

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 205/2008 de 1 Dic. 2008, Rec. 80/2001

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

LA LEY 189353/2008

SOCIEDAD ANÓNIMA. Responsabilidad de la sociedad y de los administradores y miembros del órgano de administración. Valoración del patrimonio social a efectos de determinar la procedencia de la disolución. Empresa que se encontraba en situación de acumulación de pérdidas que situaban su neto patrimonial por debajo de la mitad del capital social. Los miembros del consejo de administración debían tener conocimiento de la procedencia de instar la disolución de la sociedad, obligación que no cumplieron en plazo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de responsabilidad contractual interpuesta contra una empresa y frente a sus administradores. La Audiencia Provincial de Vizcaya estima parcialmente el recurso de apelación y, confirmando la absolución de los administradores, condena a la empresa a pagar a los actores una indemnización. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirmando la cuantía de la indemnización declara la responsabilidad solidaria de empresa y miembros individuales del consejo de administración.

En Contra: SOCIEDAD MERCANTIL; ADMINISTRADOR.

En la Villa de Madrid, a uno de Diciembre de dos mil ocho

SENTENCIA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 80/2001, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Sedical, S.A. aquí representada por la procuradora D.^a Magdalena Cornejo Barranco, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 100/1998, dimanante del juicio de menor cuantía número 507/93 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Bilbao. Habiendo comparecido en calidad de recurrida el procurador D. Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de D. Carlos Daniel , D. Jose Luis y D. Paulino , y, la procuradora D.^a Olga Rodríguez Herranz en nombre y representación de D. Rafael .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao dictó sentencia de 7 de noviembre de 1996 en autos de juicio de menor cuantía n.º 507/93, cuyo fallo dice:

«Fallo. Que, rechazando las excepciones alegadas por los demandados, desestimo también la demanda promovida por Sedical, S. A., representada por la Procuradora Sra. Begoña Urizar Arancibia contra Geval, S. A., Jose Luis , Paulino , Rafael , Carlos Daniel representados por el Procurador Sr. Bartau Morales, contra Alfonso representado por el Procurador Sr. Germán Ors Simón, y contra Javier , Joaquín , Gregorio , Romeo y Jose Ramón en situación procesal de rebeldía, y contra las esposas, si casados fueren, a solos efectos del art. 144 del Reglamento

Hipotecario , sobre reclamación de 19 465 391 pts. (diecinueve millones cuatrocientas treinta y una mil pesetas), con imposición de las costas de este procedimiento a la demandante.»

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Sedical, S. A., ejercita en forma acumulada dos acciones fundamentadas en preceptos sustantivos diferentes pero con un mismo fin: recobrar el precio de la mercancía vendida a Geval, S. A., a partir del mes de agosto de 1992 hasta junio de 1993; la acción contra la mercantil citada se fundamenta en las normas reguladoras de las obligaciones y contratos en general y del contrato de compraventa mercantil en particular; la dirigida contra el resto de los demandados se apoya en las normas y jurisprudencia relativa a la responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima frente a los acreedores de esta.

»Segundo. Alguno de los demandados invoca la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse traído a este procedimiento a la sociedad Ibérica Wanson, S. A. Esta empresa, según lo acreditado, entregó 150 millones de pts. a Geval, S. A., en junio de 1992 a modo de préstamo garantizado mediante hipoteca unilateral sobre inmuebles de la prestataria, arguyéndose por la actora que con la mitad de aquel importe se financió la ampliación de capital efectuada por Geval, S. A., en el mes de abril anterior, ante cuya afirmación el excepcionante señala que, pudiendo haber vinculación directa entre ambas operaciones que, a su vez, pudiera dar lugar a la nulidad del préstamo antedicho, debiera haberse oído también en este procedimiento a la prestamista hipotecante. La excepción no es de recibo, pues, centrada la litis en los términos expresados en el fundamento jurídico anterior, la sentencia en modo alguno puede afectar a Ibérica Wanson, S. A., a poco que se respete el principio de congruencia y, además, está sobradamente demostrado que la ampliación de capital de Geval, S. A., nada tuvo que ver con el préstamo de Ibérica Wanson, S. A., pues, aparte de que no coinciden en el tiempo, aquella se cubrió con fondos propios de diversos accionistas de Geval, S. A., y, en cuanto al préstamo, respondió a una operación financiero-comercial totalmente independiente, cuyo objetivo primigenio era la participación de Ibérica Wanson, S. A., en el accionariado de Geval, S. A., y que posteriormente se frustró, constituyendo esos 150 millones de pts. el primer pago de esa específica ampliación de capital que, por tanto, nada tuvo que ver con la efectuada por Geval, S. A., dos meses antes.

»Tercero. También se invoca la excepción de litispendencia, en base al expediente de suspensión de pagos de Geval, S. A., que se inició tres semanas antes que este procedimiento declarativo; aunque la figura no puede denominarse así --habida cuenta de la ausencia de confrontación contenciosa en un procedimiento concursal de esa naturaleza--, es lo cierto que la acción declarativa iniciada contra la suspensa una vez ya en trámite el expediente de suspensión de pagos habría de verse destinada al fracaso, ya que el crédito que se reclama no es privilegiado sino común, por lo que al estar integrado en el pasivo de la suspensa, ha de atenderse conforme resulte del convenio que en el expediente concursal se apruebe y en modo alguno mediante lo que se disponga en una resolución judicial de naturaleza declarativa y ello en razón a la preferencia que es forzoso dar a la suspensión de pagos por cuanto que su razón de ser es el mantenimiento y supervivencia de una sociedad con problemas económicos por la vía de llegar a acuerdos uniformes con todos sus acreedores, sin que sea lícito por tanto que alguno de estos perciban la totalidad de su crédito al margen de la suspensión mientras esta subsista.

»Dicho lo anterior, se observa sin embargo que durante la larga tramitación que ha tenido este procedimiento el expediente de suspensión de pagos no solo ha llegado a su fin sino que el convenio propuesto por la suspensa y aceptado por los acreedores no ha sido cumplido por aquella, lo que ha motivado que la comisión designada para la vigilancia del convenio se haya convertido en comisión de liquidación, la que ya ha cumplido su misión, materializando todo el activo de Geval, S. A., y haciendo pago a sus acreedores, probablemente por el sistema del prorrateo, con motivo de lo cual Sedical, S. A., ha percibido la cantidad de 38 702 pts., que es lo que le correspondía en dicha liquidación; ante cuya situación, si bien en principio Sedical, S. A., hubiera recuperado el derecho a cobrar el resto de su crédito al haber dado término el expediente concursal, en la práctica aquel ha de darse por no existente al no poderse esgrimir objetivamente

contra nadie, dada la desaparición física de Geval, S. A., por mor de su liquidación, lo que, --y aun reconociendo que la pervivencia registral de dicha sociedad impide darla jurídicamente por desaparecida-- equivale en la práctica a esa desaparición jurídica, lo que haría de todo punto inútil un pronunciamiento condenatorio contra ella, por lo que procede la desestimación de la demanda en cuanto a Geval, S. A., se refiere.

»Cuarto. El resto de los demandados en la presente litis formaban parte del Consejo de Administración de Geval, S. A., en la época en que se produjeron las relaciones comerciales con la actora que fundamentan la reclamación, por cuanto que fueron designados en la junta de accionistas celebrada el día 30 de marzo de 1992; si bien es cierto, por otra parte, que según consta en la inscripción registral aportada por la propia demandante, se delegaron las facultades del Consejo de Administración en los consejeros Joaquín , Gregorio y Alfonso , entre otras funciones para aquellas de la naturaleza que motiva la reclamación de la actora contra todos los administradores, delegación que se hizo mediante escritura de fecha 13 de abril de 1992, inscrita el 27 de junio siguiente, esto es, cuando estaban en su pleno apogeo las relaciones contractuales con Sedical, S. A., por un lado, y con Ibérica Wanson, S. A., por otro; lo anterior supondría, en principio, el tener que descartar toda responsabilidad de los restantes miembros del Consejo de Administración para con la demandante; mas, aunque se mantenga una interpretación contraria, la acción contra los administradores demandados ha de decaer en todo caso y ello por lo siguiente: se ejercita una acción fundamentada, por un lado, en el art. 133 en relación al 127 de la vigente ley de Sociedades Anónimas preceptos que descansan únicamente, para exigir responsabilidad a los administradores, en la omisión de la diligencia con la que deben desempeñar su cargo o en una actuación contraria a la Ley o a los Estatutos, precisándose, para que pueda prosperar la acción del acreedor, la concurrencia de una serie de requisitos como: a) el daño o lesión directa en los intereses de quien ejercita la acción; b) la conducta negligente de los administradores que puede ser leve; c) la relación de causalidad entre una y otra deducida del art. 1107 CC (SSTS d entre otras muchas); correspondiendo al reclamante la obligación probatoria sobre la concurrencia de los anteriores requisitos al ser fundamento de su acción, en conformidad con el art. 1214 del mismo Código; por otro lado, la acción se apoya también en el art. 262.5 en relación al 260 de la misma Ley de Sociedades Anónimas , pues se afirma que los administradores no se preocuparon de convocar la junta para la disolución de Geval, S. A., a la que su situación patrimonial le obligaba.

»Pues bien, no existe prueba suficiente --más bien podría decirse prueba alguna-- de que los administradores demandados incurrieran en negligencia en los términos definidos en los artículos 127 y 133 de la LSA por cuanto que la ampliación de capital en la que tanto énfasis pone la demandante para, a través de ella, hacer decantar la responsabilidad que denuncia, no fue ficticia sino real, con desembolso efectivo de los propios accionistas a la cuenta bancaria de la sociedad, operación absolutamente independiente del préstamo posterior de Ibérica Wanson, S. A., garantizado por hipoteca sobre los bienes de la prestataria, carga cuya no inscripción en el Registro de la Propiedad en el momento del préstamo sino seis meses después no es imputable a los administradores, por ser algo que correspondía hacer a la prestamista al tratarse de una hipoteca unilateral; en resumidas cuentas, la falta de cobro por parte de Sedical, S. A., del precio de los suministros efectuados a Geval, S. A., no es producto de ninguna ficción u omisión registral malévola por parte de los administradores tendente a que aquella, confiada, contratara y no cobrara, ni tampoco de actuaciones contrarias a lo que debe ser un ordenado empresario, lo que en ningún momento se ha acreditado, ni tampoco, por último, a la no presentación de las cuentas de los ejercicios de 1991 y 1992, a lo que también se alude, pues no hay motivo alguno para pensar que, aun habiéndose presentado, Sedical, S. A., hubiera acudido al Registro para consultarlas antes de decidirse a contratar con Geval, S. A., máxime cuando la relación comercial entre ambas entidades era fluida y constante al menos desde 1986, por lo que los pedidos o suministros a partir de agosto de 1992, cuyo precio se reclama, no era sino seguir una rutina comercial respecto de la que la no presentación de cuentas o balances es absolutamente intrascendente; lo que le ha ocurrido a Geval, S. A., es lo que les ha sucedido por desgracia a muchas empresas del país y las circunstancias del caso aparecen en la memoria presentada en la

suspensión de pagos, de lo que son totalmente ajenos los administradores a título de culpa; el mero hecho de la presentación del expediente concursal avala el correcto proceder de los mismos y descarta la exigencia de toda responsabilidad en base al art. 262 de la LSA , que resulta asimismo inaplicable.

»Quinto. Se imponen a la demandante las costas de este procedimiento, por imperio del art. 523 de la LEC ».

TERCERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó sentencia n.º 100, de 17 de febrero de 2000 , en el rollo de apelación n.º 100/1998, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Sedical, S. A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Bilbao, en autos de juicio de menor cuantía n.º 507/93 de fecha 7-11-96, debemos revocar como revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de que, estimando parcialmente la demanda interpuesta contra Geval, S. A., se condena a dicha parte demandada a abonar a la actora la suma de 15 480 687 pts., e intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo confirmar el resto de los pronunciamientos de la citada resolución y, en consecuencia y toda vez la estimación parcial de la demanda asimismo frente a la entidad codemandada, no procede efectuar expresa declaración en cuanto a las costas de la instancia respecto de la citada codemandada y sin expresa declaración en cuanto a las de esta alzada».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. Por la defensa de la parte apelante se solicita la revocación de la sentencia recurrida en cuanto la misma desestima las acciones ejercitadas en la demanda, solicitando su apreciación por esta Sala y solicitándose por las distintas representaciones de las partes apeladas la confirmación de la resolución recurrida.

»Segundo. El presente procedimiento se inició en virtud de demanda formulada contra Geval, S. A. y sus administradores, en reclamación de 19 465 391 pts. por mor del impago de la mercantil de diferentes suministros, en el periodo entre 16/09/92 y 20/05/93, y el actuar negligente de los administradores que lo permitieron y provocaron, solicitando la condena de la entidad codemandada a abonar a la actora la suma indicada, intereses y costas, en base y fundamento en los artículos 1089 y ss., 1254 y ss., 1445 y ss. y 1101 y ss CC y art. 325 y concordantes CCom y se declarase la responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo de administración, en virtud el art. 133 LSA y art. 262.5 del citado texto legal.

