



Roj: STS 183/2015 - ECLI:ES:TS:2015:183
Id Cendoj: 28079110012015100011
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 657/2013
Nº de Resolución: 40/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 40/2015

Fecha Sentencia : 04/02/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 657/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 21/01/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls **Escrito por :** MRP

Nota:

Acción de responsabilidad contra administradores sociales. Recurso extraordinario por infracción procesal. Amplitud del ámbito de argumentación de la Audiencia Provincial en el recurso de apelación. La tacha de testigos. Cuestionamiento improcedente de la valoración conjunta de la prueba hecha por la Audiencia Provincial para sustituirla por la propuesta por el recurrente. Improcedencia de impugnar los pronunciamientos sobre costas

Recurso de casación. Petición de principio. Falta de efecto útil.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 657/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 21/01/2015

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

Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 40/2015

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación núm. 657/2013, interpuestos por la entidad "Martinsa-Fadesa, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia núm. 541/2012, de 28 de diciembre, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el rollo de apelación núm. 310/2012, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 152/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña. Han sido recurridos D. Nemesio y D. Teodulfo, representados ante esta Sala por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, siendo asistido el primero de ellos por los letrados D. José Antonio Cainzos Fernández, D. Fernando Lanzón Martínez y D. Eduardo Javier Hernández Pérez, y el segundo por los letrados D. Pedro Rodríguez Rodero, D. Pedro Rubio Escobar y D.ª Cristina Camarero Espinosa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO.- El procurador de la sociedad "Martinsa- Fadesa, S.A." presentó ante el Decanato de los Juzgados de A Coruña, el 14 de marzo de 2011, demanda contra D. Nemesio y D. Teodulfo, que tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 1, donde fue registrada como procedimiento ordinario núm. 152/2011, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicó al Juzgado:

«[...] dicte Sentencia por la que:

1.- Declare a D. Nemesio y a D. Teodulfo responsables de los daños ocasionados a la actual Martinsa-Fadesa, S.A. como consecuencia de la sobrevaloración ficticia de los activos de Fadesa Inmobiliaria, S.A. a 31 de diciembre de 2006.

2.- Condene a los citados señores a indemnizar de forma solidaria a Martinsa-Fadesa, S.A. el importe total de los daños causados, que asciende, según informe pericial evacuado por el gabinete pericial American Appraisal a la suma total de mil quinientos setenta y seis millones, doscientos diecinueve mil seiscientos veintiún euros (1.576.219.621 euros), más sus correspondientes intereses desde la fecha de la presente demanda, como consecuencia de la estimación de la acción social de responsabilidad.

3.- Subsidiariamente, condene a los citados señores a indemnizar de forma solidaria a Martinsa-Fadesa, S.A. el importe total de los daños causados, que asciende, según informe pericial evacuado por el gabinete pericial

American Appraisal a la suma total de mil quinientos setenta y seis millones, doscientos diecinueve mil seiscientos veintiún euros (1.576.219.621 euros), más sus correspondientes intereses desde la fecha de la presente demanda, como consecuencia de la estimación de la acción individual de responsabilidad.

4.- Todo lo anterior con expresa condena en costas a los demandados.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se ordenó emplazar a los demandados para su contestación. Dentro de los diez primeros días desde la fecha del emplazamiento se personaron en autos los demandados mediante escrito limitado a proponer declinatoria de competencia territorial, por considerar competentes para la resolución de la controversia los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, o, con carácter subsidiario, los Juzgados de lo Mercantil de la misma ciudad. Tras los trámites legales, la declinatoria fue desestimada.

Asimismo, se desestimó la solicitud de aseguramiento de las pruebas documental y de exhibición documental y pericial complementaria deducida por la representación de los demandados.

El procurador de Nemesio, contestó a la demanda y suplicó: «[...]tras la tramitación legal oportuna, i) estime la excepción de cosa juzgada y dicte el correspondiente Auto de sobreseimiento del procedimiento; ii) subsidiariamente, estime la existencia de prejudicialidad civil y, en consecuencia, paralice el presente procedimiento hasta que se dicte sentencia en el procedimiento ordinario 530/2011 del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Madrid; iii) subsidiariamente para el caso de que no se estime la excepción de cosa juzgada

se desestime íntegramente la demanda por razones de fondo; iv) en todo caso se impongan las costas de este procedimiento a la actora con expresa mención de su mala fe al iniciar este litigio.»

