán en ejecución de sentencia, tomando como base los causados a la indicada sociedad en la operación referenciada, al dejar de disponer de la solvencia que tales fincas y activos le proporcionaban [...]».



2.- El Juzgado de Primera Instancia dictó una sentencia en la que desestimó la excepción de prescripción opuesta por D. Mateo y desestimó la demanda. Los principales argumentos por los que el juzgado desestimó la demanda se encuentran recogidos en el fundamento octavo de la sentencia, que declara lo siguiente:

«Si bien la situación de la mercantil FARSA tras la operación denunciada por la Sociedad es la que se refleja en los documentos aportados por las partes, y, que en la medida de lo posible ha quedado descrita en los fundamentos anteriores, esta operación se realizó a través de un mecanismo legal en que los accionistas - si bien, también administradores- realizaron una distribución de beneficios a través de la venta de derechos de suscripción preferente sobre la ampliación del capital de la sociedad compradora de los terrenos, no constatándose que las consecuencias para la sociedad hubieran sido distintas o más favorables para el supuesto de que la venta se hubiera realizado directamente por la mercantil FAHSA; y que dicha operación se acordó por todos los socios -como únicos accionistas y además administradores de la mercantil-, tratándose de una operación plasmada en los correspondientes documentos públicos, inscritos en el Registro Mercantil a disposición de su consulta por cualquier interesado. No es hasta catorce años después cuando la mercantil demandante ejercita la acción social, previamente haber sido adquirida su parte de acciones once años después de las operaciones, pudiendo tener conocimiento de la situación patrimonial de la mercantil y de las consecuencias de dicha operación previamente a la adquisición de las acciones, por lo que carece de razón de ser que se adquiera la parte de la sociedad, en las condiciones económicas en que ya se encontraba y por las que ahora se reclama, y posteriormente se ejercite la acción social de responsabilidad. Por ello no puede acogerse la acción ejercitada por la actora, dado que los demandados ninguna actuación han realizado, en su condición de administradores, que pueda calificarse de ilegítima e ilícita, ya que si bien es cierto que han obtenido beneficios en la operación, estos no han sido determinados con precisión, y, en todo caso, los tres mil millones a que alude en el hecho quinto de la demanda como diferencia entre el precio que alega "confesado" y el que resulta del contrato privado, tampoco ha quedado acreditado con la prueba practicada. La actuación de los administradores no se puede calificar de acto irregular por parte de los mismos, sino consecuencia de acuerdos sociales, es decir, expresiones de voluntad colectiva, que ellos, en el ejercicio de sus funciones de gestión, se han limitado a ejecutar, habiendo soportado ellos mismos las consecuencias originadas en la mercantil mientras estuvieron en posesión de sus acciones, -incluso el demandado D. Mateo , aún sigue ostentando su participación-.

» Es por dichas consideraciones por lo que procede la desestimación de la demanda interpuesta con todos los pronunciamientos inherentes a la misma».

3.- La sociedad demandante apeló la sentencia. D. Mateo no solo se opuso a la apelación sino que también impugnó el pronunciamiento desestimatorio de la excepción de prescripción.

La Audiencia Provincial desestimó la impugnación formulada por D. Mateo , pues declaró que hasta que Dimbar Europea S.L. no se hizo con la mayoría del capital social no se pudo ejercitar la acción social, y estimó en parte el recurso de apelación de FAHSA, por lo que revocó la sentencia de primera instancia y estimó parcialmente la demanda. Condenó a D. Mateo y a D. Fausto a pagar a la sociedad demandante 63.834.847 euros, con sus intereses, absolvió a D.^a María Consuelo y no impuso las costas de ninguna de las instancias.

Para justificar la condena, la Audiencia declara que «el precio de venta, documentado en un contrato previo por 11,000,000,000 pesetas, y confesado en unos de estos actos mediante aumento de capital y precio de la disposición de derechos de adquisición preferente por cerca de 7,000,000,000 pesetas, queda esfumado para la actora, que recibe a cambio sólo 892,800,000 pesetas, cantidad insignificante, más aún, si, además, debe de pechar con el levantamiento de la carga hipotecaria por importe de 290,883,581 pesetas».