»Por lo que hace a la desestimación que la sentencia recurrida efectúa a la acción entablada frente a la sociedad, es lo cierto que, atendiendo al razonamiento que se expone en la citada resolución, esta Sala debe completar el mismo en el siguiente sentido: esto es, si por parte del Juzgador "a quo" y tras referenciar la calidad de crédito común de la parte actora frente a la suspensión de pagos, se hace constancia del camino infructuoso en el cumplimiento del convenio acordado, obligando a la constitución de la comisión del convenio en comisión de liquidación y, en base a ello, entiende expedita la vía del actor a reclamar el resto del crédito no reconocido en aquél, lo que la Sala no puede compartir es la continuidad de dicho razonamiento, ya que de ser así efectivamente nos encontraríamos con un convenio con carácter no virtual a los efectos de reclamación del importe de que se trata y nada impide la declaración formal del crédito del actor, sin perjuicio de que por las evidentes circunstancias de liquidación efectiva y desaparición de hecho de la entidad deudora la efectividad de tal declaración quede prácticamente vacía. Pero lo cierto es que la misma es procedente y debe efectuarse al quedar acreditada la realidad de la deuda pendiente con el actor, sin perjuicio de la infructuosidad o no del mismo para hacerla efectiva ante las circunstancias reales de la sociedad.

»Ahora bien, sentado ello, se opone por la parte codemandada que la cantidad adeudada no es la reclamada sino inferior en 3 017 526 pts., siendo el crédito el que figura en la lista definitiva de acreedores en la suspensión de pagos y el que debe ser considerado, toda vez que la actora en ningún momento impugna dicha cuantía, y ello por cuanto que dicho importe se desprende de la

compensación con la entrega por la entidad Geval, S. A., de dos efectos endosados a la entidad actora, de Ageval, S. A., en pago de siete vencimientos correspondientes a parte de las facturas que se acompañan con la demanda.

»En tal extremo, remitió la defensa de la parte recurrente a la valoración que sobre tal extremo existe en las actuaciones y en tal sentido debe la Sala dejar constancia que frente a las facturas aportadas por la actora se presenta por la codemandada hoy apelada el documento n.º 11 acompañado de certificación del secretario del Consejo de Administración de la entidad codemandada, de que el resumen contenido en aquel obedece y responde a la transcripción gráfica del Libro Mayor de contabilidad de la entidad que refleja las cuentas de los importes de compras y pagos, así como el documento n.º 12 unido a la contestación de demandada, documentos cuya realidad en definitiva queda corroborada por la reflejada en el expediente de suspensión, tal como se encabezaba en las líneas precedentes, consideración ésta que determina debe estarse a la suma de 15 480 687 pts.

»Tercero. Por lo que se refiere a la desestimación que la sentencia recurrida efectúa respecto de la acción de responsabilidad entablada frente a los miembros del Consejo de Administración, rebate la defensa de la parte recurrente los argumentos esgrimidos en aquella, en cuanto la misma descarta la existencia de negligencia de los codemandados, así como que la operación prestática y ampliación de capital fuese ficticia manteniendo su certeza y realidad, manteniendo en tal sentido la parte recurrente los argumentos esgrimidos por la misma en la instancia. Estima igualmente la defensa de la parte recurrente que debe contestarse afirmativamente al interrogante sobre la existencia de negligencia de los administradores en cuanto los mismos, pese a tener conocimiento de la precaria situación económica de la entidad, nada comunicaron a la actora; situación que se revela con total claridad como deficitaria del informe elaborado por la entidad Arthur Andersen en noviembre de 1992, y que determina, junto con el resto de la realidad reflejada por la documental, que en dicha fecha la entidad codemandada se hallaba incurso en causa de disolución, no procediendo los administradores conforme previene el art. 262 de la LSA al incurrir la entidad en las causas del art. 260, sin proceder éstos a convocar Junta social y dirigirse al proceso de quiebra, siendo así que los demandados optaron por acudir al procedimiento de suspensión de pagos con el fin de constituir un peldaño para la liquidación social mediante un convenio favorable para la sociedad. Alegó igualmente la defensa de la parte apelante su discrepancia con las consideraciones emitidas por el Juzgador de instancia respecto a la actuación que la actora pudo llevar, destacando el carácter de relaciones fluidas existentes entre las entidades, lo que determinó que de haber conocido la situación real de la entidad codemandada no se hubiera producido el suministro a las mismas.

»Precisadas de forma concretizada las alegaciones del recurrente, toda vez se mantienen sustancialmente en cuanto al fondo las emitidas en la instancia, conviene recordar -sin ánimo de exhaustividad- que el art. 133 LSA impone la responsabilidad de los administradores por actos propios cuando causen daños a la sociedad. Se trata de una responsabilidad personal de los administradores, la cual no deriva simplemente de actos que sean lesivos para la sociedad, ya que pueden producirse pérdidas importantes en el patrimonio social debidas a la gestión de los administradores y de la que no serán responsables, puesto que una cosa es el riesgo de empresa, la cual ha de ser asumida por la sociedad, aun cuando como resultado se expresen pérdidas cuantiosas y otra, el riesgo de una gestión negligente de los administradores derivada de un incumplimiento de sus obligaciones legales o estatutarias con resultado dañoso a la sociedad de la cual sí responden. Por tanto, para que surja la responsabilidad objeto de análisis, será necesario, que concurren tres presupuestos: acto ilícito de los administradores, daño y relación causal entre el acto ilícito y el daño.

»A su vez, el art. 135 del TR contempla la acción individual de responsabilidad civil contra los administradores, destinada a proteger a los socios y a terceros de aquellos actos realizados por los miembros del órgano de administración que hayan lesionado directamente sus intereses. En la actualidad los supuestos de exigencia de responsabilidad de los administradores por insolvencia de la sociedad se canalizan a través del art. 262.5 TR en el que la imputación de responsabilidad a

los mismos se deriva del incumplimiento de obligaciones sociales. Así, la acción social se destina a reparar el daño social, esto es, el sufrido por la propia sociedad titular de la acción en su patrimonio, aunque afecte indirectamente a socios y acreedores, mientras que la acción individual es una acción que se dirige a la reparación de los perjuicios causados directa e individualmente a los intereses de los accionistas y terceros.

»Cuarto. Entrando en el análisis de las cuestiones en el presente supuesto, amén de que la parte recurrente no desvirtúa el hecho constatado y por tanto acreditado de la delegación de las facultades del Consejo de Administración en D. Joaquín , D. Gregorio y D. Alfonso , escritura de 13 de abril de 1992 debidamente inscrita, por lo que hace al mantenimiento puramente formal del acuerdo de ampliación de capital en marzo de 1992 y constitución de hipoteca en junio de dicho año en garantía de devolución de 150 millones, consta acreditado -tal y como recoge el juzgador de la instancia- que la ampliación de capital quedó suscrita y desembolsada y el efectivo ingresado en las cuentas bancarias de la sociedad. Consta igualmente y así lo recoge la resolución recurrida igualmente, que el préstamo se formalizó por virtud del acuerdo de junio de 1992 en escritura pública de 12 de junio de 1992 por importe de 150 millones de pesetas, pago hecho efectivo mediante el cheque bancario ingresado igualmente en la cuenta de la entidad constituyéndose paralelamente hipoteca de carácter unilateral respondiendo a la garantía de devolución del préstamo efectuado por la entidad Wanson a Geval, y sin que a la vista de las características de la citada operación puede mantenerse la falta de diligencia en la inscripción registral ajena tal actuación a los codemandados al ser asumida por la entidad concesionaria y tal constancia se desprende de la prueba documental que se ha ido incorporando a las actuaciones, lo que determina por demás el análisis de la misma por el órgano "a quo", así ya sean las copias de actas de los acuerdos, abonarés de bancos y cajas de ahorro y escritura notarial de ampliación de capital dando fe del desembolso en los resguardos bancarios. Asimismo, consta certificado expedido por el Banco Español de Crédito del ingreso de la suma de ciento cincuenta millones de pesetas, así como se refleja del documento n.º 10 aportado con la contestación a la demanda por el Sr. Paulino . Ante ello, y por tanto, de la realidad que se desprende de los documentos aportados al respecto no cabe mantener la alegación de la parte recurrente en cuanto a encontrarnos con meras operaciones, acuerdos formales toda vez la efectividad material de los desembolsos e ingresos que aquellos corroboran.

»Sentado ello, la situación de insolvencia que se alega, reflejada en el informe de Braulio en noviembre de 1992, amén de no dejar de tratarse de un análisis puntual de cuyo contenido se revela por demás la patentización de sus propios autores a las cuestiones que se someten a objeto del informe y la carencia de su carácter completo a la luz de los datos con los que se cuenta en la analítica efectuada según se desprende de su lectura, en el sentido que le proporciona la actora recurrente, en cuanto que era patente una situación de quiebra técnica sin que se procediese conforme a los preceptos vigentes a la convocatoria a Junta a fin de proceder a la disolución ordenada de la sociedad y sin que a la misma se le comunicase de tal situación, permitiendo la continuidad en los suministros, carece de virtualidad en cuanto a mantener con ello una actitud negligente de los miembros del Consejo de Administración, y ello por cuanto que tanto nos encontremos analizando la acción ejercitada por mor del art.133 LSA como la acción en base y fundamento al art. 262 de la citada Ley , la actuación acreditada en los autos descarta la prosperabilidad de las citadas, por cuanto es evidente que tal y como reconoce el recurrente las relaciones comerciales entre la entidad actora y la codemanda que se inician al menos desde 1986 eran y fueron continuadas y fluidas, respondiendo el suministro cuyo importe se reclama precisamente al fruto de dichas relaciones mantenidas entre ambas, que las actuaciones seguidas por el Consejo de Administración ya analizadas y atendidas inclusive las fechas de las mismas, no pueden estimarse en ningún caso emprendidas y realizadas en perjuicio precisamente del actor como acreedor permitiéndole que suministrase, pese a conocer de antemano que no se podría abonar la deuda que se contraía, ya que precisamente aquéllas ponen en contradicho tal entendimiento, que si bien la parte recurrente estima que lo procedente no hubiese sido acudir a la suspensión de pagos sino a procedimiento de quiebra, amén de que dicho procedimiento, como bien se apuntó por la defensa de la parte apelada Srs. Carlos Daniel y Jose Luis , pudo ser instado

por cualquier acreedor así la propia parte recurrente, lo que en ningún caso denota es una inactividad del Consejo de Administración ante la situación financiera de la entidad, procediendo de hecho a la solicitud de suspensión de pagos, la cual fue debidamente admitida y constando el auto de aprobación del oportuno convenio de fecha 21 de septiembre de 1994, sin que pueda admitirse la alegación de que ello no constituyó sino una maniobra torticera a fin de favorecer a la entidad suspensa, toda vez los términos del convenio por cuanto que tales alegaciones a la vista de la documental obrante relativa al expediente de suspensión no rebasa el campo de la mera alegación, sin perjuicio de que el actor no tuviese posibilidad más que de estar y pasar por el convenio aprobado por la mayoría, en todo caso no nos encontramos ante una inactividad del Consejo de Administración que permitiese situar no sólo el enlace causal con el importe de la deuda que se reclama, sino incluso la responsabilidad predicable por mor de las obligaciones societarias que a los miembros de aquel incumbía inclusive en su vertiente no subjetiva sino objetiva cara a los acreedores. Por ello, si bien es cierto que no basta señalar que la situación de la entidad deudora no es distinta a la de tantas entidades mercantiles que por las circunstancias del tráfico en que realizan sus operaciones se abocan a una situación de insolvencia, a modo de que ello constituya una panacea de impago de las deudas contraídas con los legítimos acreedores, es lo cierto que en la presente situación no puede imputarse se procediese, como sostiene la actora, por los administradores codemandados con el fin de mantener una solvencia ficticia de la entidad en perjuicio de dichos acreedores, toda vez las actuaciones que por la Junta y Consejo de Administración se adoptaron y siguieron, a fin de preservar el patrimonio social, a los efectos de liquidar el mismo de conformidad con los acreedores de la misma.

»Quinto. Estimado parcialmente el recurso, no procede efectuar expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias, conforme a lo establecido en los arts. 523 y 710 LEC ».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Sedical, S. A., se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Al amparo del art. 1692.4 LEC por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Como norma que se considera infringida ha de citarse la regla hermenéutica del art. 1218 CC, violada por inaplicación, ya que siendo claros los términos de la escritura pública de 13 de abril de 1992 (f. 285) en que se protocolizó la junta de accionistas de 30 de marzo de 1992 (f. 288), así como los de la escritura de 5 de mayo de 1993 (f. 1388) en que igualmente se protocolizó la junta universal de accionistas de 15 de febrero de 1993 (f. 1389) en que se llevó a cabo la protocolización del acuerdo de modificación de los componentes del Consejo de Administración de Geval, S. A., ha de estarse al sentido literal de los acuerdos sociales plasmados en dichos documentos, no hallándose ajustada a derecho la interpretación que la sentencia recurrida hace del alcance jurídico de dichas juntas.»