La representación procesal de D. Teodulfo , contestó a la demanda con un escrito en el que solicitó al Juzgado: «[...]acuerde previamente, como consecuencia de la concurrencia, ex. Artículo 43 de la LEC , de una cuestión de prejudicialidad civil, la suspensión del presente procedimiento hasta que se acredite la finalización del juicio declarativo ordinario con número de Autos 530/2011 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid y, posteriormente, unavez acreditada fehacientemente la finalización de dicho litigio y acordado, en consecuencia, el levantamiento de la suspensión del presente procedimiento, previos los trámites legales:

(i) dicte Auto, en cuya virtud, y con expresa condena en costas a la parte actora, estime la excepción de cosa juzgada negativa o excluyente, respecto de las acciones social e individual de responsabilidad entabladas, a tenor del contrato transaccional de 3 de agosto de 2007 y, en consecuencia, acuerde el sobreseimiento del procedimiento; o, subsidiariamente,

(ii) dicte Sentencia desestimatoria íntegra de la demanda de acción social y de acción individual de responsabilidad formulada, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

TERCERO.- El Juzgado tuvo por contestada la demanda, acordó convocar a las partes a la audiencia previa y oír a la parte actora sobre la cuestión prejudicial planteada.

Oída la parte demandante, el Juzgado dictó auto mediante el que dispuso no haber lugar a la suspensión del procedimiento por razón de prejudicialidad civil. Contra el referido auto, los demandados interpusieron recurso de reposición, que fue desestimado.

En la audiencia previa, se acordó reservar la decisión sobre la excepción de cosa juzgada, en relación con la preexistencia de un acuerdo transaccional sobre las cuestiones debatidas, a la sentencia definitiva.

CUARTO.- Tras seguir los trámites oportunos, el Magistrado Juez de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña dictó la sentencia de fecha 22 de febrero de 2012 , con el siguiente fallo: «*Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda deducida por Martinsa-Fadesa, S.A., representada por el procurador don Javier-Carlos Sánchez García, contra don Nemesio , representado por el procurador don José Amenedo Martínez, y contra don Teodulfo , representado por la procuradora doña Isabel Tedín Noya, a los que libremente absuelvo de las peticiones que contra ellos se dirigieron. Impongo a la parte demandante las costas causadas en esta instancia.*»

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- El representante procesal de la demandante presentó escrito interponiendo recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y suplicó a la Audiencia Provincial : «*Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por esta parte contra la citada Sentencia, dicte una nueva por la que, revocando la resolución recurrida, estime la demanda interpuesta por mi representada, condenando a los administradores demandados a indemnizar a mi representada en la cuantía fijada en la demanda o en la que estime la Sala teniendo a la vista el daño que haya resultado probado, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada por haber procedido maliciosamente.*»

SEXTO.- El procurador de D. Teodulfo , formuló oposición y solicitó a la Audiencia Provincial:

«*Dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto, con expresa imposición de costas a la parte apelante.*»

Asimismo, la representación procesal de D. Nemesio se opuso al recurso interpuesto de contrario y suplicó: «*Dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones de la apelante y le imponga las costas de esta alzada.*»

SÉPTIMO.- El recurso de apelación correspondió a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el núm. 310/2012, y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 541/2012, de 28 de diciembre, cuyo fallo disponía: «*Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, con imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante.*»

OCTAVO.- El procurador de la recurrente solicitó aclaración y complemento de la sentencia dictada en apelación, en relación con el fundamento de derecho 7.3, por entender no quedaba claro si la Sala consideró en su recurso de apelación si se produjo una "mutatio libelli", tal como alegaron los apelados, solicitud que

fue denegada. Posteriormente, el referido procurador solicitó, de nuevo, complemento de la sentencia, que también fue denegado, mediante providencia de 24 de enero de 2013. Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición, que fue desestimado.

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

NOVENO.- El procurador de la sociedad demandante interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamentó en los siguientes motivos:

- Primero.- Al amparo del artículo 469.1, ordinales segundo, tercero y cuarto, por acumulación de infracciones en un mismo supuesto, se denunció la infracción de los artículos 218.1 , 465.5 y 461.1 ("a contrario sensu") de la Ley de Enjuiciamiento de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24.1 de la Constitución española .