4.- D. Mateo y a D. Fausto han interpuesto sendos recursos extraordinario por infracción procesal, basados en siete y cuatro motivos, respectivamente, y de casación, basados en ocho y tres motivos, respectivamente.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fausto

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fausto se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre en una valoración probatoria arbitraria, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

2.- La infracción se habría cometido al declarar probado la sentencia que el valor de las parcelas en 1988 era de once mil millones de pesetas, cuando las parcelas se transmitieron a persona distinta de la prevista en el documento en el que aparecía esa cantidad, que además era un precio sujeto a la obtención de la calificación urbanística de suelo urbano.

**TERCERO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo**

1.- La Audiencia Provincial ha declarado que el valor de las parcelas en 1988 era de once mil millones de pesetas porque ese era el precio que en principio se fijó en el documento privado suscrito por FAHSA con los compradores apenas un mes antes de que se otorgaran las escrituras públicas en las que se documentaron las complejas operaciones por las que se hizo efectiva la transmisión.

2.- El recurrente podrá estar en desacuerdo con dicha valoración probatoria, pero esta no puede tacharse de arbitraria o patentemente errónea, único supuesto en el que este tribunal puede anular la sentencia recurrida por la valoración probatoria que esta haya realizado.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo

1.- El enunciado que encabeza el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fausto es el siguiente:

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC , por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 LEC , al incurrir en incongruencia en sus fundamentos de derecho 21 y 22».

2.- La infracción consistiría en que la Audiencia declara como hecho probado que la maximización del beneficio se produjo mediante la elusión de las normas fiscales, lo cual no fue invocado por ninguna de las partes.

QUINTO.- Decisión del tribunal. Desestimación del motivo

1.- En la demanda se argumentó que la operación realizada para la enajenación de las parcelas que eran propiedad de la sociedad demandante se hizo a través de una «calculada e imaginativa operación inmobiliaria» al amparo del apartado A del núm. 8 del artículo 20 de la Ley 44/78 que eximía de tributación las cesiones de derechos de suscripción preferente (operación que se afirma era conocida como «Chorizos Revilla»), que tenía la finalidad de minimizar el coste fiscal y que no fue aceptada por la hacienda pública, que levantó actas en las que incrementó sensiblemente la base imponible declarada y, por tanto, la cantidad a pagar por la sociedad demandante tanto por el impuesto de sociedades como por el impuesto sobre el valor añadido.

El hoy recurrente, en su contestación a la demanda, alega que «el mayor enriquecimiento de los accionistas que eluden legalmente el IRPF no representa un perjuicio para la sociedad».

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial no modifica esta base fáctica (la búsqueda del máximo beneficio fiscal a través de una serie de negocios complejos, aprovechando una previsión legal entonces vigente), sino que se limita a calificarla como «elusión fiscal». Esto no supone la declaración de un hecho como probado, sino una valoración jurídica de los hechos fijados en el proceso, bien por la propia admisión de las partes, bien por la prueba practicada. No se infringe el principio dispositivo establecido en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ni se incurre en la incongruencia excluida por el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- La Audiencia Provincial no se aparta del debate cuyo objeto viene determinado por las alegaciones de las partes, en cuanto que la propia demandante alegó que la compleja operación mediante la que se transmitieron las parcelas fue realizada para aprovecharse de ciertas ventajas fiscales y el hoy recurrente alegó que la elusión legal del pago de ciertos impuestos no es un perjuicio para la sociedad.

4.- Por tanto, no se ha incurrido en incongruencia por haber resuelto el recurso apartándose de la *causa petendi* [causa o razón de la petición] de la demanda y de las razones de la apelación ni se ha infringido el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues no se ha partido de hechos no aportados por las partes al proceso. Ni siquiera se ha alterado el debate jurídico suscitado por las partes (pese a que el tribunal de apelación está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada en atención al principio *iura novit curia* [el juez conoce el Derecho]) pues tanto la demandante como la recurrente coincidían en que la compleja operación realizada en su día por FAHSA para enajenar los terrenos tenía por finalidad disminuir el coste fiscal de la transmisión.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Fausto se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC , por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 de la LEC , al incurrir en incongruencia de su fundamento de derecho 31».

2.- Los argumentos que se exponen en el desarrollo de este motivo consisten en que la sentencia de la Audiencia Provincial confunde la fecha en que Dimbar Europea S.L. adquirió las acciones de FAHSA, pues en



el apartado 31 afirma que tal adquisición tuvo lugar diez años antes de presentarse la demanda (lo que tuvo lugar el 1 de octubre de 2002), cuando en realidad tal adquisición tuvo lugar en marzo de 1999.

