

Roj: **STS 986/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:986**Id Cendoj: **28079110012016100141**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/03/2016**Nº de Recurso: **2421/2013**Nº de Resolución: **151/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D.<sup>a</sup> María Lydia Leiva Cavero y asistida por el letrado D. José Ignacio de Arsuaga y Ballugera, contra la sentencia núm. 302/2013, de 17 de julio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 731/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 296/2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, sobre responsabilidad de los administradores de sociedad de capital. Han sido partes recurridas D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park, S.L., representadas ante esta Sala por la procuradora D.<sup>a</sup> Katuska Marín Martín y asistidas por el letrado D. Jordi Juliá Manresa, y D. Dionisio representado por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y asistido por el letrado D. José María Losa Reverte.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- *Tramitación en primera instancia* .

**1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Marta Pradera Rivero, en nombre y representación de Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra los administradores de la sociedad Grupo Empresarial Hicsa, S.A., D. Pedro Miguel , D. Dionisio , D. Luis y Promociones Dream Park, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» (i) Declare que los demandados D. Pedro Miguel , D. Luis , D. Dionisio y Promociones Dream Park, S.L. han de responder solidariamente de las deudas que la sociedad Grupo Empresarial Hicsa, S.A. mantiene con mi mandante Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. al amparo de lo dispuesto en el actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas).

» (ii) Condene a los demandados D. Pedro Miguel , D. Luis , D. Dionisio y Promociones Dream Park, S.L. a pagar solidariamente a Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. la cantidad de tres millones novecientos sesenta y un mil setecientos treinta y cuatro euros con ochenta y ocho céntimos de euro (3.961.734,88 €), más los intereses legales correspondientes.

» (iii) Condene a los demandados al pago a mis mandantes de las costas procesales causadas».

**2.-** La demanda fue presentada el 28 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona y fue registrada con el núm. 296/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**3.-** El procurador D. Francisco Ruiz Castel, en representación de D. Dionisio , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] dicte sentencia en el sentido de desestimar íntegramente los pedimentos de la adversa contra mi representado, D. Dionisio con expresa imposición de costas a la parte actora por su temeridad y mala fe».

La procuradora D.<sup>a</sup> Beatriz de Miquel Balmes, en representación de D. Pedro Miguel , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se desestime la misma, absolviendo a mi mandante de cuantas peticiones de condena se formulan en su contra, con expresa imposición de costas a la demandante».

El procurador D. Albert Magne Catalá Soto, en representación de D. Luis , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se solicita, la suspensión del Procedimiento, por Litispendencia con el Procedimiento 3/2009, seguido ante el juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza, en su fase de ejecución (Procedimiento de Ejecución 23/2010). Hasta que dicha ejecución termine y se pueda ver la suma obtenida por Luma en aquel Proceso. Subsidiariamente, en caso de rechazo de la litispendencia, dictando en su día Sentencia, en que rechace todas las peticiones de Luma contra el Sr. Luis ».

La procuradora D.<sup>a</sup> Beatriz de Miquel Balmes, en representación de Promociones Dream Park., S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se desestime la misma, absolviendo a mi mandante de cuantas peticiones de condena se formulan en su contra, con expresa imposición de costas a la demandante».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, dictó sentencia de fecha 2 de julio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«[...] Estimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la entidad mercantil Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. se declara que don Pedro Miguel , don Luis , don Dionisio y la mercantil Promociones Dream Park, S.L. han de responder solidariamente de las deudas que la sociedad Grupo Empresarial Hicsa, S.A. mantiene con la mercantil Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. Como consecuencia del anterior pronunciamiento declarativo se condena a los codemandados a pagar conjunta y solidariamente a la actora la suma de 3.961.734,88 euros, más los intereses legales; todo ello con expresa condena en costas a los demandados».

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

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park, S.L., por la representación de D. Luis , por la representación de D. Dionisio . Las representaciones de D. Luis y de Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. se opusieron a los recursos interpuestos de contrario.