- Segundo.- Al amparo de los ordinales segundo y cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción de los artículos 218.1 y 2 de la LEC y 24.1 de la Constitución española .

- Tercero.- Al amparo del artículo 469.1, ordinales 2º y 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción de los artículos 218.2 de la misma Ley , así como el artículo 24.1 de la Constitución española .

- Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1, ordinal 4º. de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la prueba y a que la valoración probatoria no se efectúa de forma arbitraria o manifiestamente irrazonable.

- Quinto.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la prueba que veda por anticonstitucionales el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta en la valoración probatoria, en las que incurre la sentencia recurrida, al declarar probada la realización de una auditoría de suelos con alcance suficiente para formular la renuncia plena y consciente que se contiene en el contrato de 3 de agosto de 2007.

- Sexto.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la prueba que veda por anticonstitucionales el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta en la valoración probatoria, en las que incurre la sentencia recurrida, al considerar probado que las fichas de activos y el informe completo de CBRE quedaron en Fadesa, a disposición de los nuevos gestores, tras el "cambio de control".

- Séptimo.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la prueba que veda por anticonstitucionales el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta en la valoración probatoria, en las que incurre la sentencia recurrida, al afirmar que la apreciación conjunta de la prueba pericial aportada a autos no permite dar por probados los hechos en que se funda la demanda sobre, en concreto, la alteración de las fichas de activos y la sobrevaloración ficticia de los mismos.

- Octavo.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la prueba que veda por anticonstitucionales el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta en la valoración probatoria, en las que incurre la sentencia recurrida, al pronunciarse sobre la forma de fijación del precio de las acciones de Fadesa y su adquisición en el contexto de una OPA.

- Noveno.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la prueba que veda por anticonstitucionales el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta en la valoración probatoria, en las que incurre la sentencia recurrida, al afirmar que no es posible identificar el daño que se reclama con el concepto de "expectativa no satisfecha".

- Décimo.- Este motivo se formuló al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denunció la infracción de los artículos 394.1 , 397 y 398 de la misma Ley , así como del artículo 24.1

de la Constitución española . En este motivo y en los siguientes, se denuncian los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia, en los que se imponen a la parte demandante- apelante las costas de la primera y segunda instancia.

- Undécimo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción de los artículos 394.1 , 397 y 398 de la misma Ley , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución española . Este motivo tiene carácter subsidiario o de refuerzo del anterior. En él se denuncia la existencia de arbitrariedad - voluntarismo, entendido en la percepción constitucional del término por la doctrina del Tribunal Constitucional-, o, en todo caso, manifiesta irrazonabilidad - tanto por el desconocimiento de la doctrina del TS, como por la quiebra de las más elementales reglas de la lógica en la argumentación desarrollada- en cuanto a la no aplicación de las serias dudas de hecho al supuesto de que la demanda y el recurso estén fundados con una apariencia de razonabilidad, aunque finalmente no prospere la petición postulada.

- Duodécimo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denunció la infracción de los artículos 394.1 , 397 y 398 de la misma Ley , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución española . En este motivo se impugnó la negación de la excepción al principio del vencimiento de las serias dudas de derecho.

- Decimotercero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denunció la infracción de los artículos 394.1, 397 y 398 del mismo texto legal, en relación con las costas de la segunda instancia.

El recurso de casación se basó en los motivos que a continuación se transcriben:

» *Primero.- Autorizado por el 477.1 de la LEC, consistente en la infracción del artículo 1.102 del Código Civil , en relación con el artículo 241 de la Ley de Sociedades de*

Capital, singularmente en cuanto establece que la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo es nula.

» *Segundo.- Al amparo del art. 477.1 LEC , se denuncia la infracción del art. 1102 CC , por no aplicación.*

» *Tercero.- Autorizado por el artículo 477.1 de la LEC , consistente en la infracción de los artículos 236 y 241 de la Ley de de Sociedades de Capital (antiguos 133.1 y 135*

de la LSA), reguladores de la acción individual contra los administradores. »

DÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas las mismas, se dictó auto de 18 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva disponía: «*La Sala acuerda:*

» *1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Martinsa-Fadesa, S.A., contra la sentencia dictada con fecha de 28 de diciembre de 2012 por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 310/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 152/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña.*

» *2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso [extraordinario por infracción procesal y de]casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la[s] parte[s] recurrida[s] personada[s] ante esta Sala, para que formalice[n] su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dése traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»*

UNDÉCIMO.- El procurador de D. Teodulfo , Sr. Lanchares, solicitó se completara el auto de admisión en el sentido de inadmitir a trámite los motivos décimo a decimotercero, y subsidiariamente décimo a duodécimo, del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto de contrario. Asimismo, en nombre de D. Nemesio , solicitó el complemento de la referida resolución, para que la misma resolviera sobre la posible inadmisibilidad de los motivos décimo a decimotercero.