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- La fijación de un hecho erróneo en la sentencia no tiene nada que ver con el principio dispositivo recogido en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni infringe el principio de congruencia que establece el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- El propio recurrente reconoce que en otro apartado de la sentencia, el 37, la Audiencia afirma que fue en marzo de 1999 cuando Dimbar Europea S.L. pasó a controlar FAHSA, lo que muestra claramente que la afirmación contenida en el apartado 31 constituyó un simple error material.

3.- Por otra parte, no explica el recurrente qué trascendencia habría tenido la afirmación errónea contenida en el apartado 31, que en todo caso solo habría podido perjudicar los intereses de la parte demandante, puesto que desvirtuaría sus alegaciones relativas a que no había podido demandar a los administradores sociales hasta el año 1999 y de ahí que no hubiera prescrito su acción.

OCTAVO.- *Formulación del cuarto motivo*

1.- El epígrafe con que se encabeza el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de D. Fausto tiene este contenido:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre en una valoración probatoria arbitraria, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

2.- La infracción estaría constituida porque el apartado 37 de la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que Dimbar Europea S.L. adquirió el paquete de acciones de FAHSA que pertenecían a D. Fausto y a su madre, D.ª María Consuelo , «al decaer esta ampliación» (la ampliación de capital de FAHSA) cuando en realidad no fue la anulación del asiento registral correspondiente al aumento de capital lo que determinó la venta de las acciones de FAHSA a Dimbar Europea S.L. por parte de D. Fausto y D.ª María Consuelo , sino la situación de suspensión de pagos en que se encontraba FAHSA

Y también constituiría una valoración arbitraria de la prueba considerar que D. Mateo realizó un acto de verdadera gestión al presentar en el Registro la escritura de ampliación de capital después de haber sido cesado, cuando ese asiento «fue declarado nulo y sin efecto, sin que ello demuestre en modo alguno que tras su cese continuó realizando actos de gestión de la mercantil».

NOVENO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- El motivo no puede ser estimado.

El primer argumento se limita a manifestar la discrepancia del recurrente sobre una aseveración de la sentencia sobre cuál fue el motivo de una venta de acciones, pero sin justificar por qué constituye una valoración probatoria arbitraria.

2.- El segundo argumento se limita a mostrar su disconformidad sobre una valoración jurídica (qué constituyen actos de gestión a efectos de considerar a una persona como administrador de hecho) que, además de no afectar al recurrente (que carecería por tanto de gravamen), no constituye una valoración probatoria pues no fija hechos, sino que extrae consecuencias jurídicas.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Mateo

DÉCIMO.- *Formulación de los motivos primero y segundo*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por este recurrente se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC , por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218.1 LEC , al incurrir en incongruencia en su fundamento de derecho 37».

2.- El motivo se basa en que la sentencia de la Audiencia Provincial, para desestimar la excepción de prescripción, toma como elemento relevante la realización por el recurrente de un acto de verdadera gestión, la presentación de la escritura de aumento de capital en el Registro Mercantil, cuando la parte demandante en ningún momento alegó, para desvirtuar que la acción contra el recurrente estuviera prescrita, que el recurrente hubiera realizado actos de gestión tras su cese, puesto que el debate procesal sobre la prescripción versó sobre si el cómputo del plazo de prescripción debía realizarse desde el cese del recurrente o desde el cese de su hermano Fausto .



3.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Mateo lleva este epígrafe en su encabezamiento:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 37, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución ».

4.- En el desarrollo del motivo, se argumenta que la Audiencia Provincial incurre en un error patente en la valoración de la prueba al afirmar que D. Mateo presentó en el Registro Mercantil el documento que certificaba el acuerdo de aumento de capital de FAHSA, puesto que la intervención del recurrente fue certificar el acuerdo como secretario de la junta de socios, varios años antes.

UNDÉCIMO.- *Decisión del Tribunal. Falta de efecto útil*

1.- El pronunciamiento por el que la Audiencia Provincial confirma la desestimación de la excepción de prescripción de la acción ejercitada contra este recurrente, aunque ciertamente hace mención al supuesto acto de gestión que dicho demandado habría realizado con posterioridad a su cese (la presentación en el Registro Mercantil de la escritura de aumento de capital), fija como momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción el de la adquisición de las acciones por parte de Dimbar Europea S.L. el 9 de marzo de 1999, al considerar que, una vez perdida la mayoría en el capital social que ostentaban los miembros de la familia Mateo Fausto , «en ese momento era posible la acción porque habría posibilidad de un ejercicio independiente de la acción social de responsabilidad».