El motivo se funda, en resumen, lo siguiente:

No todo lo que hace referencia a la fijación en la sentencia de los hechos es juicio de hecho, ya que, cuando para la formación del juicio lógico deductivo deben de ser tenidas en cuenta reglas de Derecho, el tema se convierte en jurídico, pues no nos hallaremos ante una *questio facti* sino ante un juicio de Derecho o *questio iuris*.

En orden a la eficacia del art. 1218 CC, tiene declarado la STS de 14 de octubre de 1991 que los documentos públicos son eficaces y vinculantes para los contratantes que intervienen en los mismos y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que contienen y, lógicamente, las omisiones o no declaraciones, ni obligan ni vinculan a los interesados.

Desde tal perspectiva, el tenor literal de la junta general de accionistas de Geval, S. A., celebrada el 30 de marzo de 1992, según resulta protocolizada en la escritura de 13 de abril de 1992, no puede ser más unívoco y explícito en cuanto a sus declaraciones cuando tras adoptarse el acuerdo de ampliación de capital por 75 000 000 pts., reelige como consejeros sociales a las personas físicas demandadas y constituye el consejo de administración con dichas personas que pasarán a ostentar los cargos siguientes: Presidente: D. Joaquín. Vicepresidente: D. Gregorio. Secretario:

D. Alfonso y Vocales: D. Romeo , D. Carlos Daniel , D. Jose Ramón , D. Javier , D. Jose Luis , D. Rafael y D. Paulino .

La composición del Consejo de Administración se mantendrá inalterable hasta la junta universal de accionistas de 15 de febrero de 1993, protocolizada el 5 de mayo de 1993, en que quedará constituido como nuevo Consejo de Administración de Geval, S. A., compuesto por D. Jose Ramón , D. Carlos Daniel y D. Paulino , que, respectivamente, vendrían a ocupar los puestos de Presidente, Secretario y Vocal. Los expresados acuerdos habrían de ser debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

Consecuentemente no existe duda interpretativa alguna de que entre las dos citadas fechas de 30 de marzo de 1992 y 15 de febrero de 1993, todas las personas físicas demandadas eran administradores de Geval, S. A., tanto a los efectos del art. 133 LSA como del art. 262 LSA .

El hecho de que al amparo del art. 22 de los estatutos sociales se nombrara uno o varios consejeros delegados, ni les exime de responsabilidad ni les limita sus facultades como pertenecientes al órgano de administración, en lo que se refiere a las decisiones que pudiera tomar éste, bien en pleno, bien por aquellos en quien se hubiera delegado.

Esto es así porque «delegar» según el Diccionario de la Real Academia, no es otra cosa que «dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación».

En este sentido, el delegado no es sino un mero representante de quien le confirió su delegación y, por tanto, con capacidad suficiente para vincularle por las decisiones que adopte.

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida alude a la delegación de facultades efectuada por la escritura de 13 de abril de 1992; así, dice la parte recurrente no desvirtúa el hecho constatado y por tanto acreditado de la delegación de las facultades del Consejo de Administración en D. Joaquín , D. Gregorio y D. Alfonso .

La Audiencia hace suyo el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia, quien, también en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia y tras admitir que el resto de los demandados en la presente litis formaban parte del Consejo de Administración de Geval, S. A., en la época en que se produjeron las relaciones comerciales que fundamentan la reclamación, por cuanto que fueron designados en la junta de accionistas celebrada el 30 de marzo de 1992, añade que, según consta en la inscripción registral aportada por la propia demandante, se delegaron las facultades del Consejo de Administración en los consejeros Joaquín , Gregorio y Alfonso , delegación que se hizo mediante escritura de 13 de abril de 1992, inscrita el 27 de junio siguiente; lo anterior supondría, en principio descartar toda responsabilidad de los distintos miembros del Consejo de Administración para con la demandante.

Se conculca el valor legal que según el art. 1218 CC debe darse a las escrituras de constitución y cese del consejo de administración máxime, cuando en relación con operaciones relativas «a la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, deberían de obtener autorización expresa del Consejo de Administración».

La delegación de facultades a que alude la sentencia tenía la precitada limitación o prohibición, relativa a la constitución de cargas o gravámenes sobre inmuebles y su enajenación, según resulta del último inciso de la inscripción registral.

Por lo tanto y, en lo que respecta a la operación con Ibérica Wanson, S. A., por su naturaleza de gravamen hipotecario sobre bienes inmuebles, tuvo que contar con autorización expresa y escrita de todo el Consejo de Administración de Geval, S. A., al carecer los Consejeros Delegados de facultades para realizar por sí operaciones de tal naturaleza.

La Sala a quo hizo una lectura sesgada y parcial de la delegación de facultades, le dio un alcance que legalmente no tiene de eximir de responsabilidades a los consejeros que delegaron sus funciones en los Sres. Joaquín , Gregorio y Alfonso , máxime cuando las acciones ejercitadas se circunscriben al ámbito de las facultades indelegables, como las relativas a la formación de

balances, presentación de cuentas y, en general, las del orden económico relativo a la situación financiera de la empresa, facultades del Consejo de Administración que deben de ser ejercitadas por éste.

Debe prevalecer el alcance y contenido de los acuerdos adoptados en las juntas generales que se invocan frente a la sentencia impugnada que, caso de concurrir los requisitos para ello, circunscribe las posibles responsabilidades exigibles solamente respecto de los tres citados consejeros delegados y debe estimarse el motivo y considerar que todas las personas demandadas por su condición de consejeros Geval, S. A., deben de ser responsables de los actos por los fue exigida su responsabilidad sin excepción alguna por la delegación de funciones.

Motivo segundo. «Al amparo del art. 1692.4.º LEC , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse la regla hermenéutica del art. 1218 CC por inaplicación, ya que siendo claros los términos de la escritura pública de 5 de junio de 1992 (f. 987 y ss.) en que se protocolizó la constitución unilateral de hipoteca de los bienes de Geval, S. A., así como los de la escritura pública de 12 de junio de 1992 acreditativa de la entrega del capital dado a préstamo por Ibérica Wanson, S. A., así como las correspondientes anotaciones de dichos documentos en el Registro de la Propiedad, ha de estarse a los hechos y fechas que los mismos reflejan. Por tanto, no es ajustada a Derecho la interpretación que la sentencia recurrida hace de las referidas documentales públicas en orden a su apreciación con arreglo a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia.

La sentencia recurrida declara probado en su fundamento jurídico cuarto que el 12 de junio de 1992 fue formalizado entre Ibérica Wanson, S. A., y Geval, S. A., un préstamo por importe 150 000 000 pts., cuyo pago se hizo efectivo mediante cheque bancario ingresado en la cuenta de la prestataria Geval, S. A., que, a su vez, paralelamente constituyó una hipoteca para responder de su devolución a la prestamista y razona que a la vista de las características de la citada operación, no puede mantenerse la falta de diligencia en la inscripción registral, ajena tal actuación a los codemandados al ser asumida por la entidad concesionaria.

La inscripción de dicho gravamen hipotecario sobre los inmuebles e instalaciones de Geval, S. A., se produjo 6 meses más tarde como declara probado la sentencia de primera instancia, concretamente el 22 de diciembre de 1992 .

La Audiencia concluyó que el hecho de ocultar a terceros la existencia del gravamen de 150 000 000 pts., no constituye falta de diligencia, porque hace suyo el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia y al ser una hipoteca unilateral, correspondía al acreedor llevar a efecto la inscripción. Este razonamiento escapa a la lógica más elemental y se aleja de las exigencias que imponen las reglas de la sana crítica y de la buena fe negocial.

El desempeño del cargo por un administrador societario como exige el art. 127.1 LSA , debe de responder a la diligencia de un empresario ordenado y de un representante legal y tales adjetivos no pueden ser predicados de aquellos administradores que ocultan a los terceros con quienes contratan que han gravado sus bienes e instalaciones con una importantísima carga hipotecaria.

El que la hipoteca fuese unilateral no priva de legitimación al deudor hipotecario para que la presente en el Registro de la Propiedad para su inscripción, pues, como reconoce el demandado Sr. Jose Luis en su contestación a la demanda, según dispone el art. 141 LH , esta hipoteca, constituida unilateralmente por el dueño de los bienes hipotecados, puede permanecer fuera del Registro hasta que éste requiera notarialmente de cancelación al favorecido con ella.

Cuestión aparte es que no le interese hacerlo, máxime cuando, como puso de manifiesto la prueba practicada, Geval, S. A., atravesaba por una crítica situación económica, previendo sus administradores que, de conocerse por sus suministradores la existencia del importantísimo gravamen, dejarían de suministrarle y, por tal temor, obviaron el dar publicidad al asunto.

Que fue así lo vino a reconocer de forma implícita el consejero Sr. Paulino al contestar a la demanda.

No resulta sorprendente que Ibérica Wanson, S. A., haya estado 6 meses sin inscribir la hipoteca, pues su intención final era entrar a participar en Geval S. A. Es lógico pensar que, si esa era la causa real de la operación de préstamo, interesaba a ambas sociedades su ocultación, pues su publicidad en nada les beneficiaba mientras se llevaba a efecto el análisis económico financiero por la firma Braulio , cuya existencia conoció mi representada al dársele traslado de la contestación a la demanda.

Inferir como hace la sentencia recurrida que la actora recurrente de haber tenido conocimiento de la existencia de un préstamo por importe de 150 000 000 pts. y la paralela hipoteca que garantizaba su pago con vencimiento previsto el 31 de diciembre de 1992, no obstante, habría continuado sus ventas a Geval, S. A., no tiene lógica ni fundamento racional desde el prisma del devenir económico empresarial más elemental.

Si se analiza la evolución de los saldos entre Sedical, S. A., y Geval, S. A., se comprueba que en 1992 y para unas ventas de 51 000 000 pts., se recibieron pagos por importe de 67 800 000 pts., reduciéndose el saldo de crédito que existía al 1 de enero de 1992 de 30 800 000 pts. al de 14 000 000 pts. De haber conocido en su momento la existencia de la hipoteca no hubiera suministrado ni uno sólo de los productos cuyo impago se reclama, pues, como se puede comprobar, la factura impagada más antigua de las reclamadas se remonta al 31 de agosto de 1992, 2 meses después al otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria y la práctica totalidad de las ventas realizadas a Geval, S. A., a lo largo de 1993 son pagadas en metálico, interrumpiéndose inmediatamente cuando se conoce la existencia del préstamo hipotecario por aparecer inscrito en el Registro de la propiedad.

La ejecución futura de una hipoteca de 150 000 000 pts. sacaría del patrimonio del deudor hipotecario todos los bienes objeto de traba y la prueba es que, ejecutada la hipoteca, las sucesivas subastas resultaron desiertas, adjudicándose Ibérica Wanson, S. A., por 10 000 000 pts. según el auto de adjudicación la integridad de los inmuebles garantizados por la hipoteca con sus instalaciones anexas.

El presente motivo debe de ser estimado, pues, con la acreditada ocultación a terceros del gravamen hipotecario, fue incumplida la diligencia que debe de ser seguida en el desempeño de su cargo por un empresario ordenado y leal para con los terceros con quienes contrata.

Motivo tercero. «Al amparo del art. 1692, n.º 4.º LEC , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse la regla hermenéutica del art. 1225 CC , en relación con el art. 512 de la Ley Procesal , al valorar el tribunal a quo el informe emitido por Braulio de forma irracional y contraria a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia, conjugado dicho documento con la resultancia general de la prueba.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Antes de entrar en el desarrollo del presente motivo es preciso efectuar un somero comentario de cómo la parte recurrente conoció la existencia del documento; si entró válidamente en la causa como prueba documental y si puede ser considerado como un documento reconocido de adverso.

De su existencia conoció la parte recurrente al dársele traslado de los sucesivos escritos de contestación a la demanda. El demandado Sr. Paulino al explicar el devenir de las conversaciones habidas con Ibérica Wanson, S. A., citó por primera vez este informe en los siguientes términos literales: «Pero como para ello la multinacional exigió el análisis económico financiero de Geval, a cargo de la firma auditora Braulio , para con su resultado decidir si entraba o no a participar, se acordó por ambas partes que Ibérica Wanson hiciera a Geval un préstamo de 150 000 000 pts., sin intereses y garantizado con una hipoteca, con vencimiento a 31 de diciembre de 1992». Añade dicho demandado, «realizado el análisis financiero por la firma auditora referida anteriormente, su resultado excedió de las previsiones que la multinacional tenía decididas, por lo que en enero de

1992 procedió a solicitar la devolución del préstamo que, al no serle reintegrado, dio lugar a que diera vencida la hipoteca y procediera judicialmente».

Por su parte, el demandado, Sr. Jose Luis alude al análisis de la empresa por la auditora, para admitir que «sus resultados no fueron satisfactorios».

El demandado Sr. Carlos Daniel afirma que ha intervenido en el estudio y valoración de la empresa la prestigiosa firma auditora Braulio que desgraciadamente desaconsejó la conclusión de la operación.