Tras oír a la parte contraria, esta Sala dictó auto denegando las peticiones de complemento.

DUODÉCIMO.- El representante procesal de D. Teodulfo presentó escrito de oposición a los recursos interpuestos de contrario y suplicó a la Sala dictara resolución inadmitiéndolos íntegramente y, en caso de admitirlos, desestimándolos en su totalidad, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. También, en nombre de D. Nemesio , se opuso a los recursos formulados de adverso y solicitó a la Sala la inadmisión

de los mismos y, subsidiariamente, para el caso de que se admitiera el recurso de casación, se declarara no haber lugar a ninguno de ellos, con imposición de costas a la parte recurrente.

DECIMOTERCERO.- El representante procesal de la entidad recurrente, a la vista de los escritos de oposición presentados por el procurador de la parte contraria, presentó escrito de alegaciones, en el que solicitó fueran éstas tenidas en cuenta en la sentencia, a la vez que el análisis previo de las supuestas causas de inadmisibilidad alegadas por las partes recurridas.

DECIMOCUARTO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMOQUINTO.- Se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso, previa votación y fallo, señalándose el día 27 de noviembre de 2014 para que éstos tuvieran lugar.

DECIMOSEXTO.- Dada la complejidad de las cuestiones objeto del recurso, mediante providencia de 23 de octubre de 2014, se suspendió la votación y fallo del mismo.

DECIMOSÉPTIMO.- Por providencia de 3 de diciembre de 2014, se señaló nuevamente la votación y fallo para el día 21 de enero de 2015.

DECIMOCTAVO.- Con fecha 5 de enero de 2015, el Excmo. Sr. Magistrado D. Primitivo solicitó su abstención para conocer del recurso, petición que se estimó justificada mediante auto de 8 de enero de 2015.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- La entidad "Martinsa-Fadesa, S.A." (en lo sucesivo, Martinsa-Fadesa) interpuso demanda contra D. Nemesio y contra D. Teodulfo, en la que ejercitaba una acción social de responsabilidad y, subsidiariamente, una acción individual de responsabilidad, que dirigía contra los demandados porque estos habían sido administradores de la entidad "Fadesa Inmobiliaria, S.A." (en lo sucesivo, Fadesa) antes de que se hubiera consumado la oferta pública de adquisición de acciones de Fadesa que supuso la adquisición de casi un 87% de las acciones que pasaron, tras varias operaciones contractuales y societarias, a ser

titularidad de "Promociones y Urbanizaciones Martín, S.A." (en lo sucesivo, Martinsa), que posteriormente, tras la fusión por absorción con Fadesa, pasó a ser Martinsa-Fadesa.

2.- En síntesis, la acción se basaba en que los datos suministrados por Fadesa a la empresa CB DIRECCION000 (en lo sucesivo, DIRECCION001) sobre sus activos, para que esta realizara el informe de valoración de activos, a fecha 31 de diciembre de 2006, que Fadesa comunicó a las autoridades supervisoras y publicó en el mercado, como venía haciendo semestralmente, eran falsos y estaban destinados a obtener una sobrevaloración de la compañía de más de mil quinientos millones de euros, lo que habría determinado el pago de un exceso de precio por las acciones en la oferta pública de adquisición de acciones por las que Martinsa adquirió la mayor parte de las acciones de Fadesa.

Los demandados, en tanto que administradores y máximos ejecutivos de Fadesa, habrían sido los responsables de esta conducta que habría provocado el daño para la propia Fadesa, puesto que no podían ignorar que el volumen de la financiación necesaria para la operación requeriría una fusión que permitiera atender los pagos de la deuda asumida por la adquirente con los resultados y activos de la sociedad adquirida, por lo que la sobrevaloración de los activos de Fadesa terminaría por producir un grave quebranto a la propia sociedad administrada, como efectivamente sucedió, puesto que Martinsa-Fadesa devino insolvente y hubo de solicitar la declaración de concurso.