**2.-** La resolución de estos recursos correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 296/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 302/2013 en fecha 17 de julio , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos los recursos de apelación interpuestos por Pedro Miguel , Promociones Dream Park, S.L., Dionisio y Luis contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 2 de julio de 2012 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos. En su lugar, estimando en parte la demanda de Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L., condenamos a Pedro Miguel , Promociones Dream Park, S.L., y Luis a hacerle pago de la cantidad de 189.380,51 euros, de forma solidaria entre sí y con la sociedad Grupo Empresarial Hicsa, y a Dionisio a pagarle, de la misma forma que los anteriores, la cantidad de 108.687,40 euros. En ambos casos con sus intereses legales desde la fecha de la interposición judicial.

» No se hace imposición de las costas de ninguna de las instancias y se ordena la devolución a los recurrentes de los depósitos constituidos».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

**1.-** El procurador D. Álvaro Ferrer Pons, en representación de Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L., 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 de la LEC , se alega vulneración en el proceso civil de:

» 3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.



» 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .»

«Segundo.- Infracción del art. 277, en relación con el art. 231 LEC . El recurso de apelación de D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park debe ser inadmitido y no tener por interpuesto el recurso ni sus alegaciones».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.2º LEC al exceder la cuantía del presente procedimiento de los 600.000 Euros».

«Segundo.- Infracción de los artículos 363 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital . La obligación social reclamada es posterior a la causa de disolución».

«Tercero.- Infracción del artículo 394 y 398 LEC ».

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 4 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el motivo primero y segundo del recurso de casación y admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L." contra la sentencia dictada, con fecha 17 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), en el rollo de apelación nº 731/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 296/2011 del Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona.

» 2º) Inadmitir el motivo tercero del recurso de casación.

» 3º) De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC 2000 , entréguese copia del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 22 de diciembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes del caso.**

1.- Los hechos necesarios para la comprensión de las cuestiones planteadas en los recursos han sido fijados en la instancia del siguiente modo.

El 14 de septiembre de 2006, Grupo Empresarial Hicsa, S.A. (en lo sucesivo, Hicsa) y Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. (en lo sucesivo, Luma) suscribieron un contrato de opción de compra sobre seis fincas sitas en la localidad de La Joyosa. Se pacto un precio por la opción de 1.788.420 euros, 2.074.567,20 euros con el IVA.

En el contrato se incluyó, como condición resolutoria, la exigencia de que las fincas estuvieran inscritas a nombre de Hicsa y que en el proyecto de reparcelación figurase una edificabilidad para 221 viviendas de tipo residencial libres aisladas o adosadas, condiciones que debían cumplirse en el plazo de tres años. De no cumplirse tales requisitos en ese plazo, la optante, Luma, podría elegir entre ejercitar el derecho de opción «o que el derecho de opción de compra quede automáticamente extinguido y las fincas libres del mismo, devolviendo en este último caso la concedente a la optante el importe percibido como precio de la opción, con sus intereses legales».

El inicio del plazo de sesenta días concedido para el ejercicio de la opción de compra se fijó en el día siguiente a la inscripción en el Registro de la Propiedad de Zaragoza del proyecto de reparcelación.

También se fijó, como precio de las fincas, la cantidad de 9.638.382 euros más IVA, de los que Luma abonaría la cantidad de 1.292.420 euros (más IVA) en concepto de anticipo, en el plazo de seis meses.



El 14 de marzo de 2007, Luma abonó, en cumplimiento de lo pactado, a Hicsa la suma de 1.499.207,20 euros (IVA incluido) en concepto de anticipo del precio.

El 6 de octubre de 2008, Hicsa remitió un burofax a Luma comunicándole que el proyecto de actuación ya estaba inscrito en el Registro, que había cumplido el resto de condiciones pactadas y que se iniciaba el plazo de 60 días que tenía para ejercitar la opción de compra.

El 23 de octubre de 2008, Luma remitió a Hicsa un burofax en el que comunicaba su decisión de no ejercitar la opción de compra y le imputó no haber cumplido las condiciones pactadas a la vez que reclamó la devolución de las cantidades entregadas. Tal comunicación fue recibida por Hicsa el 27 de octubre de 2008.

Hicsa desatendió el requerimiento y, en enero de 2009, Luma presentó demanda contra ella en la que solicitaba la resolución del contrato y la devolución del dinero entregado (3.573.774,40 euros, más los intereses legales desde el 27 de octubre de 2008 y las costas). El día 19 de noviembre de 2009, se dictó sentencia estimando las pretensiones de Luma, sentencia que fue confirmada ulteriormente por la Audiencia y alcanzó firmeza.

