



Roj: **STS 2569/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2569**

Id Cendoj: **28079110012016100351**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **142/2014**

Nº de Resolución: **363/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 8, 20-02-2012 ,
SAP B 11252/2013,
STS 2569/2016**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 1 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 364/2013 de 21 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 436/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, sobre responsabilidad de administrador social. El recurso fue interpuesto por D. Fructuoso , representado por la procuradora D.ª Isabel Covadonga Julia Corujo y asistido por el letrado D. Óscar Duque de Lama. Es parte recurrida la mercantil Estructuras Metálicas Bayo, S.L., representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistida por el letrado D. Víctor Palacio Viu.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Xavier Ranera Cahis, en nombre y representación de Estructuras Metálicas Bayo, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Fructuoso y D. Simón , en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que estimando la demanda se declare y condene a los demandados a tenor de los siguientes pronunciamientos:

» 1º.- Que D. Fructuoso , en su condición de administrador registral y de facto de la mercantil GTD viene obligado a pagar a mi representada Estructuras Metálicas Bayo, S.L. la cantidad de un millón doscientos cincuenta y un mil novecientos cuarenta euros con veinticinco céntimos, que dicha GTD adeuda a mi mandante y por la que fue condenada judicialmente en sendas Sentencias firmes, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 127 , 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas .

» 2º.- Que D. Simón en su condición de administrador de la entidad mercantil GTD, desde el día 17 de noviembre de 2008, y respecto de la cantidad a que se refiere el pedimento anterior, viene obligado a pagar solidariamente con D. Fructuoso , y hasta el límite por el que se pide su condena, la cantidad de setecientos treinta y un mil ciento cincuenta euros con dieciocho céntimos, correspondientes a las contratas ejecutadas por la actora desde la fecha en que el señor Simón accedió a la administración de la sociedad GTD y por idéntico concepto.

» 3º.- Alternativamente, declare que los demandados D. Fructuoso y D. Simón , el primero como administrador registral y luego como administrador de facto, y el segundo como administrador de la Sociedad GTD desde



el día 17 de noviembre de 2008, son responsables y responden solidariamente frente a mi representada Estructuras Metálicas Bayo, S.L. del pago de aquella cantidad de un millón doscientos cincuenta y un mil novecientos cuarenta euros con veinticinco céntimos, cantidad a la que fue condenada GTD a pagar a la demandante, y ello como consecuencia de no haber convocado a ninguno de ellos, la Junta de Socios para proponer la disolución de la Sociedad GTD, al amparo de lo previsto en los artículos 260.3 y 4, y 252.

5 de la Ley de Sociedades Anónimas.

» 4º.- Condenar en todo caso a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y pagar a mi representada las cantidades respectivamente y en la forma en que se les reclaman en este procedimiento, más el pago del interés establecido en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las cantidades reclamadas a contar de la interpelación judicial, y al pago también de las costas del juicio».

2.- La demanda fue presentada el 14 de marzo de 2010 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona y fue registrada con el núm. 436/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.ª Laura Carrión Rubio, en representación de D. Simón , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la misma, absolviendo a los demandados, todo ello con expresa condena a la demandante al pago de las costas del presente procedimiento».

La procuradora D.ª Laura Carrión Rubio, en representación de D. Fructuoso , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la misma, absolviendo a los demandados, todo ello con expresa condena a la demandante al pago de las costas del presente procedimiento».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, dictó sentencia núm. 56/2012 de fecha 20 de febrero , con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda interpuesta por Don Xavier Ranera Cahis, procurador de los Tribunales y de Estructuras Metálicas Bayo, S.L., contra Don Fructuoso y D. Simón representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Laura Carrión Rubio debo absolver y absuelvo a los demandados, y todo sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Estructuras Metálicas Bayo, S.L. La representación de D. Fructuoso se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 413/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 364/2013 en fecha 21 de octubre , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por Estructuras Metálicas Bayo, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 8 de Barcelona, el 20 de febrero de 2012 , en el juicio ordinario número 436/2010, instado por Estructuras Metálicas Bayo, S.L., contra don Fructuoso y contra don Simón .

» Estimamos, en parte, la demanda y condenamos a don Fructuoso a pagar a Estructuras Metálicas Bayo, S.L., la suma de 1.127.154,12 euros (un millón ciento veintisiete mil ciento cincuenta y cuatro euros con doce céntimos), con su interés legal desde la demanda.