2.- Es cierto que la mención de la sentencia recurrida al supuesto acto de rigurosa gestión que se atribuye a D. Mateo versa sobre un hecho no introducido por las partes en el litigio. También es cierto que tal afirmación se funda en un error patente en la valoración de la prueba, puesto que del documento mencionado por la Audiencia lo que resulta no es que D. Mateo hiciera un acto de gestión tras su cese como administrador, sino que la certificación del acuerdo de la junta cuya escritura de protocolización se presentó en el Registro Mercantil había sido expedida por él en un momento en que D. Mateo era administrador social.

Pero no puede revocarse el pronunciamiento desestimatorio de la excepción de prescripción porque en estos motivos no se cuestiona la verdadera razón en la que la Audiencia Provincial basó su decisión, que no es otra que la imposibilidad de ejercicio de la acción social hasta que Dimbar Europea S.L. se hizo con la mayoría del capital social.

3.- Esta razón, por otra parte, es combatida en el recurso de casación.

DUODÉCIMO.- *Formulación de los motivos tercero y cuarto*

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por D. Mateo se encabeza del siguiente modo:

«Al amparo del art. 469.1.2º LEC , por cuanto la sentencia infringe los artículos 216 y 218 de la LEC , al incurrir en incongruencia en sus fundamentos de derecho 21 y 22».

2.- La infracción consistiría en que no fue objeto del debate si hubo o no elusión fiscal.

3.- El cuarto motivo se inicia con este epígrafe:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en los fundamentos de derecho 21 y 22, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

4.- En el desarrollo del motivo se argumenta que afirmar que la operación inmobiliaria se realizó mediante la elusión de normas fiscales constituye una valoración arbitraria, ilógica y absurda de la prueba practicada.

DECIMOTERCERO.- *Decisión del tribunal. Desestimación de los motivos*

1.- El motivo tercero de este recurso coincide sustancialmente con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el otro recurrente. Para evitar reiteraciones que hagan más penosa aún la lectura de esta resolución, nos remitimos a lo dicho para resolver aquel motivo en el fundamento quinto de esta resolución.

2.- Tampoco puede considerarse que tal calificación suponga una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución . Al realizar esa afirmación, la Audiencia no está valorando las pruebas para fijar los hechos cuestionados, sino que está realizando una valoración jurídica de una operación cuya realidad no resulta cuestionada, en la línea de lo argumentado en varios escritos de alegaciones, como se ha expresado anteriormente.

**DECIMOCUARTO.-** *Formulación del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente contenido:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 20, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

2.- Los argumentos que desarrollan este motivo consisten en que la afirmación de que la solicitud de suspensión de pagos se presentó como consecuencia de la despatrimonialización de la sociedad es arbitraria, ilógica y absurda porque en el acuerdo de la junta de socios que acordó la presentación de la solicitud de suspensión de pagos se atribuyó la falta de liquidez a «la actitud y el comportamiento de la gestora G.T.G, S.A.», que se habría apropiado de la facturación del hotel propiedad de la sociedad demandante y omitió el pago de las deudas de la demandante.

El segundo argumento consistiría en que la sentencia afirmó que los demandados impugnaron el acuerdo alcanzado con los acreedores en el expediente de suspensión de pagos, cuando dicha impugnación fue realizada por dos sociedades mercantiles.

DECIMOQUINTO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- Que la valoración del tribunal sobre cuál fue la causa que motivó la presentación de la solicitud de suspensión de pagos de la demandante no coincida con la justificación que se dio en el acuerdo de la junta en que se decidió presentar la solicitud o con la justificación de la insolvencia que se dio en tal solicitud, no constituye una valoración arbitraria de la prueba.

2.- Tampoco lo constituye que se atribuya a uno de los demandados la impugnación del acuerdo alcanzado por la sociedad suspensa con sus acreedores por el hecho de que formalmente tal impugnación fuera presentada por dos sociedades mercantiles, puesto que en la demanda se explicaba que se trataba de sociedades instrumentales, cuyos créditos habían sido adquiridos por el recurrente.