En ejecución de la sentencia se tasaron las costas de primera instancia en la cantidad de 108.687,40 euros, y las de segunda instancia, en 80.693,11 euros. También se liquidaron los intereses en la cantidad de 198.760,71 euros.

En la ejecución únicamente se consiguió el embargo de la cantidad de 180,74 euros, por lo que el importe total de lo adeudado por Hicsa a Luma asciende a la cantidad de 3.961.734,88 euros.

El 15 de mayo de 2009, Luma instó el concurso de Hicsa, que no fue declarado al estimarse la oposición de ésta. El 5 de febrero de 2010, Hicsa presentó comunicación, al amparo del art. 5.3 de la Ley Concursal, del inicio de negociaciones con sus acreedores. Finalmente Hicsa dejó transcurrir con exceso el plazo de cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud y no solicitó ser declarada en concurso.

**2.-** Luma presentó demanda contra D. Pedro Miguel, Promociones Dream Park, S.L. (en lo sucesivo, Promociones Dream Park), D. Dionisio y D. Luis, en su calidad de administradores de Hicsa, en la que alegó ejercitar la acción de responsabilidad establecida en el art. 367, en relación con el 363.1 d), del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Como justificación de la acción ejercitada afirmaba que la sociedad Hicsa, de la que todos los demandados habían sido administradores, adeudaba a Luma la cantidad reclamada como consecuencia de la condena de que había sido objeto en un litigio anterior seguido en Zaragoza que resolvió las discrepancias surgidas entre las partes en relación con el contrato de opción de compra firmado el 14 de septiembre de 2006, sobre las seis fincas sitas en la población de La Joyosa, titularidad de Hicsa, contrato que finalmente quedó resuelto, con el resultado de que Hicsa resultó condenada a devolver a Luma las cantidades entregadas en concepto de precio por la opción (2.074.567,20 euros, IVA incluido) y de pago a cuenta de la futura compraventa (1.499.207,20 euros, IVA incluido), así como a sus intereses. En la posterior ejecución el pago no se hizo efectivo.

**3.-** La sentencia del Juzgado Mercantil estimó íntegramente la demanda al considerar acreditado que la causa legal de disolución de pérdidas concurrió en octubre de 2008, esto es, desde el mismo momento en el que la actora se dirigió a Hicsa resolviendo el contrato con base en la condición pactada y requiriéndola de pago. También consideró que, aunque es la propia deuda reclamada la que ha determinado que deba considerarse a Hicsa incurso en la causa legal de disolución, la fecha de la obligación no puede considerarse anterior a la concurrencia de la causa de disolución.

**4.-** Los demandados formularon recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Lo hicieron por separado, actuando conjuntamente solamente D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park, por lo que se presentaron tres recursos de apelación.

**5.-** La Audiencia Provincial, tras considerar que la omisión del traslado de copias del recurso a una de las partes, posteriormente subsanada, no impedía la correcta admisión a trámite de la apelación, estimó en parte los recursos y solo mantuvo la condena de los administradores sociales al pago de las costas generadas en el litigio que se siguió a instancias de Luma contra Hicsa.

En lo que aquí interesa, y de modo muy resumido, la Audiencia consideró que la concurrencia de la causa legal de disolución consistente en la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social concurrió en el cierre del ejercicio de 2008, momento en que debieron realizarse las oportunas correcciones contables una vez que Luma comunicó a Hicsa, en octubre de 2008, su voluntad de resolver el contrato de opción de compra por no haberse cumplido las condiciones pactadas. Asimismo, consideró que la obligación de pago del principal (prima de la opción y anticipo a cuenta del precio) era anterior al acaecimiento de la causa de disolución, pues debía considerarse como fecha de tal obligación



la correspondiente al momento en que la sociedad asumió la obligación de la que trae causa la posteriormente declarada, esto es, la fecha de suscripción del contrato de opción de compra celebrado en 2006.

Para la Audiencia, la deuda por intereses debía correr la misma suerte que la deuda por el principal, al tener un carácter accesorio.