» Desestimamos la demanda en todo lo demás.

» No imponemos las costas de ninguna de las dos instancias del juicio».

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

1.- El procurador D. Jordi E. Ribas Ferre, en representación de D. Fructuoso , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Art. 469.1.4º. Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva».

El motivo del recurso de casación fue:



«Único.- Infracción por aplicación indebida del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital).

» Submotivo Primero.- Aplicación indebida basada en el hecho de que a 31-12-2007 los fondos propios de GTD eran positivos.

» Submotivo Segundo.- Aplicación indebida del art. 262.5 LSA ».

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 25 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º. Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Fructuoso , contra la Sentencia dictada, con fecha 21 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 413/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 436/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona.

» 2º. Y entréguese copia del escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, 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 la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Estructuras Metálicas Bayo, S.L. (en adelante, Estructuras Metálicas Bayo) reclamó en este juicio la responsabilidad de D. Fructuoso y D. Simón , como administradores de la sociedad Gestión, Tecnologías y Desarrollos Industriales, S.A. (en adelante, GTD). Solicitaba que se condenara a los demandados a pagar a la actora la suma de 1.251.940 euros, importe de la deuda contraída por GTD con Estructuras Metálicas Bayo a partir de mayo de 2008.

2.- Invocaba en su demanda un doble título de pedir contra los demandados:

a) La responsabilidad regulada en los artículos 133 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo, TRLSA), por haber causado los administradores un daño directo a la acreedora, por falta de diligencia.

b) La responsabilidad prevista en el artículo 262.5 TRLSA , por no haber convocado oportunamente los administradores la junta de accionistas de GTD para que acordara la disolución de la sociedad, por hallarse esta afectada por las causas del artículo 260.1. apartados 3º (por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento) y 4º (por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal).

3.- El Juzgado Mercantil dictó sentencia en la que desestimó la demanda, aunque no impuso las costas del juicio porque apreció las dudas de hecho y de derecho que suscitaba la cuestión controvertida y las dificultades que, para un tercero ajeno a la sociedad, comportaba la prueba del momento en que los administradores demandados tuvieron conocimiento de que la sociedad estaba incurso en causa legal de disolución.

4.- La demandante interpuso recurso de apelación, en el que solicitó la condena del Sr. Fructuoso , y se aquietó a la absolución del Sr. Simón . La Audiencia, tras admitir la práctica de prueba en segunda instancia, en concreto la ampliación de la prueba pericial a determinados extremos no admitidos en la primera instancia, dictó sentencia en la que estimó en parte el recurso, estimó la acción basada en el art. 262.5 TRLSA , por la concurrencia de la causa legal de disolución consistente en la concurrencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (en lo sucesivo, pérdidas agravadas), y condenó al administrador demandado, Sr. Fructuoso , al pago de la cantidad reclamada.

5.- Son hechos no controvertidos fijados en la instancia los siguientes:



- (i) A 31 de diciembre de 2008, GTD estaba afectada por la causa de disolución de pérdidas agravadas. El balance cerrado a esa fecha muestra que, frente a un capital social de 560.200 euros, los fondos propios de la sociedad eran negativos, por importe de -2.039.259,08 euros. En esas cuentas anuales se realizó una regularización por importe de 3.200.018,57 euros, correspondientes a facturas pendientes de emitir, registradas dentro del epígrafe de clientes.
- (ii) Las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2008 fueron formuladas el 13 de febrero de 2009.
- (iii) El informe de auditoría es de fecha 27 de febrero de 2009. El auditor denegó la opinión sobre tales cuentas por las limitaciones al alcance de la auditoría.
- (iv) Las cuentas anuales fueron aprobadas, por **unanimidad**, el 8 de abril de 2009, en junta universal de socios de GTD presidida por el Sr. Fructuoso y fueron depositadas en el Registro Mercantil el 4 de junio siguiente.
- (v) El día 8 de abril de 2009, en una segunda junta universal de socios, se aprobó la solicitud de concurso de GTD.
- (vi) El 20 de abril de 2009, GTD presentó solicitud de concurso voluntario de acreedores.
- (vii) El auto del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, de 27 de mayo de 2009, declaró la situación de concurso de GTD.
- (viii) Por auto de 9 de febrero de 2010, del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, se aprobó la propuesta de liquidación anticipada del concurso presentada por GTD, se declaró disuelta la sociedad concursada y se ordenó el cese en el ejercicio de su cargo de los administradores o liquidadores, que serían sustituidos por la administración concursal (en lo sucesivo, AC).
- (ix) El Sr. Fructuoso, titular del 60% del capital social, fue administrador de GTD desde su constitución, en 2004, hasta el día 17 de noviembre de 2008. En esta fecha, la junta universal de accionistas de GTD acordó cesarle en el cargo y nombrar como nuevo administrador único al Sr. Simón. El mismo día del cambio de administrador de GTD, el nuevo administrador, Sr. Simón, otorgó amplísimos poderes a favor del Sr. Fructuoso. El Sr. Fructuoso continuó siendo el administrador de hecho de GTD tras su cese.
- (x) La deuda de GTD con Estructuras Metálicas Bayo, por importe de 1.251.940 euros, fue contraída a partir de mayo de 2008.