A pesar de la importancia que todos los demandados dieron al referido análisis económico financiero de Geval, ninguno lo aportó, por lo que la actora lo propuso como prueba documental admitida por el Juzgado en su resolución de 9 de mayo de 1996 . Remitido por Braulio , fue acordada su unión al ramo de prueba de la parte hoy recurrente por resolución de 11 de junio de 1996.

Este documento, aparte de ser reconocido implícitamente por los demandados al tiempo de contestar a la demanda fue, asimismo, reconocido en el resumen de pruebas.

Por aplicación del art. 604 LEC es un documento privado de naturaleza mercantil, reconocido por la parte a quien perjudica, por lo que debe de operar sobre el mismo el art. 1225 CC .

El referido documento incorpora un balance de situación de Geval, S. A., según contabilidad al 31 de octubre de 1992 de cuyo contenido los resultados negativos o pérdidas acumuladas a la comentada data según la contabilidad de la propia empresa ascendían a 737 538 000 pts.; el activo realizable, entendiéndose por tal inmovilizado material, clientes, anticipos a proveedores, inversiones financieras temporales y tesorería (85 933 000 + 54 448 000 + 4 600 000 + 6 010 000 + 14 871 000), suma: 165 862 000 pts., y el pasivo exigible entendiéndose por tal sólo los acreedores a corto plazo, ascendía a 961 943 000 pts.

A la vista de dichos datos extraídos de la contabilidad de la mercantil, se evidencian dos conclusiones, la empresa se encontraba en situación de quiebra técnica al ser su pasivo exigible superior a su activo realizable e incurría en la causa de disolución 4.ª del art. 260 LSA , como consecuencia de pérdidas acumuladas que dejaban reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la mitad de su capital social.

Este análisis económico-financiero es de 31 de octubre de 1992, esto es, 6 meses, después del ingreso en las cuentas sociales de la suma de 75 000 000 pts., por la ampliación del capital social y 4 meses más tarde a que Ibérica Wanson ingresara los 150 000 000 pts., de su préstamo.

De los 225 000 000 pts. que según declara probado la sentencia, fueron ingresados en la cuenta de Geval, S. A., en Banesto, al 31 de octubre de 1992 solamente quedaban 14 871 000 pts., partida tesorería.

Si se analiza el movimiento de la referida cuenta se comprueba que en junio de 1992 había desaparecido cualquier resto dinerario del ingreso de 75 000 000 pts., por la ampliación de capital pues habían números rojos por 500 000 pts. y, de los 150 000 000 pts. ingresados por Ibérica Wanson S. A., el 12 de junio de 1992, 95 000 000 pts. fueron dispuestos mediante cheques bancarios el primer día en que se podía disponer (3 de ellos por importe de 20 000 000 pts., cada uno), desapareciendo el resto del saldo en los 15 días siguientes.

El dinero no se destinó a pagar acreedores. Por tanto, los administradores de Geval, S. A., no ejercieron sus cargos como ordenados empresarios.

La sentencia recurrida desnaturaliza el valor probatorio del informe de Braulio por tratarse de un análisis puntual, porque entiende que es incompleto y carece de virtualidad para mantener la existencia de una actitud negligente de los miembros del Consejo de Administración.

La Audiencia minusvalora dicho informe; confunde lo que son salvedades contables normales que forzosamente tienen que realizarse en este tipo de documentos, con «carencias». Las notas obrantes al pie del balance son las obligadas y lógicas que se realizan en un estudio económico

financiero de tal naturaleza, encargado a una empresa auditora de prestigio internacional, para que establezca un valor real de mercado a los efectos de la posible compraventa de la empresa, «valor real» que no quiere decir otra cosa que situación real.

Los resultados económico-contables reflejados en el informe de Braulio corresponden a la situación real de la empresa según el análisis que se desprende de la tramitación del expediente de suspensión de pagos.

Sorprende que la Audiencia negara la existencia de evidencias acreditadas de actitudes negligentes en los miembros del Consejo de Administración de Geval, cuando dichas actitudes fueron expresamente reconocidas por los propios administradores al relatar las razones por las que la mercantil se veía abocada a la suspensión de pagos.

La negligente gestión empresarial fue manifestada por los interventores que, al detallar las informalidades observadas, informan al Juzgado con base en la certificación del Registro Mercantil de que la sociedad no ha efectuado el depósito preceptivo de cuentas anuales auditadas correspondientes a los ejercicios de 1990 a 1992. Debido a que no hemos podido examinar el libro de actas no conocemos si las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 1990 a 1992 están formuladas y aprobadas. No obstante, hemos sido informados de que las cuentas anuales del ejercicio de 1992 no han sido formuladas.

Según certifican los interventores no existía ninguna documentación contable que explicitase de forma fiable el destino de los 225 000 000 pts. Tal hecho de no llevar una ordenada contabilidad sólo puede ser calificada como una grave negligencia por quienes como los administradores vienen obligados a ello.

Los interventores reconocen en su informe que desde el ejercicio de 1990 se producen pérdidas crecientes. Al no facilitárseles registros contables no pueden establecer de forma exacta la cifra de pérdidas acumuladas, si bien, citan: pérdidas derivadas de la inversión en la sociedad Corat, S. A., 280 000 000 pts.; reducción de ventas con respecto a 1991, conservándose la misma estructura de gastos, 168 000 000 pts.; inadecuada gestión de cobros a clientes que obliga a efectuar una dotación para insolvencias de 197 000 000 pts. Suma = 645 000 000 pts.

La cifra de resultados negativos acumulados que hizo constar Braulio en su balance cerrado al 31 de octubre de 1992, por importe de 737 538 000 pts., es veraz y exacta, pues a la empresa auditora sí se le facilitó la contabilidad real, a diferencia de lo acontecido con los interventores de la suspensión.

El pasivo de Geval, S. A., es evaluado en 950 000 000 pts., más o menos, las dos únicas diferencias existentes entre el análisis económico financiero de Braulio y el de la intervención de la suspensión de pagos, son la ratio de liquidez y el valor del inmovilizado realizable y respecto de ambos parámetros las conclusiones de la empresa auditora se acercaban más a la realidad que las de la intervención.

Según Braulio el activo realizable es 165 862 000 pts. = 0,172 y el pasivo exigible = 961 943 000 pts.

La intervención de la suspensión de pagos valora el activo realizable en 301 504 570 pts = 0,32 y el pasivo exigible = 940 729 822 pts.

Según la empresa auditora, de cada peseta adeudada se tenía para disponer 0,172 pts y según la intervención se tenían 0,32 pts.

Por auto de 21 de septiembre de 1994 fue aprobado el convenio entre Geval y sus acreedores que ponía fin al expediente de suspensión de pagos, así se aprobaba una quita del 40%. Del 60% del resto de la deuda, tan sólo un 4% tenía que ser abonado por la suspensa a sus acreedores dentro del primer año. Según certifica el 23 de julio de 1999 el Juzgado de Primera Instancia que había tramitado la suspensión de pagos, no consta ningún pago realizado a acreedores, ni actos concretos de conservación, administración y disposición de bienes llevados a efecto por la comisión liquidadora.

El valor del inmovilizado por Braulio fue cifrado en 85 933 000 pts. Y la intervención lo valoró en 711 634 922 pts.

La valoración de la intervención es el doble de la que prácticamente en la misma época había sido efectuada por Geval e Ibérica Wanson en la escritura de hipoteca que garantizaba la devolución del préstamo de 175 000 000 pts., con un detalle añadido, pues al tratarse de un crédito con derecho de abstención y reconociéndose asimismo que se estaba ejecutando en sede de un procedimiento del art. 131 LH , no se valorará dicha contingencia en el informe, a pesar de su trascendencia.

El presente motivo debe estimarse, pues la Audiencia valoró el informe de Braulio de forma irracional y contra las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia.

Motivo cuarto. «Al amparo del art. 1692, n.º 4 LEC , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el art. 262.5 LSA , violada por inaplicación en su relación con el artículo 260.4 de dicho texto legal. También ha de citarse como infringido el artículo 135 de la precitada LSA , al haber sido aplicado en la sentencia recurrida.

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Según la doctrina científica (Alcover Garay) en el proceso de gestión societaria ocupan un lugar esencial los administradores, encargados de llevar la administración social y de examinarla constantemente, a fin de detectar pérdidas significativas y, en su caso, convocar junta general para tratar de la disolución de la sociedad. Y, como el legislador tiene un gran interés en que esta normativa se cumpla impone una gravísima sanción de carácter civil a los administradores negligentes: la de ser responsables solidarios de todas las deudas sociales.

El art. 260.4 LSA obliga a disolver la sociedad como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, debiéndose llevar a efecto el acuerdo social de disolución en el ámbito de las previsiones del art. 262.2 LSA que establece la obligación positiva de los administradores de convocar junta general para la adopción del precitado acuerdo en el término de dos meses, bajo expresa sanción -según su n.º 5- de responsabilidad solidaria por deudas sociales en el caso de no hacerlo.

La finalidad de esta «disolución por pérdidas», es evitar situaciones de insolvencia patrimonial. Las normas societarias parten de la base de que la sociedad se encuentra en una fase preconcursal en la que no hay propiamente una situación de insolvencia, sino unas pérdidas significativas que deben invitar a una reflexión a los socios en una junta general sobre el futuro social, a fin de decidir si disuelven y liquidan o si continúan, aumentando o reduciendo el capital.

Dados los claros términos imperativos del art. 262.2 LSA , si la solicitud de declaración judicial de suspensión de pagos o de quiebra voluntaria, se realiza sin que los administradores hayan cumplido con sus obligaciones de convocar o de solicitar la disolución en el plazo legalmente establecido, el nacimiento de su responsabilidad no ofrece duda: no han intentado poner remedio a la situación de pérdidas progresivas y ello ha degenerado en una insolvencia.

Esta doctrina científica ratificada por Quintano Ripolles es aplicable al supuesto objeto de debate según el informe de la intervención cuando Geval S. A., instó en junio de 1993 la suspensión de pagos, se encontraba en situación de iliquidez y con sus propiedades inmobiliarias en plena ejecución por mor de un procedimiento del art. 131 LH .

La flagrante iliquidez, aunque suavizada, la pusieron de manifiesto los interventores desde que fijaron como ratio de liquidez la cifra del 0,32 pts y decimos suavizada porque según Braulio , dicha ratio era la mitad que la anterior 0,172 pts.

Del expediente judicial de suspensión de pagos se deduce que la liquidez era en realidad una total insolvencia, pues, aprobado el convenio propuesto por los administradores de Geval, S. A., con una quita del 40% y en un aplazamiento del 60% restante a 8 años, con un pago del 4% en el

primer año, ni siquiera hizo efectivo ese pago del 4% del 60% de la deuda inicial a ninguno de sus acreedores.

Al plantearse la suspensión de pagos, la ejecutante hipotecaria se adjudicó los bienes inmuebles de la suspensa, careciendo la comisión de vigilancia, transformada después en comisión liquidadora de siquiera la cifra de 10 000 000 pts. Con que acudir a la 3.ª subasta. Se planteó un expediente de suspensión de pagos como medio de llevar a efecto la liquidación de Geval, S. A., evitando una quiebra.

De la crítica situación ya eran conscientes los administradores de Geval S. A., al desistir Ibérica Wanson, S. A., de su inicial intención de adquirir el 45% cuando a primeros de noviembre de 1992 se recibió el estudio financiero económico de Braulio . Máxime, cuando el 3 de diciembre de 1992 se presentó la hipoteca para su inscripción registral por la acreedora hipotecaria.

El balance elaborado por Braulio reflejaba unos resultados negativos acumulados de 737 538 000 pts. pérdidas acumuladas que dejaban reducido el patrimonio de Geval, S. A., a una cantidad inferior al 50% de su capital social. Así, el plazo de 2 meses al que se refiere el art. 262.5 LSA había transcurrido al tiempo de plantearse la suspensión de pagos, cuya tramitación no impide la sanción de carácter civil que impone dicho artículo a los administradores de ser responsables solidarios del crédito que a Sedical, S. A., le fue reconocido por la sentencia recurrida por la suma de 15 480 687 pts., más sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Cita las SSTs de 4 de noviembre de 1991, 21 de mayo de 1992 y 10 de diciembre de 1996 , según las cuales la no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia es susceptible de inferir ese daño directo contemplado en el art. 81 (art. 135 LSA de 1989), por configurar una negligencia grave de los administradores en el cumplimiento de sus deberes legales.

Dicha jurisprudencia debe dar lugar a la estimación de presente motivo.

Motivo quinto. «Al amparo del art. 1692, n.º 4.º LEC , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el art. 133 LSA violada por inaplicación, en su relación con el art. 127.1 de dicho cuerpo legal.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

El art. 127.1 LSA no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta, sino el que desempeñen su cargo con la diligencia de un ordenado empresario.

Cita la STS 11 de mayo de 1991 , según la cual dicho deber es una cláusula residual general para enjuiciar aquellas conductas de los administradores que se presentan con posterioridad, perjudiciales para la marcha de la mercantil por falta de la previsibilidad inherente a su cargo.