DECIMOSEXTO.- *Formulación del sexto motivo del recurso*

1.- Este motivo se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en el fundamento de derecho 32, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

2.- La infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial afirma que Dimbar Europea S.L. adquirió su participación en la demandante diez años antes de presentar la demanda, cuando lo cierto es que lo hizo en marzo de 1999.

DECIMOSÉPTIMO.- *Desestimación del motivo. Remisión a lo anteriormente resuelto*

1.- Los argumentos que fundamentan este motivo son sustancialmente coincidentes con los que alegó el otro recurrente para fundamentar el motivo tercero de su recurso extraordinario por infracción procesal, aunque en ese caso se utilizara otro cauce impugnatorio.

2.- Nos remitimos a lo que declaramos en los apartados 2 y 3 del fundamento séptimo, que dan respuesta a la impugnación y llevan a su desestimación.

DECIMOCTAVO.- *Formulación del séptimo motivo del recurso*

1.- El séptimo y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de D. Mateo se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4º LEC , por cuanto la sentencia incurre, en una valoración probatoria arbitraria, ilógica y absurda, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución ».

2.- La vulneración consistiría en que la sentencia recurrida afirma que el ejercicio de la acción social fue aprobado por acuerdo de la junta general, cuando, en realidad, la acción social no fue correctamente ejercitada porque la junta de socios ratificó los acuerdos y actos de administración realizados por los administradores cesados.

DECIMONOVENO.- *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

Si el acuerdo adoptado por la junta de socios en que se acordaba el ejercicio de la acción social fue o no correctamente adoptado, a la vista del contenido de otro acuerdo adoptado en la misma junta, es una cuestión de valoración jurídica de los acuerdos adoptados en una junta de socios, que están documentados en el acta, no de fijación de hechos con base en la valoración de pruebas, por lo que el argumento de la Audiencia



Provincial que considera correctamente adoptado el acuerdo no es una valoración probatoria que pueda ser calificada como arbitraria, ilógica o absurda en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación de D. Mateo

VIGÉSIMO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación interpuesto por D. Mateo

1.- El primer motivo de este recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art. 949 del Código de Comercio y del art. 1969 del Código Civil».

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción ha consistido en establecer como *dies a quo* [día a partir del cual se computa un plazo] del plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad a los administradores sociales, el momento en que se produce un cambio en la titularidad del capital social, de manera que los administradores demandados hayan perdido la titularidad de la mayoría del capital social y tal titularidad la haya obtenido un nuevo socio de referencia, que impulse el ejercicio de la acción. La tesis de la Audiencia, que se funda en el art. 1969 del Código Civil, contradice la previsión del art. 949 del Código Civil, y de aceptarse, supondría asumir que mientras no cambie la identidad de los socios, la acción de exigencia de responsabilidad a los administradores sigue viva indefinidamente.

3.- El recurrente también combate la tesis de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, conforme a la cual el plazo de prescripción de la acción se inició cuando cesó el último de los administradores demandados.

VIGESIMOPRIMERO.- *Decisión del tribunal. Inicio del plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad del administrador social*

1.- La Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 no establecía plazo de prescripción de la acción de exigencia de responsabilidad de administrador social. Tampoco lo hacía el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

Es jurisprudencia unánime y pacífica (sentencia 732/2013, de 19 de noviembre, y las en ella citadas), relativa a la situación legal anterior a la ley 31/2014, de 3 de diciembre, que introdujo el art. 241.bis en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la que aplica el régimen de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas «en su actividad orgánica». Dicho artículo 949 del Código de Comercio comporta una especialidad respecto al *dies a quo* del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, si bien se retrasa la determinación del *dies a quo* a la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe (artículos 21.1 y 22 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil), con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento.

Este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero o que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo. Tal es el caso del ejercicio de la acción social por parte de la sociedad, pues en el caso del ejercicio de la acción por parte de la sociedad, esta ha tenido conocimiento del momento en que se ha producido el cese del administrador, sin necesidad de que conste inscrito en el Registro Mercantil.

2.- Por tanto, en cuanto al *dies a quo*, la regla prevista en el art. 949 del Código de Comercio había de ser aplicada con preferencia a la del art. 1969 del Código Civil.

La tesis de la Audiencia Provincial de que solo comenzaba a correr el plazo de prescripción de la acción cuando los administradores contra los que se dirigió la acción, que habían sido los únicos accionistas, dejaron de ostentar la mayoría del capital social y entró en el accionariado un nuevo socio mayoritario, porque solo en ese momento fue posible ejercitar la acción social, es incorrecta.