6.- La controversia se centró en apelación en determinar cuándo fue conocida, o debió ser conocida, por el administrador Sr. Fructuoso la causa de disolución consistente en pérdidas agravadas. Sobre esta cuestión, la Audiencia Provincial declaró en el fundamento 15:

«Los fondos propios de GTD a 31 de diciembre de 2007, según el balance de las cuentas anuales del ejercicio 2007, ascendían a 2.548.121,92 euros [...]. De las actuaciones del juicio extraemos la conclusión de que si, como era debido, se hubiera tenido en cuenta ya en esa fecha -o al formular las cuentas dentro del período de los tres meses siguientes- el importe de la regularización desglosado en el fundamento de derecho anterior, que correspondía a ejercicios anteriores a 2008, los fondos propios de GTD, en el primer trimestre de 2008, hubieran quedado reducidos por debajo de la cifra prevista en el artículo 260.1.4º LSA (menos de la mitad del capital social, aquí de 560.200 euros) y la sociedad hubiera incurrido en la causa legal de disolución».

El desglose de la regularización a que hace referencia es el determinado en el fundamento 14, en estos términos:

«- Importes (2.662.355,04 euros) regularizados en la cuenta 650 "Pérdidas de créditos incobrables", que corresponden a proyectos cerrados y facturados en los ejercicios 2006 y 2007 (los desglosa así, según el año de cierre del proyecto: 2005, 10.784,00 euros; 2006, 924.576,23 euros; 2007, 1.726.994,81 euros). Como se ha dicho antes, también según el informe de calificación de la AC, 2.760.848,08 euros de los 3.200.018,07 euros regularizados, corresponden a proyectos de ejercicios anteriores a 2008.

»- Importes regularizados en la cuenta 650 que no puede asociar a los proyectos cerrados y facturados en los ejercicios 2006 y 2007 (-327.324,40 euros), que deduce de la cifra del apartado anterior.

»- Total importes regularizados con origen en la cuenta 4309 "Clientes facturas pendientes de recibir" (2.335.030,64 euros).

»- El resto del importe regularizado hasta llegar a 3.200.018,07 euros corresponde a saldos regularizados con origen en la cuenta 4009, "Proveedores pendientes de recibir" por valor de 864.018,07 euros. Pese a no disponer de documentación soporte sobre la citada regularización, el movimiento contable realizado, según el informe pericial, es indicativo de que se trata de una regularización por infravaloración de esta cuenta en el ejercicio 2007.



»En la ampliación del informe pericial efectuada en la segunda instancia del juicio, el perito concluye que, antes de la regularización realizada, la cuenta 4309 "Clientes facturas pendientes de emitir" se encontraba sobrevalorada en 2.335.039,64 euros y la cuenta 4009 "Proveedores facturas pendientes de recibir" infravalorada en 864.987,46 euros. El importe regularizado por valor de 3.200.018,07 euros -el informe dice aquí 3.200.018,57-, a 31 de diciembre de 2008, se venía arrastrando en la contabilidad de ejercicios anteriores».