Solo las costas del proceso que Luma hubo de promover para que se declarara resuelto el contrato y se condenara a Hicsa a la restitución de la prima de la opción y la cantidad entregada a cuenta gozaban de cierta autonomía y podían ser consideradas como constitutivas de una obligación posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución.

6.- Luma ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado formalmente en torno a dos motivos, y un recurso de casación, articulado formalmente en torno a tres motivos, que han sido admitidos a excepción del tercer motivo del recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

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

1.- La recurrente formula dos motivos de recurso extraordinario por infracción procesal, que tienen el siguiente encabezamiento:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1 de la LEC , se alega vulneración en el proceso civil de:

» 3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

» 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ».

«Segundo.- Infracción del art. 277, en relación con el art. 231 LEC . El recurso de apelación de D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park debe ser inadmitido y no tener por interpuesto el recurso ni sus alegaciones».

2.- En realidad, solo se formula un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal, desmembrado artificialmente en dos epígrafes distintos, cuando en realidad el primero solo indica los cauces del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los que se estaría formulando el motivo, que denuncia la infracción del art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues el recurso de apelación formulado por D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park (uno de los tres que se formularon por los demandados) no debió ser admitido a trámite al haberse omitido el traslado de copias a las demás partes personadas. Solo se hizo tras ser advertido el defecto por el Secretario Judicial, por lo que la admisión del recurso produjo a Luma indefensión y vulneración de los derechos del art. 24 de la Constitución .

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal no puede ser estimado por varias razones.

La primera es que no se omitió por completo el trámite de traslado de copias, sino que solo se omitió respecto de alguna de las partes. No hubo, por tanto, un incumplimiento total del trámite, un acto no realizado, sino un acto defectuosamente realizado, defecto que puede ser subsanado y de hecho lo fue.

2.- Asimismo, la estimación del motivo requeriría que, además de la existencia de una infracción procesal, esta hubiera provocado indefensión a la recurrente. La recurrente alega que se le produjo indefensión, pero no se vio gravemente obstaculizada o privada de ninguna posibilidad de alegación o prueba, que es en lo que consiste la indefensión, puesto que se le dio traslado de la copia del recurso en cuestión y pudo rebatirlo, como de hecho lo rebatió.

Alega la recurrente, que además de causarle indefensión, la admisión del recurso de apelación le causó la «vulneración de los derechos del art. 24 CE ». La falta de una mínima concreción sobre cuál de las diversas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva que se protegen en dicho precepto constitucional resultó infringida y cómo lo fue, impide que pueda darse una respuesta a esta alegación. Tan solo procede recordar que cualquier irregularidad o infracción procesal no supone una vulneración del art. 24 de la Constitución .

3.- Una última razón es que el recurso carecería en todo caso de efecto útil, esto es, que aunque se estimara fundado y se considerara no admisible el recurso de apelación formulado por D. Pedro Miguel y Promociones Dream Park, ello no podría dar lugar a la revocación de los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial impugnados en este recurso extraordinario por infracción procesal.

Además de ese recurso de apelación, hubo otros dos, interpuestos por otros demandados, que formularon también las impugnaciones que fueron estimadas por la Audiencia Provincial. Dado el carácter objetivo de las





razones por las que el recurso fue estimado (inexistencia de responsabilidad en los administradores sociales por no ser la obligación social posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución), incluso aunque no hubiera sido admisible el recurso formulado por dos de los demandados, los efectos expansivos de lo resuelto en el recurso de apelación habrían alcanzado también a los condenados solidarios no apelantes por virtud de la naturaleza del vínculo solidario entre quienes están colocados en idéntica situación procesal. La sentencia de esta Sala 448/2010, de 6 de julio, declaró:

«Esta Sala tiene declarado que los codemandados condenados que se hallan en la misma posición que los recurrentes, se benefician de la actividad procesal de estos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por los vínculos de solidaridad, al así exigirlo las más elementales reglas de la lógica, todo ello de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, habiéndose pronunciado en este sentido, entre otras muchas, la sentencia número 21/2005, de 28 enero ( RJ 2005 , 1829 ) , y la número 200/2010, de 30 marzo ( PROV 2010, 174026 ), y las en ellas citadas.»