3.- Tampoco es aceptable la tesis de que solo comienza a correr el plazo de cuatro años del art. 949 del Código de Comercio respecto de todos los administradores demandados, desde el cese del último de ellos. No existe ningún obstáculo para que se ejercite la acción de responsabilidad contra un administrador cesado pese a que persistan en sus cargos el resto de administradores contra los que se vaya a ejercitar la acción social de responsabilidad.

De aceptar la tesis contraria, la acción de exigencia de responsabilidad contra el administrador cesado en su cargo podría pervivir indefinidamente mientras no cesaran el resto de administradores susceptibles de ser demandados.



4.- La consecuencia de lo expuesto es que la Audiencia infringió el art. 949 del Código de Comercio al desestimar la excepción de prescripción opuesta por D. Mateo . Por tanto, la impugnación que este formuló contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debió ser estimada.

5.- La estimación de este motivo, que conlleva la apreciación de la prescripción de la acción ejercitada contra el recurrente, hace innecesario examinar el resto de motivos de casación planteados por él.

Recurso de casación de D. Fausto

VIGESIMOSEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación de D. Fausto

1.- El epígrafe de este primer motivo tiene este contenido:

«Infracción de los artículos 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , en relación con el art. 2.3 del Código Civil y del art. 9.3 de la Constitución Española , la Disposición Derogatoria de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto Legislativo que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010».

2.- En el desarrollo de este motivo se alega, en primer lugar, que se ha infringido el art. 2.3 del Código Civil al haber aplicado retroactivamente el régimen de responsabilidad del administrador social establecido en los arts. 133 y 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en los arts. 236 y 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, a unos hechos acaecidos en 1988, antes de la entrada en vigor de estas normas. Por tanto, el régimen legal aplicable debería ser el de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

3.- A continuación, se argumenta que no concurren los requisitos exigidos por el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 para exigir la responsabilidad del administrador social, puesto que no concurrió el elemento de culpabilidad exigido en esa norma ni el elemento del daño, pues el reparto entre los accionistas de los beneficios de la transmisión de los terrenos que eran propiedad de FAHSA no constituyó un «expolio» a la sociedad.

VIGESIMOTERCERO.- *Decisión del tribunal (I). No procede aplicar retroactivamente el régimen legal de la responsabilidad de los administradores sociales del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 a actuaciones de los administradores realizadas antes de su entrada en vigor*

1.- No resulta del todo claro si la Audiencia Provincial, para resolver la pretensión de la sociedad demandante, que ha ejercitado una acción social de responsabilidad contra los antiguos administradores, ha aplicado la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 en su redacción original o en la resultante de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1989, de 25 de julio, cuya redacción de los arts. 79 y 80 pasó sin apenas modificaciones a los arts. 133 y 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Pero en algunos de sus pasajes se afirma que se está aplicando este último régimen legal en virtud de una retroactividad débil que se le atribuye.

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial declara que el Tribunal Constitucional, al interpretar el art. 9.3 de la Constitución , ha limitado el alcance del principio de irretroactividad pues ha afirmado que no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y para el futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, ya que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución Española , cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas. Lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad. La prohibición de la retroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas, concluye la Audiencia.

3.- La argumentación de la sentencia recurrida no es correcta. El art. 9.3 de la Constitución vincula fundamentalmente al legislador, puesto que impide que las disposiciones de Derecho transitorio de una ley le otorguen una eficacia retroactiva si contiene disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

El juez ha de atender fundamentalmente a las disposiciones de Derecho transitorio que se contengan en una ley y, de no existir, a las normas que con carácter general regulan las cuestiones de Derecho transitorio, esto es, de los efectos de la sucesión de normas en el tiempo, fundamentalmente el art. 2.3 y las disposiciones transitorias del Código Civil . Si una determinada ley no contiene ninguna norma específica sobre Derecho transitorio, el juez ha de negarle efecto retroactivo en virtud de lo dispuesto en el art. 2.3 del Código Civil .