Tras lo anteriormente transcrito, el fundamento 15 sigue diciendo:

«Con independencia del método seguido para la contabilización de los proyectos en curso y los proyectos terminados, el administrador Sr. Fructuoso debió conocer en aquel momento la marcha de la sociedad, porque así lo exigía el deber de administración diligente del artículo 127 LSA (1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad), actualmente, el artículo 225 LSC»

Respecto de la corrección de la regularización realizada por el administrador al formular las cuentas anuales del ejercicio 2008, la Audiencia Provincial recogió la opinión del perito judicial, conforme a la cual la compañía no tendría que haber regularizado los saldos en esos períodos, sino que ya no debería haber reconocido los ingresos puesto que en el mismo ejercicio prestaba un servicio y/o vendía unos productos, que sabía que no iba a facturar ni cobrar; esta forma de contabilización supone que a fecha de formulación de las cuentas anuales, es decir, como máximo tres meses después del cierre, los administradores de la sociedad ya tendrían conocimiento de que no iban a facturar ni cobrar y nunca se debería haber registrado el ingreso.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

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

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula bajo este epígrafe:

« Art. 469.1.4º. Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva».

2.- En el motivo, el recurrente cuestiona la valoración que la sentencia de la Audiencia Provincial hace del informe emitido por el perito judicial. El recurrente considera que tanto del primer informe emitido por el perito como del segundo, emitido en la segunda instancia, se desprende que los fondos propios a fecha 31 de diciembre de 2007 eran positivos y superaban la cifra del capital social, puesto que el segundo informe, que recoge la hipótesis más desfavorable para el recurrente, debe valorarse teniendo en cuenta el «efecto impositivo», que generaría un crédito fiscal por importe de 1.057.911,73 euros. Aplicando este crédito fiscal a los fondos propios de la sociedad a 31 de diciembre de 2007, el resultado no serían unos fondos propios negativos de - 375.392,71 euros, sino unos fondos propios positivos de 682.519,02 euros, superiores incluso al capital social, que era de 502.200 euros. Además, la sentencia recurrida no concreta el importe de los fondos propios después de la regularización, lo que deja a la recurrente sin saber por qué llega a la conclusión de que tales fondos eran negativos a 31 de diciembre de 2007.

Al haber actuado así, la sentencia recurrida habría incurrido en una valoración ilógica y arbitraria de la prueba.

TERCERO.- *Decisión de la Sala. La revisión de la prueba pericial en el recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El recurso extraordinario por infracción procesal no puede ser estimado, por cuanto que esta sala no constituye una tercera instancia, y su función en la revisión de la prueba es muy limitada.

La pretensión impugnatoria pretende, en realidad, que la sala acepte una reelaboración del informe pericial conforme a los particulares criterios e intereses del recurrente, incrementando el activo del patrimonio social con un crédito fiscal que la parte elabora en el recurso a partir de sus particulares datos y criterios, y que le lleva a incrementar el patrimonio social en más de un millón de euros respecto de los datos que resultan del informe pericial emitido en la segunda instancia.

2.- En la sentencia 44/2015, de 17 de febrero , declaramos:

«En relación al primer motivo planteado, resulta conveniente comenzar el examen del mismo recordando que la restrictiva doctrina desarrollada por esta Sala, durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio, del recurso extraordinario (STS de 28 de noviembre de 2008) y en esta línea se ha venido admitiendo con carácter excepcional la **impugnación** (Sentencias de fechas 12 de mayo de 2006 , 28 de noviembre de 2007 , con cita de las de 8 de abril de 2005 , 29 de abril de 2005 , 9 de mayo de 2005 , 16 de junio de 2006 , 23 de junio de 2006 , 28 de julio de 2006 , 29 de septiembre de 2006 y 16 de marzo de 2007 , entre las más recientes),



indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas). Más en concreto se ha venido indicando que procede la revisión probatoria: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (Sentencias de 8 y 10 de noviembre de 1994 , 18 de diciembre de 2001 y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2002 ; b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (Sentencias de 28 de junio y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2001 ; 21 de febrero y 13 de diciembre de 2003 ; y 9 de junio de 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (Sentencias de 28 de enero de 1995 , 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (Sentencias de 20 de febrero de 1992 , 28 de junio de 2001 , 19 de junio y 19 de julio de 2002 , 21 y 28 de febrero de 2003 , 24 de mayo , 13 de junio , 19 de julio y 30 de noviembre de 2004); d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (Sentencia de 3 de marzo de 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (Sentencias de 24 de diciembre del 994 18 de diciembre de 2001 y 29 de abril de 2005); e) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones (Sentencias de 10 de diciembre de 2008 , 8 de febrero de 2008 y 8 de marzo de 2007 , con cita a las de 14 , de abril de 1997 , 17 de marzo de 1997 , 11 de noviembre de 1997 , 30 de octubre de 1998 , 30 de noviembre de 1998 , 28 de mayo de 2001 , 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004)».