Esta sentencia se refiere a la infracción del deber de previsión, esto es, del deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario, que es perfectamente aplicable al supuesto del presente recurso.

La situación económica de Geval, S. A., al término del primer trimestre de 1992 era cuanto menos muy difícil desde un punto de vista económico- financiero y sus administradores iniciaron conversaciones con Ibérica Wanson S. A., para obtener una inyección económica de 300 000 000 pts.

Esta multinacional supeditó la operación proyectada al previo análisis económico contable por Braulio y Geval, S. A., exigió como garantía un anticipo de 150 000 000 pts., cuya entrega se formalizó en un contrato de préstamo con vencimiento a 6 meses, garantizándose la devolución del principal mediante la constitución de un gravamen hipotecario del inmovilizado de naturaleza inmobiliaria titularidad de la prestataria.

En esta coyuntura económica un elemental y mínimo deber de diligencia previsora de resultados obligaba a los administradores del Consejo de Administración de Geval, S. A., a demorar la

disposición del dinero dado a préstamo a, cuando menos, conocer la opinión de Braulio , pues el hecho de disponer del dinero con carácter previo a asegurar la inyección económica de Ibérica Wanson, S. A., equivalía a traspasar por el valor del préstamo --en sede de la ejecución de la garantía hipotecaria-- la totalidad del patrimonio inmovilizado, quedando Geval, S. A., absolutamente descapitalizada.

Además, como puso de manifiesto el informe de la intervención, no existían cuentas auditadas del año 1991, no se habían efectuado provisiones para insolvencias, existían importantísimas pérdidas acumuladas, podían existir contingencias fiscales, no había libro de actas ni de accionistas, no se llevaba la contabilidad en forma legal del ejercicio correspondiente de 1992, particularidades que eran conocidas por los administradores.

Si en junio de 1992, Geval, S. A., en vez de concertar el préstamo hubiera planteado su liquidación o iniciado un expediente de suspensión de pagos, los razonamientos que efectúa el tribunal a quo serían impecables y nada se adeudaría a la parte recurrente, porque la integridad de los créditos que se reclaman son posteriores a junio de 1992.

Las relaciones entre Sedical, S. A., y Geval, S. A., fueron fluidas durante años.

Según reconocen los demandados, en el ejercicio de 1992, frente a unas compras de Sedical, S. A., de 51 039 498 pts., se le efectuaron unos pagos de 67 846 621 pts., reduciéndose para el ejercicio 1993 tales compras a 7 731 399 pts., de las que se liquidaron 6 275 058 pts., suspendiéndose toda operación después de conocer la existencia de la ejecución hipotecaria por Ibérica Wanson, S. A., y la concertación del préstamo hipotecario.

Tras la entrada en vigor de la vigente LSA el fundamento de la responsabilidad del art. 133 descansa en el mero incumplimiento de las obligaciones contraídas, de suerte que el demandante sólo tendrá que acreditar el hecho de la infracción de cualquiera de los deberes que pesan sobre los administradores, infracción que por sí sola constituye el fundamento de la responsabilidad, pues en sí misma integra el elemento de la culpa, según la STS de 21 de julio de 1995 (fundamento jurídico cuarto).

Según la doctrina (J. Oriol Llevo Jao) lo que caracteriza el deber de diligencia, igual que el deber de lealtad, frente a los restantes deberes colectivos, reside en que no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta, sino que desempeñen el cargo con la diligencia de un ordenado empresario.

El mínimo deber que se le puede exigir a un ordenado empresario es el que lleve las cuentas de su empresa, hasta el punto de que el Supremo Tribunal ha considerado suficiente la no llevanza de las cuentas como presupuesto de responsabilidad.

Cita la STS de 29 de julio de 1994 , según la cual el hecho de no haber aportado los balances de los años 1985, 1986 y 1987, demuestra el anormal funcionamiento, por lo que los administradores no han desempeñado sus cargos con la diligencia de un ordenado comerciante.

De lo expuesto, se deduce que la sentencia recurrida viola por no aplicación el art. 133 LSA , así como la doctrina jurisprudencial y, por tanto, el motivo debe ser estimado.

Termina solicitando de la Sala «[q]ue habiendo por presentado este escrito y los documentos acompañados, con sus copias, se sirva tenerme por personado y parte en la representación que ostento, disponiendo se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones; por interpuesto en tiempo y forma en nombre de mi mandante el recurso de casación preparado contra la sentencia dictada en fecha 17 de febrero de 2000 por la Sección 3 .ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el procedimiento de que dimana; admitir a trámite el recurso; y en definitiva dictar sentencia dando lugar al mismo y casando la resolución recurrida, con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho y la devolución del depósito constituido a esta parte recurrente.»

SIXTO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de D. Paulino se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero. Ampara este motivo en la violación por inaplicación del art. 1218 CC y alega que son responsables de los actos por los que fue exigida su responsabilidad todos los consejeros, sin excepción alguna, aunque haya existido una delegación de facultades.

Critica la aseveración del Juez de 1.^a Instancia corroborada por la Sala, de que la parte recurrente no desvirtúa el hecho acreditado de la delegación de las facultades del Consejo de Administración en D. Joaquín , D. Gregorio y D. Alfonso , escritura de 13 de abril de 1992. Y que el resto de los demandados en la presente litis formaban parte del Consejo de Administración de Geval, S. A., en la época en que se produjeron las relaciones comerciales con la actora que fundamentan la reclamación, pues fueron designados en la junta de accionistas celebrada el 30 de marzo de 1992, según consta en la inscripción registral aportada por la propia demandante, se delegaron las facultades del Consejo de Administración en los consejeros Joaquín , Gregorio y Alfonso , delegación que se hizo mediante escritura de 13 de abril de 1992, inscrita el 27 de junio siguiente.

Según la sentencia recurrida lo decisivo no es saber quienes son los que formaban parte del Consejo de Administración y tomaban las decisiones, sino el propio contenido de las mismas, como negligentes o incuras en responsabilidad, que en este caso no concurrieron, (fundamento de derecho cuarto, que se transcribe).

No existe ninguna prueba de que los administradores demandados incurrieran en negligencia en los términos definidos en los arts. 127 y 133 LSA .

La ampliación de capital no fue ficticia sino real, con desembolso efectivo de los propios accionistas a la cuenta bancaria de la sociedad, operación absolutamente independiente del préstamo posterior de Ibérica Wanson, S. A., garantizado por hipoteca sobre los bienes de la prestataria, carga cuya inscripción en el Registro de la Propiedad en el momento del préstamo sino 6 meses más tarde, no es imputable a los administradores, pues correspondía hacerlo a la prestamista al tratarse de una hipoteca unilateral.

La falta de cobro de Sedical, S. A., del precio de suministros efectuados a Geval, S. A., no es producto de ninguna ficción u omisión registral malévolas por parte de los administradores ni de actuaciones contrarias a lo que debe ser un ordenado empresario, ni tampoco de la no presentación de las cuentas de los ejercicios de 1991 y 1992, pues no hay motivo alguno para pensar que, aun habiéndose presentado, Sedical, S. A., hubiera acudido al Registro para consultarlas antes de decidirse a contratar con Geval, S. A., máxime cuando la relación comercial entre ambas entidades era fluida y constante al menos desde 1986.

La presentación del expediente concursal avala el correcto proceder de los administradores y descarta la exigencia de toda responsabilidad con base en el art. 262 LSA , que es inaplicable.

Al motivo segundo. Señala la parte recurrente que siendo claros los términos de la escritura pública de constitución unilateral de hipoteca de los bienes de Geval, S. A., así como la entrega del préstamo por importe de 140 000 000 pts., a dicha mercantil por Ibérica Wanson S. A., y las correspondientes anotaciones de dichos documentos en el Registro de la Propiedad, ha de estarse a los hechos y fechas que los mismos reflejan. Por tanto, no es ajustada a derecho la interpretación que la sentencia recurrida hace de las referidas documentales.

Según la sentencia recurrida, a la vista de las características de la citada operación, no puede mantenerse la falta de diligencia en la inscripción registral ajena tal actuación a los codemandados, al ser asumida por la entidad concesionaria.

Según la recurrente el retraso de más de 6 meses en su inscripción le causaba un perjuicio ya que de haber conocido la existencia de esa carga preferente no hubiese contratado los suministros.

No puede imputarse a los administradores que no hayan inscrito la hipoteca unilateral, pues el préstamo que se garantizaba con dicha hipoteca iba destinado a pagar la suscripción de acciones que Ibérica Wanson S. A., iba a adquirir de Geval S. A., cuando el informe de Braulio estuviera concluido y arrojara unos parámetros aceptables.

A la vista de dicho informe Ibérica Wanson, S. A., decide no entrar a participar en Geval, S. A., y, en consecuencia, al no aplicar el importe del préstamo a la suscripción de las acciones, inscribe la hipoteca y reclama la devolución del préstamo.

Hay que tener en cuenta que esos 150 000 000 pts., cuya devolución se garantiza con la hipoteca unilateral pertenecían a dicha entidad, que la había entregado a Geval, S. A., y que según se ha acreditado se ingresó en la cuenta del Banco Español de Crédito de Geval S. A., según la contestación a la demanda del Sr. Paulino .

Al motivo tercero. Se basa en la valoración que hace el juzgador de instancia del informe emitido por Braulio . Cita lo que el demandado Sr. Paulino relata al explicar el devenir de las conversaciones con Ibérica Wanson S. A., cuando señala que la multinacional exigió un análisis económico financiero de Geval S. A., por la firma auditora Braulio y con su resultado decidir si entraba o no a participar, se acordó por ambas partes que Ibérica Wanson S. A., hiciera a Geval, S. A., un préstamo de 150 000 000 pts., sin intereses y garantizado con una hipoteca con vencimiento a 31 de diciembre de 1992. Realizado el análisis financiero por la firma auditora, su resultado excedió de las previsiones de la multinacional que, en enero de 1992, solicitó la devolución del préstamo que, al no serle reintegrado, dio lugar a que diera por vencida la hipoteca y procediera judicialmente.

También cita lo que sobre el particular señalan los demandados Sr. Jose Luis y Sr. Carlos Daniel para concluir que el repetido estudio fue reconocido implícitamente por los demandados el tiempo de contestar a la demanda y en el trámite de resumen de pruebas. En consecuencia, por mor del art. 604 de la Ley Rituaria , concluye que es un documento privado de naturaleza mercantil reconocido por la parte a quien perjudica por lo que debe de operar sobre el mismo el art. 1225 CC. Y como el documento incorpora un balance de situación según contabilidad a 31 de octubre de 1992, de su contenido infiere que la empresa se encontraba en situación de quiebra técnica al ser su pasivo exigible superior a su activo realizable.

Alega que la sentencia recurrida desnaturaliza el valor probatorio del informe de auditoria por tratarse de un análisis puntual, incompleto y que carece de virtualidad para mantener la existencia de una actitud negligente de los miembros del Consejo de Administración.

La parte recurrente manifiesta su opinión personal sobre la forma en que se ha tramitado el expediente de suspensión de pagos, contraria a la mejor opinión de los interventores judiciales (art. 8 de la Ley de Suspensión de Pagos), que deben informar al juzgado sobre la exactitud del activo y del pasivo y si los libros son llevados conforme al Código de Comercio.

Todo esto fue informado positivamente por los interventores, por lo que no es de recibo que el recurrente mantenga una opinión personal técnico-contable contraria a los interventores judiciales. Y tampoco es de recibo que se compare el informe de Braulio sobre la oportunidad de entrar como accionista en Geval realizado en el 1992 con el examen de la contabilidad por los interventores judiciales realizada en 1993.

No es cierto que la empresa estuviese en quiebra técnica, pues de haber sido así los interventores, en su informe, lo hubiesen reflejado, lo que hubiese dado lugar a la inmediata apertura de la quiebra y pieza de responsabilidad contra los administradores, pero nada de esto se refleja en los informes de la intervención judicial.

Por consiguiente debe de ser rechazado también este motivo de casación.

Al motivo cuarto. Considera que la sentencia viola el art. 262.5 LSA por inaplicación en relación con el art. 260 n.º 4 .º de dicho texto legal. También cita como infringido art. 135 LSA por inaplicación.

Alega que el art. 260 LSA obliga a disolver la sociedad, entre otros supuestos, como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, debiéndose de llevar a efecto al acuerdo social de disolución en los términos del art. 262.2 LSA , que establece la obligación de los administradores de convocar junta general para la adopción del

precitado acuerdo en el término de 2 meses, bajo expresa sanción según su n.º 5 de responsabilidad solidaria por las deudas sociales en el caso de no hacerlo.

Añade que según el expediente de suspensión de pagos ya eran conscientes los administradores de Geval, S. A., al desistir Ibérica Wanson, S. A., de su inicial intención de adquirir el 45% de Geval, S. A., cuando a primeros de noviembre de 1992, fue recibido el estudio financiero económico de Braulio y cuando el 3 de diciembre de 1992 fue presentada la hipoteca para su inscripción registral por la acreedora hipotecaria.