Así lo ha declarado también este tribunal en el caso de condena solidaria de administradores sociales intervinientes en una misma acción en base a la cual se les exigió responsabilidad ( sentencias 395/2012, de 18 de junio , 670/2010, de 4 de noviembre , y 952/2007, de 19 de septiembre ). Ese es el supuesto objeto del recurso, puesto que la conducta de los demandados que daría lugar a su responsabilidad ( sintéticamente, no haber promovido la disolución de la sociedad concurriendo causa legal de disolución ) es común a todos los administradores demandados, tienen naturaleza objetiva y, por tanto, la absolución fundada en tal motivo había de afectar a todos ellos, hubieran o no recurrido.

### **Recurso de casación.**

#### **CUARTO.-** *Formulación del recurso de casación.*

1.- El recurso de casación se articula formalmente en torno a tres motivos. El tercero, en que se denunciaba la infracción de las normas sobre imposición de costas, no fue admitido.

Los epígrafes que encabezan los motivos primero y segundo son:

«Primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.2º LEC al exceder la cuantía del presente procedimiento de los 600.000 Euros».

«Segundo.- Infracción de los artículos 363 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital . La obligación social reclamada es posterior a la causa de disolución».

2.- El primer motivo no constituye realmente un motivo de casación propiamente dicho, pues no tiene por objeto ninguna infracción legal, sino que se indica el cauce de acceso a casación.

En el segundo se plantean varias cuestiones, fundamentalmente tres: i) la fijación por la Audiencia Provincial del momento relevante para considerar la obligación social anterior o posterior a la causa de disolución es incorrecta, pues la obligación es de octubre de 2008; ii) la fijación del momento en que acaeció esa causa legal de disolución es también incorrecta; y iii) la atribución a la obligación de pago de intereses del mismo régimen temporal que la obligación principal por su carácter accesorio es también incorrecta.

3.- Debe hacerse la precisión de que, habida cuenta del momento en que sucedieron los hechos determinantes de la acción ejercitada, no estaba en vigor el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, sino el de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. En este, los preceptos que actualmente se encuentran en los artículos 363 y 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se encontraban en los artículos 260 y 262.5. Este último, que es el verdaderamente relevante en las cuestiones planteadas en el recurso, ha de aplicarse en la redacción que le dio la disposición final 1ª 8 de la Ley 19/2005 de 14 noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

No obstante, dada la práctica concordancia de la redacción de uno y otro precepto, carece de trascendencia que en las sentencias de instancia y en el recurso se invoque el art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y no el art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas .

#### **QUINTO.-** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo. Determinación del carácter posterior de la obligación social respecto del acaecimiento de la causa legal de disolución.*

1.- La jurisprudencia de esta Sala, en sentencias que por su abundancia y reiteración es innecesario precisar, ha declarado que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación no constituyen una tercera instancia que permita exigir la total revisión fáctica y jurídica de las cuestiones litigiosas, como sí es posible hacer ante un tribunal de apelación. Por el contrario, estos recursos extraordinarios constituyen un grado de



enjuiciamiento jurisdiccional limitado y peculiar, que exige que el recurrente identifique con claridad y precisión la norma que entiende infringida y razone por qué se ha infringido, individualizando con claridad el problema jurídico planteado para que este Tribunal cumpla la función nomofiláctica que le asigna nuestro sistema.

Ello obliga a los recurrentes a observar determinadas reglas exigidas por la configuración de estos recursos extraordinarios.

La recurrente no ha respetado estas exigencias en buena parte de su escrito, pues ha pretendido plantear de nuevo toda la problemática fáctica y jurídica del litigio. Las infracciones legales denunciadas quedan diluidas en un aluvión de alegaciones en que se mezcla lo fáctico y lo jurídico, se hace referencia a cuestiones que no constituyen propiamente una infracción legal o no se delimita como se debiera los contornos precisos de la infracción denunciada, y se alega asimismo la existencia de infracciones procesales (incongruencia, infracción del deber de motivación clara, etc.) que, además de ser infundadas, no pueden ser planteadas en un recurso de casación.

Alegaciones como la remisión genérica que hace la recurrente a «cuantos argumentos ha vertido esta parte tanto en su escrito de demanda iniciadora, como en el escrito de oposición a los recursos planteados, como a lo largo de todo el procedimiento» o la invocación del principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] en el último apartado del motivo segundo, son incompatibles con la naturaleza del recurso de casación, con las exigencias de precisión en la concreta identificación de infracciones legales, y con la función que el Tribunal Supremo tiene al resolver el mismo.