3.- En referencia concreta a la posibilidad de revisar la valoración probatoria que el tribunal de apelación ha realizado de la prueba pericial, la sala, en la sentencia 246/2016, de 13 de abril , declaró:

«Las pruebas periciales son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de ellas (sentencias 139/2006, de 9 de febrero ; 124/2006, de 22 de febrero) y solo es posible su revisión en el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible o se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia (sentencia 309/2005, de 29 de abril). [...]

»En el caso concreto de la prueba pericial, a la que se refiere más específicamente el recurso, nuestro sistema parte de la regla *iudex peritus peritorum* , es decir, el valor probatorio de las respuestas de los peritos se fija libremente por el tribunal. Lo dispone de forma clara el art. 348 LEC , conforme al cual el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica».

4.- La valoración de la prueba pericial realizada por la Audiencia Provincial no es arbitraria ni incurre en ningún error patente, por lo que no puede ser estimada su **impugnación** en el recurso extraordinario por infracción procesal.

La prueba practicada, y en concreto la prueba pericial, es analizada detalladamente por el tribunal de apelación, no solo el informe emitido en la primera instancia, incompleto en tanto que la Audiencia Provincial hubo de admitir que fuera ampliado a ciertos extremos rechazados por el Juzgado Mercantil, sino también la ampliación realizada en segunda instancia, y sus conclusiones se ajustan a lo informado por el perito.

Como se ha dicho, el recurrente no denuncia en realidad ninguna arbitrariedad o error patente en su valoración, sino que pretende reelaborar las conclusiones del perito, haciendo surgir conforme a sus intereses un crédito fiscal en una cuantía tal que se pasaría de unos fondos propios negativos a unos fondos propios positivos que superarían ampliamente el importe del capital social.

Tal pretensión excede ampliamente de lo admisible en un recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- La falta de mención de una cifra concreta para cuantificar el patrimonio social no supone infracción alguna del art. 24 de la Constitución . El propio recurrente, al realizar los cálculos para incrementar el patrimonio social de modo que los fondos propios dejen de ser negativos y se supere ampliamente el capital social, parte de una cifra que muestra claramente que la sociedad se encontraba en situación de pérdidas agravadas, al tener fondos propios negativos.

Recurso de casación.

CUARTO.- *Formulación del recurso de casación.*

1.- El recurso de casación de casación se formula en un motivo con dos submotivos. Los epígrafes son los siguientes:

«Único.- Infracción por aplicación indebida del art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital).



» Submotivo Primero.- Aplicación indebida basada en el hecho de que a 31-12-2007 los fondos propios de GTD eran positivos.

» Submotivo Segundo.- Aplicación indebida del art. 262.5 LSA ».

2.- En el primer submotivo se parte de que el recurso extraordinario por infracción procesal haya sido estimado y, por tanto, se haya fijado como base fáctica del litigio que en el momento en que se contrajo la deuda con la demandante, el patrimonio de la sociedad de la que el recurrente era administrador social superaba incluso la cifra del capital social.

En tanto que el recurso extraordinario por infracción procesal ha sido desestimado, no es preciso entrar siquiera en este submotivo.

3.- En el segundo submotivo se impugna la aplicación que la sentencia de la Audiencia Provincial hace del art. 262.5 TRLSA porque GTD era una empresa auditada, presentaba sus cuentas anuales al Registro Mercantil, su concurso fue calificado como fortuito porque así lo consideraron tanto la AC como el Ministerio Fiscal, de lo que deduce que la aplicación del art. 262.5 TRLSA por la Audiencia Provincial «se fundamenta no en los hechos realmente acaecidos sino en una hipótesis expuesta por el Perito Judicial [...]. Ciertamente es que no se regularizó en la forma pretendida por el Perito Judicial pero, a juicio de esta parte, hay que distinguir entre la realidad material de la sociedad y la que "a posteriori" reflejan hipótesis de actuación basadas meramente en criterios contables».

Según el recurrente, se incurrió en causa de disolución porque el administrador regularizó una serie de facturas, por lo que la causa de disolución alegada concurrió en el momento en que realmente se regularizó el importe de tales facturas, en el primer trimestre de 2009, esto es, en un momento posterior al nacimiento de la deuda.