El balance elaborado por Braulio ponía de manifiesto unos resultados negativos acumulados de 737 538 000 pts., que dejaban reducido el patrimonio de Geval S. A., a una cantidad inferior al 50% de su capital social.

Según la sentencia recurrida esta teoría no puede prosperar. No ha existido inactividad del Consejo de Administración frente a la situación de crisis de la empresa. Ese estudio no era más que un informe parcial orientado a la conveniencia o no de participar en la empresa. Además, los administradores actuaron diligentemente y conforme a las normas de un ordenado empresario, porque precisamente para intentar salvar a la empresa promovieron el expediente concursal; y cuando no pudieron restablecer la situación de crisis, la liquidaron con el acuerdo de sus acreedores, acuerdo al que el recurrente no se opuso cuando procesalmente había tenido varias ocasiones para hacerlo.

No procede la aplicación del art. 262.5 LSA en relación con el art. 260.4 LSA . Son incompatibles mientras exista un procedimiento de suspensión de pago en trámite y tampoco lo son cuando éste finalizó, ya que, por lo dispuesto en el convenio aprobado, de no poder hacer frente la sociedad a sus deudas, entraba inmediatamente en un proceso liquidatorio llevado a cabo bajo la supervisión judicial.

La recurrente en este motivo antepone su criterio particular sobre la interpretación de las pruebas al ponderado del juzgador de instancia lo que está vedado en casación.

Al motivo quinto. Cita como infringido el art. 133 LSA violado por inaplicación en su relación con el art. 127.1 de dicho cuerpo legal.

Señala que el art. 127.1 LSA establece un deber de diligencia colectivo, caracterizado, frente a otros, en que no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta, sino que desempeñen su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, y en este caso existió una infracción del deber de previsión.

Entiende que la situación económica de Geval, S. A., al término del primer trimestre de 1992, era muy difícil desde un punto de vista económico financiero y para tratar de solucionarla sus administradores iniciaron conversaciones con Ibérica Wanson, S. A., encaminadas a obtener una inyección económica de 300 000 000 pts., y concluye que el negocio jurídico que se pretendía realizar con esa compañía no debería de haber sido aceptado por un comerciante diligente.

No deberían haber dispuesto del dinero hasta conocer la opinión de Braulio y, además, no se llevaba la contabilidad de forma correcta lo que era conocido por los administradores de Geval, S. A.

Considera el recurrente que en junio de 1992, Geval, S. A., en vez de concertar el préstamo debería de haber planteado su liquidación o iniciado un expediente de suspensión de pagos.

La parte recurrente manifiesta su opinión personal sobre la forma en que se ha tramitado el expediente de suspensión de pagos, contraria a la mejor opinión de los interventores judiciales en su preceptivo informe al que se ha hecho referencia.

No es de recibo que se compare el informe puntual de Braulio sobre la oportunidad de entrar como accionista en esa sociedad realizado en 1992, con el examen de la contabilidad por los interventores judiciales realizada en el 1993.

Termina solicitando de la Sala que «[t]enga por presentado este escrito, se digne admitirlo y por impugnado el recurso de casación de contrario formulado contra la sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 17 de febrero de 2000 , desestimar el referido recurso de casación, con imposición de las costas al recurrente.»

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de D. Carlos Daniel y D. Jose Luis , se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero. Se basa en la infracción por inaplicación del art. 1218 CC , pues según la sentencia según consta en la inscripción registral aportada por la propia demandante, se delegaron las facultades del Consejo de Administración, en los consejeros Joaquín , Gregorio y Alfonso , delegación que se hizo mediante escritura de 13 de abril de 1992, inscrita el 27 de junio siguiente; lo anterior supondría, en principio, descartar toda responsabilidad de los distintos miembros del Consejo de Administración para con la demandante.

Se mantiene en este motivo la responsabilidad conjunta de todos y cada uno de los miembros del Consejo de Administración aunque existan delegaciones.

Lo que señala la sentencia impugnada es que la responsabilidad de cada administrador es personal, por sus propias y concretas acciones.

La sentencia descarta la responsabilidad de los administradores demandados por entender que lo que han hecho ha sido intentar salvar a la empresa y cuando no ha sido posible, instar el oportuno expediente de suspensión de pagos, actitud que no puede ser calificada de conducta culposa ni negligente.

Las relaciones entre la empresa recurrente y la recurrida eran antiguas y consistentes en mutuos suministros, de materiales por una parte y de calderas por la otra, con liquidación de las diferencias.

Queda claro en la sentencia que no ha existido ninguna intención de defraudar ni engañar a nadie, que no se demuestra ninguna actuación fraudulenta ni culpable por acción u omisión que pueda imputarse a los administradores demandados por lo que debe desestimarse este motivo.

Al motivo segundo. Señala la parte recurrente que siendo claros los términos de la escritura pública de constitución unilateral de hipoteca de los bienes de Geval, S. A., y la entrega del capital dado a préstamo por importe de 140 000 000 pts., a dicha mercantil, por Ibérica Wanson, S. A., así como las correspondientes anotaciones de dichos documentos en el Registro de la Propiedad, ha de estarse a los hechos y fechas que los mismos reflejan. Por tanto, no es ajustada a derecho la interpretación que la sentencia recurrida hace de las referidas documentales.

En este motivo de recurso insiste en que el retraso de más 6 meses en la inscripción de la hipoteca unilateral le causó perjuicio, pues de haber conocido la existencia de esa carga preferente no hubiese contratado los suministros.

Como indica la sentencia recurrida, al tratarse de una hipoteca unilateral no puede imputarse a los administradores la falta de inscripción hasta 6 meses después de su constitución.

Además, el préstamo que se garantizaba con dicha hipoteca estaba destinado a pagar la suscripción de acciones que Ibérica Wanson, S. A., hubiese adquirido de Geval, S. A., si el informe de Braulio hubiese considerado la existencia de parámetros aceptables para su adquisición.

La intención que movió a la realización de esa operación no puede calificarse de fraudulenta ni de política negativa de empresa, pues de haber entrado como accionista esa firma de tanto prestigio internacional en el sector se aseguraba la continuidad de Geval, S. A. Es lógico que si esta empresa entregaba 150 000 000 pts., para ese fin, exigiera una garantía de devolución como era la hipoteca unilateral y que la inscribiera para ejecutarla a la vista de que el informe que había encargado no aconsejaba la adquisición. En consecuencia, no puede ser aceptado este motivo de recurso.

Al motivo tercero. Se critica en este motivo la valoración que hace el tribunal a quo del informe de Braulio , de cuyo contenido el recurrente deduce que la empresa se encontraba en situación de quiebra técnica y que tal circunstancia era conocida por los consejeros, aún antes de emitirse el informe.

El recurrente disiente de la valoración que hace la sentencia sobre el valor probatorio del informe de Braulio , en cuanto llega a la conclusión de que se trata de un análisis puntual e incompleto, carente de virtualidad, o sea antepone su interpretación de los hechos probados a los que hizo el juzgador de instancia.

Olvida la naturaleza del recurso de casación, cuyo carácter extraordinario tiene por objeto examinar la conformidad de la sentencia recurrida con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia. No admite, revisar los hechos probados de la sentencia de instancia ni su valoración, siempre y cuando ésta sea razonada y razonable conforme a los criterios de la sana crítica.

Cita las SSTs de 21 y 30 de marzo del 2000 .

El motivo debe ser rechazado.

Al motivo cuarto. Considera que la sentencia impugnada viola el art. 262.5 LSA por inaplicación en relación con el art. 260.4 de dicho texto legal. También cita como infringido art. 135 LSA , al no haber sido aplicado por la sentencia recurrida.

Alega que el art. 260 LSA obliga a disolver la sociedad como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, debiéndose llevar a efecto el acuerdo social de disolución en los términos del art. 262. 2 LSA , que establece la obligación de los administradores de convocar junta general para la adopción del precitado acuerdo en el término de 2 meses, bajo la expresa sanción de responsabilidad solidaria por las deudas sociales en el caso de no hacerlo.

Se basa en que los administradores debieron iniciar la suspensión de pagos cuando Ibérica Wanson, S. A., desistió de adquirir el 45% de Geval S. A., a raíz del estudio financiero de Braulio y cuando el 3 de diciembre de 1992 fue presentada la hipoteca para su inscripción registral.

La Audiencia señala sobre el particular que esa teoría no puede prosperar porque no ha existido inactividad del Consejo de Administración frente a la situación de crisis de la empresa.

No ha existido inactividad porque ante la crisis suscitada la medida era la de intentar salvar la empresa, cosa que realizaron a través del expediente de suspensión de pagos, que concluyó por un convenio aprobado por los acreedores y contra el que nada alegó la recurrente; y únicamente cuando dicho convenio no pudo llegar a buen fin se procedió a la liquidación de la sociedad bajo la supervisión del Juzgado y la comisión liquidadora y mal podían los administradores haber convocado la junta para disolver la sociedad cuando ésta fue disuelta y liquidada al término de la finalización del expediente concursal.

Al motivo quinto. Infracción por inaplicación del art. 133 LSA en relación con el art. 127.1 de dicho cuerpo legal.

Señala que el art. 127.1 LSA establece un deber de diligencia colectivo, caracterizado frente a otros, en que no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta, sino que desempeñen su cargo con la diligencia de un ordenado empresario.

Alega que se trata de infracción del deber de previsión porque la situación económica de Geval, S. A., al término del primer trimestre de 1992 era cuanto menos muy difícil y no supieron superarla aunque no da fórmulas para ello.

Afirma que el préstamo era una huida hacia delante que iba a dejar a Gesval, S. A., sin patrimonio inmobiliario con el que atender las deudas sociales y que en vez del préstamo debió plantear su liquidación o el expediente de suspensión de pagos.

Son los mismos argumentos señalados en los motivos anteriores por lo que se remite a su impugnación.

Termina solicitando de la Sala «[q]ue habiendo por presentado este escrito, con sus copias, se tenga por impugnado por esta parte el referido recurso de casación preparado contra la sentencia dictada en fecha 17 de febrero de 2000 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el procedimiento de que dimana, dictar sentencia desestimatoria de dicho recurso no dando lugar al mismo, con imposición de las costas al recurrente.»

OCTAVO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de D. Rafael se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero. Lo ampara el recurrente en el n.º 4 del art. 1692 LEC por infracción del art. 1128 CC por inaplicación.

Pretende el recurrente combatir la sentencia recurrida que desestimó su demanda al entender que había una delegación de facultades del Consejo de Administración en tres de sus miembros, D. Joaquín , Don Gregorio y Don Alfonso a tenor de la escritura de 13 de abril de 1992 debidamente inscrita.

La Sala de instancia entiende que el caso actual no es uno de los contemplados en el precepto que se cita como infringido. Con esta afirmación, bastaría para desestimar el motivo, ya que el recurrente equivoca el planteamiento, pues, antes de sostener la inaplicación del art. 1128 CC , debió combatir la interpretación que de las escrituras hizo el tribunal a quo.

Cuando la Audiencia admite la delegación, está haciendo uso de la facultad interpretativa que en exclusiva le otorga la jurisprudencia.

Cita la STS de 22 de diciembre de 1993 , según la cual la crítica casacional a la interpretación llevada a cabo por el tribunal de instancia solo puede ser estimada cuando resulta ajena a la base fáctica o llega a conclusiones irracionales, disparatadas, absurdas o contrarias a la legalidad.

En igual sentido, las SSTS de 1 de octubre de 1996, 18 de junio de 1992 y 9 de diciembre de 1993 .

El recurrente no denuncia esa irracionalidad en la interpretación ni invoca ningún precepto que establezca criterios de interpretación y que pudiera haber resultado infringido. Lo que se pretende es sustituir, sin más, el criterio del juzgador por el propio del recurrente, lo que está prohibido en casación y debe llevar a la desestimación del motivo.

Aunque prescindieramos de este aspecto formal y nos adentráramos en el examen de la alegación de que los consejeros en quienes recayó la delegación, se extralimitaran en sus funciones (cuestión no probada), no sería responsabilidad de los consejeros que hicieron la delegación, sino de los delegados, por lo que llegaríamos a la misma conclusión lógica que efectúa la Audiencia de Bizkaia.

Al motivo segundo. Lo ampara el recurrente en el n.º 4 del art. 1692 LEC denuncia la violación por inaplicación del art. 1128 CC .

Es aplicable cuanto se ha dicho en el motivo anterior sobre la facultad exclusiva del tribunal de instancia para fijar los hechos o interpretar los contratos, porque, si nos atenemos a las frases de la sentencia que el recurrente copia en su motivo, la Sala ha interpretado las escrituras y sus inscripciones y concluye que la pretensión de que existe falta de diligencia en la inscripción registral carece de base y es ajena a los consejeros al ser asumida por la entidad concesionaria.

Al motivo tercero. Lo ampara el recurrente en el n.º 5 del art. 1692 LEC; denuncia la inaplicación del art. 1225 CC en relación con el art. 512 2.4.º LEC .