Este Tribunal ceñirá su resolución a las cuestiones jurídicas sustantivas razonablemente delimitadas en el recurso que, como se han dicho, son tres. Por razones lógicas comenzaremos por la cuestión relativa al momento de la concurrencia de la causa legal de disolución para luego abordar la relativa al carácter anterior o posterior de la obligación principal respecto de la concurrencia de la causa legal de disolución y, finalmente, la misma cuestión pero referida a los intereses moratorios.

**2.-** En el motivo alega que la sentencia de la Audiencia Provincial fija incorrectamente el momento en que se produjo la causa legal de disolución, puesto que lo hace en el cierre del ejercicio 2008, mientras que la recurrente sostiene que ya concurría en 2006.

Pero al hacerlo, no identifica una infracción legal en la que haya incurrido la sentencia y de la que se derive la incorrección denunciada, sino que propugna una revisión de la base fáctica, pues se remite al informe pericial aportado con la demanda «que detalla los asientos que Hicsa debió realizar para la correcta contabilización del pago de la prima efectuada por Luma», establece como presupuesto de su impugnación que «ha quedado acreditado que el precio de la opción debió ser contabilizado por Hicsa como un pasivo y no como un ingreso (un activo)», reitera los datos contables contenidos en la demanda a los que habría que atenerse puesto que lo contrario supondría una vulneración del art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en realidad, como se ha explicado antes, del art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), y, en definitiva, cuestiona la base fáctica en la que se apoya la decisión de la Audiencia.

**3.-** Tal proceder es incompatible con la naturaleza del recurso de casación, que permite el control de la correcta aplicación de las leyes, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia al supuesto de hecho sentado en la sentencia de la Audiencia Provincial, no al que interesadamente postule el recurrente.

**4.-** Sin haber formulado ningún motivo que denuncie una infracción legal en la interpretación del contrato celebrado entre Luma e Hicsa, la alegación de infracción de los arts. 363 y 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en realidad, 260 y 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) se basa también en una interpretación del contrato de opción de compra distinta a la sostenida por la Audiencia.

Este proceder es también incompatible con el recurso de casación, en el que la Sala debe partir de la calificación e interpretación de los contratos hecha en la instancia, salvo que se formule expresamente en algún motivo de casación la existencia de infracción de alguna de las normas legales que regulan la interpretación de los contratos (art. 1281 a 1289 del Código Civil), con el limitado alcance que ello es posible en este recurso.

**5.-** Junto con lo anterior, el recurso plantea que la decisión de la Audiencia Provincial no se ajustó a lo afirmado por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas al resolver la consulta núm. 55 y que la prima de la opción y la parte del precio pagada anticipadamente fueron contabilizadas incorrectamente por Hicsa por lo que, de haberlas contabilizado correctamente, se encontraría incurso en pérdidas agravadas en el ejercicio 2006.

El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por función controlar la correcta aplicación de las normas legales, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia que los interpreta y aplica, pero no



la correcta aplicación de la técnica contable, de las resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o del plan general de contabilidad.

Dado que en estas alegaciones no se observa la existencia de una infracción legal, no pueden servir para estimar el recurso planteado y ha de estarse a lo declarado sobre esta cuestión en la sentencia de la Audiencia Provincial.

**6.-** La otra cuestión planteada en el recurso afecta a la determinación de cuál es el momento temporal a tomar en cuenta para decidir si la obligación es posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad. La trascendencia de esta cuestión estriba en que tras la reforma operada por la Ley 19/2005 de 14 noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, el art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ha restringido la responsabilidad solidaria de los administradores sociales establecida en dicho precepto a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Esta redacción ha pasado al texto del art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

La Audiencia Provincial consideró relevante el momento en que la sociedad asumió la obligación de la que trae causa la posteriormente declarada, esto es, el momento de suscripción del contrato de opción de compra celebrado en 2006, de la que traería causa la obligación de restituir la prima de la opción de compra y el anticipo del precio al ejercitar Luma la facultad resolutoria.