QUINTO.- *Decisión de la Sala. Las «pérdidas agravadas» como causa legal de disolución y el empleo de criterios contables para determinar su concurrencia.*

1.- El art. 260.1.4º TRLSA , en la redacción vigente cuando sucedieron los hechos relevantes, establecía:

«La **sociedad anónima** se disolverá:

» 1º Por acuerdo de la junta general, adoptado con arreglo al artículo 103.

» 2º Por cumplimiento del término fijado en los estatutos.

» 3º Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento.

» 4º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

El vigente art. 363.1.d TRLSC emplea términos prácticamente idénticos.

2.- Esta causa de disolución está íntimamente conectada con la función del capital social en las sociedades de capital. La regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios.

La normativa societaria busca tal fin por varias vías: determinando el *quantum* del patrimonio afecto (fijación de mínimos legales según el tipo societario), garantizando su conocimiento por parte de terceros (constancia en los estatutos y publicidad registral, arts. 9.f TRLSA, actual 23.d TRLSC , y 115 y 121 del Reglamento del Registro Mercantil), asegurando su correcta formación inicial (garantías de depósito bancario de las aportaciones dinerarias y control y responsabilidad de los aportantes respecto de las aportaciones no dinerarias), su completa integración (arts. 42 y siguientes TRLSA , actuales 81 y siguientes TRLSC) y su mantenimiento efectivo a lo largo de la vida social (obligación de reducir el capital por pérdidas del art. 163.1.II TRLSA , actual art. 327 TRLSC, requisitos de publicidad y posibilidad de oposición de acreedores respecto de la reducción de capital , art. 165 y siguientes TRLSA , actuales 319 y 334 TRLSC, responsabilidad de los socios por la restitución de bienes integrantes del capital social por las deudas sociales, etc.).

Esta disciplina viene motivada por el principio básico de separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios, por el que los socios «no responderán personalmente de las deudas sociales», principio básico de las sociedades capitalistas (art. 1 TRLSA , art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , y actual art. 1.2º y 3º TRLSC). Si de las deudas sociales sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afeción a la empresa, su realidad, su integridad, su permanencia y que exista una correspondencia razonable entre



la cifra de capital social que aparece publicitada en el Registro Mercantil y el patrimonio realmente existente, esto es, que el capital social sea un dato real y no ficticio. De ahí la disciplina legal antes indicada.

3.- Dentro de esta disciplina se encuadra también la obligación de los administradores societarios de realizar los actos precisos para la disolución de la sociedad (o, en caso de insolvencia, su declaración en concurso) en un plazo breve desde que se constate que las deudas han dejado reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, a fin de evitar que una sociedad descapitalizada siga funcionando en el tráfico, endeudándose frente a unos acreedores que confían en la apariencia de suficiencia patrimonial que resulta de la cifra del capital social inscrita en el Registro Mercantil. Y es por ello que la normativa societaria prevé la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución si no cumplen sus obligaciones cara a la disolución o la declaración de concurso de la sociedad cuando concurre tal causa de disolución (art. 262.5 en relación a 260.1.4º TRLSA , actual art. 367 TRLSC).

4.- Del mismo modo, la valoración del patrimonio de la sociedad, a efectos de compararlo con la cifra del capital social y determinar si concurre la causa legal de disolución, no puede quedar al libre arbitrio de los administradores sociales, sino que ha de realizarse conforme a unas determinadas reglas y principios, de carácter homogéneo, que son los de la contabilidad tal como viene determinada por las normas que la regulan.

Por ello, no es admisible el argumento impugnatorio que pretende diferenciar entre la «realidad material de la sociedad» y la fijada por el perito en base a criterios contables. Solo la situación patrimonial fijada en base a estos criterios contables puede tomarse en consideración para decidir si concurre la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.

5.- Tampoco pueden tomarse en consideración los argumentos referidos a los informes de auditoría o a la consideración por la AC y el Ministerio Fiscal del concurso de GTD como fortuito. Lo que en realidad hace el recurrente es cuestionar la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial, que ha otorgado un valor probatorio determinante al informe realizado por el perito judicial, en la ampliación realizada en la segunda instancia, y eso no es admisible en el recurso de casación.

SEXTO.- *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 .

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D. Fructuoso , contra la sentencia núm. 364/2013 de 21 de octubre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 413/2012 . **2.º-** Imponer al recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación así como la pérdida de los depósitos constituidos. 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.