Solo si el régimen de Derecho transitorio previsto en una ley otorga a esta un cierto efecto retroactivo, el juez habrá de tomar en consideración lo previsto en el art. 9.3 de la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional que lo desarrolla, a efectos de realizar una interpretación de esa norma de Derecho transitorio que sea conforme con la Constitución. Si la regulación sobre Derecho transitorio contenido en una ley es incompatible con el art. 9.3 de la Constitución y no es posible realizar una interpretación conforme a esta, debe plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

En el caso del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, este no contiene ningún régimen específico de Derecho transitorio y se limita a indicar su fecha de entrada en vigor. La Ley 19/1989, de 25 de julio, sí contenía algunas normas de Derecho transitorio, pero ninguna afectaba al régimen de responsabilidad de los administradores establecido en los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que reformaba. Por tal razón, debe aplicarse la previsión del art. 2.3 del Código Civil y negar eficacia retroactiva a la nueva redacción de esos preceptos legales reguladores de la responsabilidad de los administradores.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial también afirma que la jurisprudencia de esta sala ha admitido la retroactividad de la Ley no solo cuando haya una previsión específica que le otorgue tal efecto retroactivo, sino también cuando este efecto se pueda deducir del sentido de la Ley y resulte patente el propósito del legislador, pues «el Tribunal Supremo admite la posibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes nuevas en los casos de disposición expresa de la ley, cuando se desprenda ello del propio contenido de la nueva norma y, lo que es aplicable al caso, cuando sean interpretativas, complementarias o ejecutivas de una ley principal».

5.- Es cierto que esta sala ha declarado que si bien el art. 2.3 del Código Civil dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla *tempus regit actum* (esto es, que los actos se rigen por el Derecho vigente en el momento en que se produjeron) que establece ese precepto tiene diversas excepciones y entre ellas está que se trate de normas interpretativas o aclaratorias. Así lo hemos declarado en las sentencias 725/2009, de 18 de noviembre, y 791/2010, de 13 de diciembre, y en las en que en ellas se citan.

Pero no es ese el caso de la regulación de la responsabilidad del administrador social en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Como la propia sentencia de la Audiencia Provincial recoge, este texto refundido sirvió para trasponer al Derecho interno las Directivas comunitarias vigentes en materia de sociedades mercantiles, lo que supuso una modificación sustancial en el régimen de la responsabilidad del administrador social. Mientras que en el régimen de la redacción original de la ley de 1951, el administrador social respondía frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (art. 79), en la reforma de dicho precepto llevada a cabo por la Ley 19/1989 y en el art. 133 del texto refundido de 1989, se estableció que «los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo». El régimen de responsabilidad del administrador se agravó considerablemente, pues además de los casos de malicia, abuso de facultades y culpa grave, se incluyeron, como determinantes de la responsabilidad del administrador, los supuestos de culpa leve o levísima.

Por tanto, no puede otorgarse a la regulación legal de la responsabilidad del administrador contenida en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 el carácter de normas interpretativas o aclaratorias del régimen de responsabilidad contenido en la ley de 1951.

6.- La consecuencia de lo expuesto es que la regulación aplicable para resolver la pretensión formulada es la contenida en la Ley de 1951 anterior a la reforma operada por la Ley 19/1989, por cuanto que todas las actuaciones de los administradores sociales a las que se atribuye incidencia causal en un daño patrimonial a la sociedad tuvieron lugar durante su vigencia, en concreto, en el año 1988, sin perjuicio de que los efectos perduraran tras la entrada en vigor del nuevo régimen legal, al que no puede otorgarse eficacia retroactiva.

VIGESIMOCUARTO.- *Decisión del tribunal (II). La pretensión de acogerse al régimen fiscal más favorable previsto en la ley en la transmisión de bienes sociales no constituye una acción maliciosa o gravemente culposa.*

1.- En la propia demanda se explica que la transmisión de las parcelas que eran propiedad de FAHSA a través de una compleja operación tuvo por finalidad aprovecharse del régimen fiscal previsto en la legislación vigente en aquel momento (en concreto, en el apartado A del núm. 8 del artículo 20 de la Ley 44/78), que eximía de tributación las cesiones de los derechos de suscripción preferente. De ahí que la transmisión de las parcelas se articulara a través de una serie de operaciones en las que los compradores pagaban su precio fundamentalmente a través del pago de la cesión de los derechos de suscripción preferente del aumento de capital de la sociedad, Hotel Golf Descubrimiento S.A., a la que, por un precio sensiblemente menor, se transmitían las parcelas, cuyos socios, a quienes se pagó el precio de la cesión de los derechos de suscripción preferente que les correspondían en el aumento de capital, eran los mismos que los de la sociedad transmitente, FAHSA.