Sostiene el recurrente que la decisión de la Sala al interpretar el informe de Braulio es irracional y contraria a la sana crítica.

No es así y, sobre todo, lo que la Sala indica es que aunque se tuviera en cuenta el citado informe, no concurrían las circunstancias concretas que permitirían entender que existía negligencia en los administradores por no solicitar la quiebra de la sociedad.

El recurrente trata de que la Sala vuelva a valorar la totalidad de la prueba.

La sentencia de primera instancia y la de la Audiencia se refieren precisamente a que el hecho de la presentación de expediente concursal avala el correcto proceder de los administradores y descarta la exigencia de toda responsabilidad con base en el art. 262 LSA .

Es aplicable lo referido al impugnar el primer motivo en el sentido de que prescinde de la interpretación del tribunal a quo, sin combatirla de modo adecuado.

A los motivos cuarto y quinto. Los ampara el recurrente también en el n.º 4 del art. 1692 LEC alegando infracción por inaplicación del art. 262.5 LSA en relación con el art. 260.4 LSA. E infracción por inaplicación del art. 133 LSA en relación con el art. 127 n.º 1 LSA .

Se alza el recurrente en estos motivos contra el pronunciamiento de la Sala que entiende que no existe negligencia en la actuación de los miembros del Consejo.

El tribunal a quo no interpreta erróneamente el art. 262.5 LSA ni deja de aplicar el art. 135 del mismo texto legal, antes al contrario los analiza de forma exhaustiva. Lo que ocurre es que el recurrente no está conforme con esa interpretación.

En principio es extraño a la naturaleza de la sociedad mercantil, la existencia de una responsabilidad directa de quienes detentan la representación y gestión de la sociedad. Responsabilidad personal frente a terceros y no de la propia sociedad a la que representan. De lo que se trata es de la responsabilidad que surge de actos ilícitos de los administradores, realizados en propio nombre y no como representantes de la sociedad, pues en este último caso, resultaría responsable la propia sociedad.

La responsabilidad individual exige culpa y una relación directa entre culpa y daño. El titular de un derecho de crédito no tiene unos fiadores solidarios (los administradores de la sociedad para cualquier supuesto de crisis económica de la misma), sino únicamente cuando sean culpables de ese daño.

La acción contra los administradores nacida del art. 262 LSA es distinta de la acción individual de responsabilidad del art. 135 LSA .

La acción del art. 262.5.LSA se encuadra como sanción impuesta por el incumplimiento de una Ley, y sólo podría exigirse frente a quienes la incumplieron.

En lo que se refiere a nuestro representado, Rafael , a la fecha de junio de 1992, no había obligación por parte de los administradores de solicitar la disolución de la sociedad, pues ésta no se encontraba en los supuestos legales que le obligaran a ello.

La manifestación efectuada de contrario de que en junio de 1992 Geval, S. A., debería haber planteado la suspensión de pagos y no una huida hacia delante, es una interpretación subjetiva y simplista. La Audiencia de forma expresa se refiere a ello en su fundamento de derecho cuarto. Así, las actuaciones del Consejo de Administración ya analizadas y atendidas, inclusive las fechas de las mismas, no pueden estimarse en ningún caso comprendidas y realizadas en perjuicio del actor como acreedor, vistas las actuaciones que por la Junta y el Consejo se adoptaron y siguieron, a fin de preservar el patrimonio social.

En el caso de la acción del art. 135 LSA se precisa acreditar la relación de causalidad entre la acción y el daño, cuestión no acreditada según la sentencia recurrida. Que los actos de los administradores lesionen directamente los intereses de terceros, es una responsabilidad de naturaleza aquiliana, es decir, los actos u omisiones deben ser reprochables a título de culpa.

Es necesario analizar si cabe apreciar una relación directa entre la conducta de los administradores y el daño producido; y, en tal sentido, la sentencia señala de forma correcta que

las relaciones comerciales entre Sedical, S. A., y Geval, S. A., venían de antiguo y el hecho del impago no se ha producido por una actuación realizada precisamente en perjuicio del actor, sino que se debió a la situación de crisis por las que pasan muchas sociedades.

Si se entendiera que todo incumplimiento contractual de una sociedad permite reclamar contra los administradores sociales se estaría negando la eficacia y virtualidad de la persona jurídica en el ámbito de las relaciones patrimoniales y, con ello, todo el sistema institucional diseñado por el ordenamiento societario.

Para hablar de responsabilidad individual hay que hablar de culpa y de una relación directa entre culpa y daño. El recurrente asimila el impago al daño. Según la doctrina jurisprudencial, dicho daño, en primer lugar, debería ser probado, cosa que no se ha hecho. En segundo lugar, debería estar causado por la acción u omisión de los administradores de la sociedad para poder exigir la responsabilidad de éstos. La relación de causalidad entre el acto del obligado a indemnizar y el daño debe ser de tal naturaleza, que tal acto ha de ser la causa directa o una de las causas directas de la producción del acto dañoso. La conducta de los administradores debería ser la causante o una de las causantes del impago a Geval, S. A.

En nuestro caso, como recoge la sentencia recurrida, hubo ampliación de capital real por 75 000 000 pts., y se realizó un préstamo ingresado en la cuenta de la sociedad que dio origen a la hipoteca posterior. Por tanto, no ha habido ni siquiera actuación negligente de los consejeros.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito, se sirva tener por impugnados los motivos de casación que integran el recurso deducido a nombre de Sedical y, en su día, dictar sentencia declarando no haber lugar a ninguno de dichos motivos, con expresa imposición de costas y lo demás procedente justicia.»

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 22 de febrero de 2008, en que tuvo lugar, habiéndose dictado esta sentencia fuera de plazo por acumulación de asuntos.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

CC, Código Civil.

CCom, Código de Comercio.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LEC 1881, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , reformada.

LSA, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre .

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Sedical, S. A., demandó el 25 de junio de 1993 a Geval, S. A., y a sus administradores, la primera en virtud de responsabilidad contractual, y a los segundos en virtud de las normas sobre responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima frente a los acreedores, reclamando el precio de la mercancía vendida desde agosto de 1992 hasta junio de 1993, por importe de 19 465 391 pts.

2. El Juzgado desestimó la demanda contra la sociedad, por entender que, liquidada la sociedad a raíz del incumplimiento del convenio aprobado en suspensión de pagos (de quita del 40% y

espera, en una de las opciones, y espera, en la otra), no cabía reclamar a la extinguida sociedad más allá de la suma (38 702 pts.) que se había percibido en la liquidación. En cuanto a la acción contra los administradores, consideró que no habían incurrido en negligencia (la falta de cobro por parte de Sedical, S. A., no fue producto de ninguna ficción u omisión registral malévola por parte de los administradores y la no-presentación de cuentas en el Registro no fue determinante de la contratación) y, en cuanto a la acción fundada en el art. 262.5 LSA , que la presentación de la solicitud de suspensión de pagos avalaba el correcto proceder de los administradores.

3. La Audiencia Provincial condenó a Geval, S. A., al pago de la suma de 15 480 687 pts., e intereses legales, pero confirmó la falta de responsabilidad de los administradores. Respecto de estos últimos se fundó en que parte de ellos habían delegado sus facultades y no había existido negligencia (la ampliación de capital fue real, la inscripción con retraso de la hipoteca unilateral con que se garantizó el préstamo no correspondía a los administradores, el préstamo fue ingresado en la cuenta corriente de la sociedad, la deuda se generó en el seno de las relaciones comerciales fluidas entre ambas empresas y, en cuanto a la acción del art. 262.2 LSA , la solicitud de suspensión de pagos no denota inactividad del Consejo de Administración).

4. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación Sedical, S. A.

SEGUNDO.- Enunciación de motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 1692.4 LEC por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. Como norma que se considera infringida ha de citarse la regla hermenéutica del art. 1218 CC , violada por inaplicación, ya que siendo claros los términos de la escritura pública de 13 de abril de 1992 (f. 285) en que se protocolizó la junta de accionistas de 30 de marzo de 1992 (f. 288), así como los de la escritura de 5 de mayo de 1993 (f. 1388) en que igualmente se protocolizó la junta universal de accionistas de 15 de febrero de 1993 (f. 1389) en que se llevó a cabo la protocolización del acuerdo de modificación de los componentes del Consejo de Administración de Geval, S. A., ha de estarse al sentido literal de los acuerdos sociales plasmados en dichos documentos, no hallándose ajustada a derecho la interpretación que la sentencia recurrida hace del alcance jurídico de dichas juntas.»

El motivo se funda, en síntesis, en que el tenor literal de la junta general de accionistas de Geval, S. A., celebrada el 30 de marzo de 1992, según resulta protocolizada en la escritura de 13 de abril de 1992 refleja que en el período en que se originaron las deudas todos los demandados eran administradores de Geval, S. A., tanto a los efectos del art. 133 LSA como del art. 262 LSA , y el nombramiento de consejeros delegados ni les exime de responsabilidad ni les limita sus facultades.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- La delegación de atribuciones por parte de los administradores.

La sentencia de primera instancia afirma que la delegación de facultades por parte del Consejo de Administración a que se refiere este motivo de casación «supondría, en principio, el tener que descartar toda responsabilidad de los restantes miembros del Consejo de Administración para con la demandante; mas, aunque se mantenga una interpretación contraria, la acción contra los administradores demandados ha de decaer en todo caso por los motivos que expone. La sentencia recurrida confirma la argumentación en este punto de la sentencia de primera instancia, aunque el razonamiento parece tener un carácter secundario («amén de que la parte recurrente no desvirtúa [...]»).

El motivo, sin embargo, debe ser examinado, pues, como se verá en los siguientes motivos de casación, procede, en suma, apreciar la responsabilidad de los administradores, para la que resulta indiferente que determinadas funciones del Consejo de Administración hayan sido delegadas en concretos miembros del mismo.

El art. 133 LSA se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los «administradores» (o «miembros del órgano de administración»: art. 133.3 LSA). Esta cualidad la ostentan los nombrados como tales por la Junta General (art. 123 LSA). En consecuencia, los legitimados desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad son quienes ostentan esta condición, independientemente de que determinadas facultades del consejo de administración hayan sido delegadas en consejeros concretos, puesto que éstos actúan por mandato de los administradores o como gestores de éstos, y sólo cabe eximir a aquellos de responsabilidad en el caso de que, como prescribe el artículo 133.3 LSA, prueben que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

CUARTO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 1692.4.º LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse la regla hermenéutica del art. 1218 CC por inaplicación, ya que siendo claros los términos de la escritura pública de 5 de junio de 1992 (f. 987 y ss.) en que se protocolizó la constitución unilateral de hipoteca de los bienes de Geval, S. A., así como los de la escritura pública de 12 de junio de 1992 acreditativa de la entrega del capital dado a préstamo por Ibérica Wanson, S. A., así como las correspondientes anotaciones de dichos documentos en el Registro de la Propiedad, ha de estarse a los hechos y fechas que los mismos reflejan. Por tanto, no es ajustada a Derecho la interpretación que la sentencia recurrida hace de las referidas documentales públicas en orden a su apreciación con arreglo a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia.»

Mediante este motivo, la parte recurrente mantiene, en síntesis, a la vista de las circunstancias reflejadas en la expresada escritura, que no puede sostenerse la apreciación de la sentencia sobre la falta de diligencia de los administradores de la hipoteca unilateral constituida.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Prevalencia de la interpretación del tribunal de instancia en relación con el contenido de la escritura pública.

Las razones en que se funda la desestimación del anterior motivo son las siguientes:

a) Las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida en la interpretación del contenido de un documento público no pueden ser impugnadas invocando el artículo 1218 CC, sino, en caso de ser procedente, las normas que regulan la interpretación de los contratos (STS de 20 de octubre 2005 (LA LEY 204815/2005), rec. 1488/1999). La sentencia de instancia no ha negado fuerza probatoria a la escritura pública de 5 de junio de 1992, sino que se refiere a ella expresamente y la examina, interpretando su contenido, para llegar a la conclusión de que correspondía a la empresa prestamista la inscripción de la hipoteca unilateral y extraer de esta circunstancia la consecuencia de la falta de responsabilidad de los administradores en el retraso de la práctica de la inscripción.

b) El art. 1218 CC no obliga a reconocer prevalencia absoluta al contenido de los documentos públicos respecto de las demás pruebas, excepto en lo relativo al hecho de su otorgamiento y fecha, por lo que no cabe aislar como medio probatorio uno de estos documentos para combatir la valoración probatoria efectuada por la sentencia de instancia teniendo en cuenta la concurrencia y eficacia de otros elementos demostrativos que puedan resultar de las demás pruebas (SSTS 14 de octubre de 1993; 20 de diciembre 2000; 28 de octubre de 2004, 12 de diciembre de 2007 (LA LEY 216815/2007), rec. 4923/2000).

En el caso examinado la sentencia recurrida obtiene sus conclusiones acerca de la falta de negligencia de los administradores en relación con el daño patrimonial sufrido por la actora

fundándose en otros elementos probatorios, tanto documentales como de otra índole, que pormenorizadamente expone.