Los argumentos más relevantes de la Audiencia para fundar esta conclusión son los siguientes:

«Lo que el legislador pretendió al establecer este requisito en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, fue que la responsabilidad que se pudiera imputar a los administradores se limitara a las nuevas obligaciones contraídas por la sociedad con posterioridad al conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución. Esto es, que se hiciera responsables a los administradores únicamente por sus decisiones de seguir contratando después de conocer que la sociedad había ofrecido indicios de que no podía garantizar con su patrimonio la responsabilidad que pudiera surgir de esas nuevas deudas.

»Sin renunciar al carácter cuasi objetivo de esta responsabilidad, nuestro legislador decidió con esa reforma reducir su alcance introduciendo, siquiera tímidamente, un parámetro subjetivo de imputación de esa responsabilidad consistente en que únicamente se pudiera extender a las nuevas obligaciones contraídas por la sociedad. De forma que lo que se pretendía es penalizar exclusivamente la decisión de los administradores de hacer caso omiso de la obligación legal de disolver y continuar contratando en nombre de la sociedad, asumiendo nuevas obligaciones que pesaran sobre su patrimonio.[...]

»En aplicación de esa norma hemos venido entendiendo que no debe estarse al momento en el que la obligación es exigible o al momento en el que se devenga o se declara sino que es preciso remontarse al momento en el que la obligación se contrae o del que trae causa, lo que resulta de particular trascendencia en el caso de obligaciones pecuniarias que traen causa de otras de carácter distinto. El momento relevante es el primero, esto es, el correspondiente al momento en el que la sociedad asumió la obligación de la que trae causa la posteriormente declarada. Creemos que esa es la interpretación que mejor se acomoda al espíritu y finalidad que informaron la reforma expresada.»

Por el contrario, la recurrente considera que el momento relevante es el de la remisión a Hicsa del requerimiento de resolución y restitución de las cantidades abonadas como prima del contrato de opción y anticipo del precio de la compraventa.

**7.-** Esta Sala considera que la obligación de Hicsa, consistente en restituir a Luma el precio de la opción de compra y el anticipo del precio abonados por esta, no nació cuando se firmó el contrato de opción de compra que contenía una condición resolutoria explícita, sino cuando, cumplida tal condición, Luma hizo uso de la facultad resolutoria que el contrato le otorgaba en tales casos y requirió a Hicsa para que le restituyera el precio de la opción de compra y el anticipo del precio que le había abonado.

Las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, de las que los administradores sociales responden solidariamente con la sociedad conforme a lo previsto en el art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , hoy art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , no quedan circunscritas a las de carácter contractual. La norma establece la responsabilidad solidaria de los administradores sociales respecto de cuantas obligaciones sociales sean posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, si los administradores incumplen las obligaciones previstas en los cuatro primeros párrafos del art. 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , actualmente en los arts. 365 a 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , sin circunscribirlas a las de carácter contractual.





Por tanto, el argumento expresado por la Audiencia de que el precepto legal, tras la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que introduce el inciso «posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución» referido a las obligaciones de las que hace responsables a los administradores solidariamente con la sociedad, busca hacer responsables a los administradores «únicamente por sus decisiones de seguir contratando después de conocer que la sociedad había ofrecido indicios de que no podía garantizar con su patrimonio la responsabilidad que pudiera surgir de esas nuevas deudas» no es exacto, por cuanto que solo contempla un tipo de obligaciones pero no toma en consideración que el precepto también hace responsable a los administradores sociales de las demás obligaciones de la sociedad posteriores a ese momento, tanto las nacidas *ex lege*, como las derivadas de la responsabilidad extracontractual o de la responsabilidad por hecho ajeno, etc.

La función de la norma es incentivar la disolución o la solicitud de concurso de las sociedades cuando concurra causa legal para una u otra solución porque, de no adoptar las medidas pertinentes para conseguir la disolución y liquidación de la sociedad o su declaración en concurso, según los casos, si la sociedad sigue desarrollando su actividad social con un patrimonio sustancialmente menor a su capital social y que se presume insuficiente para atender sus obligaciones sociales, los administradores deberán responder solidariamente de cuantas obligaciones sociales se originen con posterioridad, tanto las de naturaleza contractual como las que tengan otro origen. Dentro de ese ámbito general, como concreción de esta función, tiene efectivamente un efecto desincentivador de la asunción de nuevas obligaciones contractuales por parte de la sociedad, pero no es su función única.