2.- Que posteriormente las autoridades tributarias no dieran a la operación el trato tan favorable que habían pretendido los demandados, porque la Agencia Tributaria consideró que la primera operación de transmisión era una operación vinculada que debía tributar por el valor real de lo transmitido (que, aun así, fue tasado en un valor inferior al precio realmente pagado por los derechos de suscripción preferente sobre el aumento de capital de la sociedad adquirente), no constituye un daño para el patrimonio social causado por malicia o negligencia grave, tal como exigía el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 en su redacción anterior a la Ley 19/1989.

3.- Además de lo anterior, que los beneficios obtenidos por una sociedad sean repartidos entre sus socios no constituye un «expolio» al patrimonio social, como de un modo simplista se contempla en la demanda y se acepta por la Audiencia Provincial.

Las sociedades mercantiles son entidades con ánimo de lucro en las que sus socios buscan la obtención de un lucro personal, que pueden obtener porque los beneficios obtenidos por la sociedad den lugar al reparto de dividendos, o porque, de no repartirse esos dividendos, el valor de su participación en el capital social aumente proporcionalmente y obtengan la plusvalía correspondiente si deciden enajenar sus acciones o sus participaciones.

No es admisible que se presente como un daño al patrimonio social que los beneficios obtenidos por la sociedad se hayan hecho llegar a todos sus socios, ni que cuando cambia la composición del accionariado, los nuevos accionistas, que han adquirido su participación en el capital social por un precio acorde al valor que tenía el patrimonio social una vez que esos beneficios habían sido repartidos a los socios, acuerden que la sociedad ejercite una acción social en la que se reclame, como reparación del daño a la sociedad, que se reintegren a esta los beneficios obtenidos por los socios, catorce años antes en el caso de este litigio.

4.- Por último, la decisión de repartir entre todos los que en aquel momento eran socios el beneficio obtenido por la sociedad, siquiera sea de una manera atípica, para beneficiarse de un régimen fiscal favorable, no es tanto una decisión propia de la actuación orgánica de los administradores sociales como una decisión de los socios. Dado que en aquel momento existía una coincidencia entre unos y otros, pues los tres únicos socios eran a su vez los tres administradores sociales, lo que de irregular pudiera haber existido en la decisión de enajenar las parcelas propiedad de la sociedad del modo en que se hizo para que los socios pudieran repartirse los beneficios obtenidos por la sociedad con la menor carga fiscal, no es tanto un ilícito orgánico atribuible a los administradores como una decisión adoptada por los socios.

5.- Por estas razones, este motivo de casación debe ser estimado, lo que excusa de entrar a analizar el resto de motivos formulados. La sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia debe ser confirmada.

VIGESIMOQUINTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y la estimación de los recursos de casación conlleva que, en cuanto a costas, se condene a los recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal y no se haga especial declaración de las costas de los recursos de casación.

2.- Al resultar revocada la sentencia de la Audiencia Provincial, procede condenar a FAHSA al pago de las costas de apelación, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas generadas por la estimación de la impugnación formulada por D. Mateo .

3.- Procede acordar la devolución de los depósitos constituidos para formular los recursos de casación, así como la pérdida de los depósitos constituidos para formular los recursos extraordinarios por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, 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 los recursos extraordinario por infracción procesal y estimar los recursos de casación interpuestos por D. Fausto y D. Mateo , contra la sentencia núm. 371/2014 de 23 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, en el recurso de apelación núm. 429/2014 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar:



2.º-1.- Estimar la impugnación formulada por D. Mateo contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Roquetas de Mar de 15 de julio de 2013 , que revocamos solamente en cuanto que desestimó la excepción de prescripción formulada por el impugnante.

2.º-2.- Desestimar el recurso de apelación formulado por Florencio Agustín e Hijos S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Roquetas de Mar de 15 de julio de 2013 , que confirmamos salvo en el extremo referido a la desestimación de la excepción de prescripción que formuló D. Mateo .

2.º-3.- No hacer expresa imposición de las costas correspondientes a la impugnación formulada por D. Mateo y condenar a Florencio Agustín e Hijos S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

3.º- No imponer las costas de los recursos de casación y condenar a los recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal

4.º- Devolver a los recurrentes los depósitos constituidos para interponer los recursos de casación y acordar la pérdida de los depósitos constituidos para interponer los recursos extraordinarios por infracción procesal.

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

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

Así se acuerda y firma.