SEXTO.- Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 1692, n.º 4.º LEC , por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del Ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse la regla hermenéutica del art. 1225 CC , en relación con el art. 512 de la Ley Procesal , al valorar el tribunal a quo el informe emitido por Braulio de forma irracional y contraria a las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia, conjugado dicho documento con la resultancia general de la prueba.»

El motivo se funda, en síntesis, en que el informe de Braulio , reconocido implícitamente por los demandados, incorpora un balance de la situación de Geval, S. A., según contabilidad del 31 de octubre de 1992, que demuestra que la empresa se encontraba en situación de quiebra técnica como consecuencia de pérdidas acumuladas, pero la sentencia desnaturaliza su valor probatorio de una actitud negligente de los administradores.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Apreciación por el tribunal de instancia de valor probatorio de los documentos privados.

La desestimación del anterior motivo se funda en los siguientes argumentos:

a) El artículo 1225 CC , a cuyo tenor el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, ha sido aplicado por esta Sala exclusivamente a los documentos de contenido dispositivo, suscritos por los litigantes que tengan por objeto un acto o negocio jurídico, esto es, una o varias declaraciones de voluntad constitutivas de negocio jurídico o destinadas a integrarse en él (SSTS de 3 de mayo de 2004, 27 de octubre de 2004, 9 de mayo de 2005, 14 de mayo de 2007 (LA LEY 26701/2007), rec. 2353/2000), calidad que no concurre en el informe a que se refiere el motivo.

b) La doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha determinado el valor probatorio de un documento privado conjugándolo con otras pruebas (SSTS 8 de noviembre de 1994, 29 de marzo de 1995, 12 de diciembre de 2000), ya que la prueba que emana del mismo no es superior a las demás pruebas (SSTS 28 de noviembre de 1986, 2 de diciembre de 2003, 19 de febrero de 2004) y no constituye prueba legal o tasada respecto de su veracidad intrínseca, que puede ser desvirtuada por los demás elementos probatorios (SSTS de 8 de febrero y 9 de mayo de 1995, 14 de febrero de 2003, 18 de octubre de 2004 , etc.).

La Sala de instancia no ha desconocido el informe a que se refiere el motivo, sino que examina su contenido y concluye, examinando el resto de los medios probatorios, que carece de virtualidad suficiente para demostrar la negligencia de los administradores de la sociedad.

OCTAVO.- Enunciación de motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 1692, n.º 4 LEC , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el art. 262.5 LSA , violada por inaplicación en su relación con el artículo 260.4 de dicho texto legal. También ha de citarse como infringido el artículo 135 de la precitada LSA , al haber sido aplicado en la sentencia recurrida.»

El motivo se funda, en síntesis, en que, incumplida por los administradores la obligación de disolver la sociedad por pérdidas (artículo 260.4 LSA), deben estimarse incursos --según el art. 262.5 LSA -- en responsabilidad solidaria por deudas sociales; no basta la solicitud de declaración judicial de suspensión de pagos o de quiebra voluntaria; y en el caso examinado el informe de

Braulio revelaba insolvencia por pérdidas y el de los interventores una flagrante iliquidez equivalente en realidad a una total insolvencia.

El motivo debe ser estimado.

NOVENO.- Insuficiencia de la solicitud de suspensión de pagos para eximir a los administradores de la sociedad de su responsabilidad por omisión del deber de promover la disolución por desequilibrio patrimonial.

A) La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas comprende el supuesto en que los administradores no promueven, dentro de determinados plazos, la disolución de la sociedad que se halla en la situación de imposibilidad legal de alcanzar su objeto social o de disminución patrimonial relevante en la proporción que marca la ley.

La jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes y ni siquiera exige la concurrencia de este daño. La responsabilidad, en consecuencia, cuando se articula al amparo del artículo 262.5 LSA, puede calificarse de abstracta o formal, característica que, quizá con menor propiedad semántica, ha sido también descrita como objetiva o cuasi objetiva (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 26 de junio de 2006, rec. 4434/1999).

Esto no significa que la apreciación de hechos o circunstancias que excluyen la imputabilidad de la conducta por falta de intencionalidad o de negligencia, a las que se refiere específicamente en relación con la responsabilidad de los administradores el artículo 133 LSA, no sean aplicables a este tipo de responsabilidad, como propone la dogmática (STS de 16 de febrero de 2006). La jurisprudencia de esta Sala, especialmente la más reciente, registra diversos supuestos en los que el desconocimiento absoluto por el administrador de la marcha de la sociedad o la imposibilidad, entendida en términos de razonabilidad, por parte de éste de promover su disolución se estiman como causas de exclusión de su responsabilidad (SSTS de 1 de marzo de 2001, 20 de junio de 2001, 12 de febrero de 2003, 16 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 16 de febrero de 2006, y 28 de abril de 2006, recurso número 4187/2000).

Sin embargo, estas causas de exclusión deben considerarse únicamente -dado el carácter ya expresado que tiene esta responsabilidad como formal o abstracta y, en consecuencia, como independiente del daño producido-, en contemplación de la conducta en que consiste el incumplimiento de la obligación de promover la disolución de la sociedad, independientemente de la relevancia causal que la falta de dicha disolución pueda tener con el daño originado a los acreedores.

B) Según la jurisprudencia de esta Sala la suspensión de pagos no sustituye, a efectos del cumplimiento de la obligación de promover la disolución por parte de los administradores en caso de disminución del patrimonio social, a la disolución ni al concurso, y tampoco suplía esta omisión, en el régimen de la LSA anterior a su modificación por la Ley Concursal (SSTS de 13 de abril de 2000 y de 16 de diciembre de 2004), con mayor razón cuando se propone un convenio de liquidación (ahora impedido por el artículo 100.3 de la Ley Concursal, STS de 28 de abril de 2006, 4187/2000), el cual, en el caso examinado, comprendía una importante quita del 40% y una sustancial espera y además fue incumplido en su práctica totalidad.

La sentencia recurrida, en relación con la acción ejercitada al amparo del artículo 262.5 LSA, declara que «si bien la parte recurrente estima que lo procedente no hubiese sido acudir a la suspensión de pagos sino a procedimiento de quiebra [...] lo que en ningún caso denota es una inactividad del Consejo de Administración ante la situación financiera de la entidad, procediendo de hecho a la solicitud de suspensión de pagos».

Con arreglo a la LSA, la actividad exigible a los miembros del Consejo de Administración ante una situación de disminución patrimonial prevista en el artículo 260.4 LSA, no es cualquier actuación tendente a resolver la situación económica de la empresa, como aquellas que se describen en el caso examinado, sino precisamente las encaminadas a promover la disolución de la sociedad,

entre las cuales se excluye la solicitud de suspensión de pagos, por cuanto de lo que se trata es de evitar la liquidación desordenada o anárquica de la misma en perjuicio de unos u otros acreedores o de todos ellos y esta situación no se evita mediante la solicitud de suspensión de pagos, especialmente en los casos en los cuales, como ocurre en el supuesto enjuiciado, se pone fin al procedimiento mediante un convenio de liquidación, hoy prohibido por la Ley Concursal.

Asimismo, la valoración del patrimonio social a efectos de determinar la procedencia de la disolución debe realizarse, según se infiere de los principios generales de valoración establecidos en los artículos 193 y siguientes LSA, conforme a lo establecido en el CCom, en el cual se ordena que la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figure en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. Particularmente, tratándose del inmovilizado, la valoración debe hacerse al precio de adquisición o al costo de producción (artículo 195 LSA), sin otras correcciones de valor que las expresamente autorizadas por la ley.

C) En el supuesto enjuiciado se advierte cómo del balance de situación preparado por Braulio se infiere que la empresa se encontraba en una situación de acumulación de pérdidas que situaban su neto patrimonial muy por debajo de la mitad del capital social, pues tenía carácter negativo, y, en consecuencia, a partir de ese momento los miembros del Consejo de Administración debían tener conocimiento de la procedencia de instar la disolución de la sociedad, obligación que no cumplieron en los plazos establecidos, sino que se limitaron a solicitar la suspensión de pagos.

Es cierto que en el informe emitido por los interventores judiciales en el procedimiento de suspensión de pagos se contiene un balance del cual se inferiría que la disminución patrimonial sufrida no alcanzaba a la mitad del capital de la sociedad; pero debe observarse que la valoración que debe tenerse en cuenta para advertir si concurre esta circunstancia determinante de la procedencia de la disolución es la que resulta de los datos contables del balance, a los que se atiene la auditoría de Braulio, según se hace constar expresamente («En el Anexo se adjunta el balance de situación que se deriva de la contabilidad de la sociedad una vez introducidos estos ajustes [se refiere a los ajustes a un primer cierre contable provisional al 31 de octubre de 1992 que afectan al patrimonio neto]»). Por el contrario, el informe de los interventores de la suspensión acepta unos datos que suponen una notable revalorización de activos materiales e inmateriales que no se justifica que se arrastren de los balances sociales anteriores ni que se hallen autorizados por disposiciones contables, por lo que carece de eficacia para desvirtuar la situación contable puesta de manifiesto en el balance de Braulio.

El hecho de que el balance de situación de Braulio se haya formulado a efectos limitados a la posible venta de la sociedad y de que en el documento se haga constar que no consiste en una auditoría completa de las cuentas anuales no impide apreciar que los datos que se consignan en ella responden a la situación contable de la empresa en un determinado momento temporal que determinaba de manera inequívoca la procedencia de su disolución y no podía pasar inadvertida a los miembros del Consejo de Administración (que nada ha justificado en sentido contrario), y esta situación, desde luego, no resultó desmentida por los avatares posteriores de la sociedad.

Se aprecia, en suma, la infracción que se imputa a la sentencia recurrida.

DÉCIMO.- Enunciación de motivo quinto.

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 1692, n.º 4.º LEC, por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del Ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el art. 133 LSA violada por inaplicación, en su relación con el art. 127.1 de dicho cuerpo legal.»

El motivo se funda, en síntesis, en que los administradores actuaron sin la diligencia de un ordenado empresario, según se desprende de las distintas circunstancias económicas por las que atravesó la empresa a tenor de los distintos elementos probatorios.

El motivo debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- Competencia del tribunal de instancia para la valoración de la prueba.

La jurisprudencia declara que la valoración de la prueba corresponde exclusivamente al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación, salvo que se denuncie error de Derecho, bien por infracción de alguna de las normas que regulan dicha valoración, bien por vulneración de principios o reglas jurídicas que deben tenerse en cuenta en la misma o por ser manifiestamente arbitraria o ilógica y con ello vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 16 de junio de 2006, 30 de junio de 2006 y todas las allí citadas). No es factible, en consecuencia, solicitar del tribunal de casación una nueva valoración de la prueba fundada en la apreciación de los distintos medios probatorios que sustituya a la formulada por el tribunal de instancia.

En el caso examinado el tribunal instancia llega a la conclusión de la falta de negligencia de los administradores fundándose en distintos elementos probatorios relacionados con las circunstancias que se reflejan en las distintas operaciones realizadas y en las relaciones comerciales existentes entre la empresa demandante y la demandada.

DUODÉCIMO.- La estimación de dos de los motivos de casación formulados conduce, de conformidad con lo razonado al resolverlos, a casar la sentencia recurrida, y a la estimación de la demanda.

No ha lugar a la imposición de las costas de apelación ni a las este recurso de casación. Así se infiere del régimen establecido en los arts. 710 y 1715 LEC 1881 .

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

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sedical, S. A., contra la sentencia n.º 100, de 17 de febrero de 2000 , dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el rollo de apelación n.º 100/1998 , cuyo fallo dice:

«Fallamos. Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Sedical, S. A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Bilbao, en autos de juicio de menor cuantía n.º 507/93 de fecha 7-11-96, debemos revocar como revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de que, estimando parcialmente la demanda interpuesta contra Geval, S. A., se condena a dicha parte demandada a abonar a la actora la suma de 15 480 687 pts., e intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo confirmar el resto de los pronunciamientos de la citada resolución y, en consecuencia y toda vez la estimación parcial de la demanda asimismo frente a la entidad codemandada, no procede efectuar expresa declaración en cuanto a las costas de la instancia respecto de la citada codemandada y sin expresa declaración en cuanto a las de esta alzada».

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Sedical, S. A., contra a la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Bilbao, en autos de juicio de menor cuantía n.º 507/93 de fecha 7-11-96, revocamos dicha resolución y, desestimando las excepciones propuestas, estimamos parcialmente la demanda interpuesta contra Geval, S. A., condenando a dicha parte demandada a abonar a la actora la suma de 15 480 687 pts., e intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, y declaramos asimismo responsables solidarios a las personas físicas contra las que se dirige la demanda por su condición de integrantes del Consejo de Administración del abono de la expresada cantidad e intereses en el supuesto de que dicho pago no lo hiciera efectivo Geval, S. A., en el término de 30 días. Desestimamos la demanda en todo lo demás. No ha lugar a la imposición de costas.

4. No ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Antonio Xiol Ríos, D. Jesús Corbal Fernández, D. Vicente Luis Montés Penadés

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