Por tal razón, no es correcto remitirse, en base al razonamiento expresado por la Audiencia, para determinar si la obligación es anterior o posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, «al momento en el que la sociedad asumió la obligación de la que trae causa la posteriormente declarada», puesto que en tal caso lo que es anterior (o para ser más precisos, no es posterior) al acaecimiento de la causa legal de disolución no es la obligación de la que se pretende hacer responsables solidarios a los administradores, sino la relación jurídica previa de la que tal obligación trae causa o con la que está relacionada.

Se trata de una antedatación excesiva de la obligación, por traer causa o estar relacionada con una obligación anterior, que consideramos no está justificada por la función de la norma contenida en el art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (actual art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), salvo que se dé una relación de accesoriedad o subsidiariedad tan pronunciada como la que, como veremos, se produce respecto de los intereses de demora, sin que el hecho de que la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, haya reducido el rigor de la norma que permita una restricción tan extrema de su ámbito objetivo de aplicación.

**8.-** En el caso de una obligación restitutoria derivada del ejercicio de una facultad resolutoria, tal obligación no nace cuando se celebra el negocio que se pretende resolver, por más que tenga una relación directa con el mismo, sino del acaecimiento del hecho resolutorio y del ejercicio por el interesado de la facultad resolutoria derivada del mismo. Es ese el momento temporal que debe tomarse en consideración para determinar si la obligación es o no posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución.

Por tanto, si los administradores sociales no hubieran realizado la conducta que les exigen los cuatro primeros párrafos del art. 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en orden a promover la disolución de la sociedad por concurrir una causa legal de disolución, y con posterioridad al acaecimiento de tal causa legal, la existencia de un hecho resolutorio hubiera dado lugar al ejercicio de la facultad resolutoria por quien contrató con dicha sociedad, y al nacimiento para esta de una obligación de restitución y, en su caso, de indemnizar los daños y perjuicios, los administradores sociales serían responsables solidarios del cumplimiento de dicha obligación.

**9.-** No obstante lo expuesto, la cuestión suscitada carece de trascendencia práctica en el presente caso, pues la solución a adoptar ha de ser la misma que la de la sentencia de la Audiencia Provincial, esto es, que los administradores sociales no son responsables solidariamente de la obligación de restitución de la prima de la opción de compra y del anticipo del precio, puesto que tales obligaciones nacieron con el ejercicio por Luma de la facultad resolutoria por el cumplimiento de la condición resolutoria previstas en el contrato (no inscripción de las fincas en el Registro de la Propiedad a nombre de Hicsa o no obtención de una determinada edificabilidad), y ello tuvo lugar en octubre de 2008, mientras que el acaecimiento de la causa legal de disolución tuvo lugar al cierre del ejercicio 2008, según resultó fijado por la Audiencia Provincial.

**10.-** Otro tanto ha de decirse de la obligación de pago de intereses de mora. En primer lugar, el marcado carácter accesorio que la obligación de pago de intereses de mora presenta respecto de la obligación principal cuyo cumplimiento tardío determina el devengo de los intereses, impide que, a efectos de lo previsto en el art.



262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy, art. 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), se le pueda aplicar un régimen distinto.

Además, tal obligación nació cuando Hicsa se constituyó en mora, al ser requerida de pago por Luma en octubre de 27 de octubre de 2008, esto es, antes del acaecimiento de la causa legal de disolución, sin perjuicio de que tales intereses se siguieran devengando con posterioridad a dicho momento y su adeudo fuera declarado en una sentencia también de fecha posterior, por cuanto que, de no concurrir la nota de acusada accesoriedad a que se ha hecho referencia, lo relevante para decidir si la obligación es anterior o posterior sería la fecha de nacimiento de la obligación, no su completo devengo o exigibilidad ni la fecha de la sentencia que la declara.

**QUINTO** .- *Costas y depósitos.*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

## FALLAMOS

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Luma Desarrollos Inmobiliarios, S.L. contra la sentencia núm. 302/2013, de 17 de julio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 731/2012.

2.º- Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Ignacio Sancho Gargallo.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Rafael Saraza Jimena.-Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.