Subsidiariamente, para el caso de que no se considerara producido el daño a la propia Fadesa, se ejercitaba la acción individual de responsabilidad en tanto el daño se habría causado a Martinsa, adquirente de las acciones de Fadesa.

3.- El Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña, al que correspondió el conocimiento de la demanda, desestimó tanto la acción social como la individual, porque la valoración de los activos de Fadesa a 31 de diciembre de 2006 no pudo ser tomada en consideración para la adquisición de las acciones por parte de Martinsa, pues se realizó en una fecha tal que no tuvo trascendencia para la operación de adquisición de la mayoría de las acciones de Fadesa por parte de Martinsa.

Asimismo, el Juzgado consideró que no existía prueba de la conducta antijurídica expuesta en la demanda, de que los demandados hubieran tenido intervención personal en la selección de datos enviados a DIRECCION001, ni de que hubieran ocultado maliciosamente a los nuevos administradores el informe de DIRECCION001 o las fichas de los activos elaboradas por Fadesa y que sirvieron de base a tal valoración.

Además, respecto de la acción individual, consideró válida la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores de Fadesa que se contenía en el contrato de 3 de agosto de 2007 que concertó D. Aureliano, en su nombre y en el de Martinsa y Fadesa, todavía no fusionadas, con D. Nemesio, en su nombre y en el de sus tres sociedades patrimoniales.

4.- Martinsa-Fadesa interpuso recurso de apelación contra la sentencia, si bien su impugnación se limitó a la desestimación de la acción individual de responsabilidad. La Audiencia Provincial de A Coruña desestimó el recurso de apelación. En lo que aquí interesa, tras realizar un detallado relato de hechos probados, la Audiencia consideró válida la renuncia al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los antiguos administradores de Fadesa contenida en el contrato de 3 de agosto de 2007, pues, además de no haberse formulado acción dirigida a la anulación de tal cláusula, no había prueba de que hubiera sido obtenida mediante engaño, dado que, cuando se suscribió el contrato que contenía tal cláusula de renuncia, los nuevos administradores tenían información adecuada sobre los extremos que posteriormente han sido alegados como fundamento de la acción.

La Audiencia argumentó también que la conducta antijurídica imputada a los demandados carecía de sustento, pues las fichas de los activos litigiosos (esto es, aquellos que en la demanda se afirma que fueron sobrevalorados por los datos falsos suministrados por orden de los demandados a DIRECCION001) y el informe de DIRECCION001 valorando los activos de Fadesa a fecha 31 de diciembre de 2006 se encontraban en la empresa a disposición de los nuevos administradores y estos llevaron a efecto inspecciones y auditorías internas para comprobar los activos de Fadesa en los meses siguientes a la toma de control, y en el contrato suscrito el 3 de agosto de 2007 D. Aureliano manifestó su satisfacción con la situación de la sociedad. No existió sobrevaloración de los activos litigiosos en las cuentas sociales, pues la valoración de DIRECCION001 no aparece en dichas cuentas. El informe de DIRECCION001 sobre valoración de activos de Fadesa a fecha 31 de diciembre de 2006 no pudo influir en la adquisición de la mayoría de las acciones de Fadesa a través de una oferta pública de adquisición de acciones, pues fue realizada con posterioridad a los hitos fundamentales de dicha operación. El análisis crítico del informe pericial en que se basaba la demanda, valorado conjuntamente con los aportados por los demandados, no permitía dar por probados los hechos en que se fundaba la demanda, fundamentalmente, la alteración de las fichas de los activos y la sobrevaloración a que dicha alteración habría dado lugar, ni constaba la intervención personal y directa de los demandados en la elaboración de tales fichas, ni que hubieran dado concretas instrucciones para alterar los datos de las mismas.

La Audiencia tuvo también en cuenta que la empresa que lideró la oferta pública de adquisición de acciones, Martinsa, operaba en el mismo sector que Fadesa, por lo que tenía la consideración de experta.

Otro argumento utilizado por la Audiencia en su argumentación fue que el precio de cotización de la acción no tenía por qué corresponder con el valor de los activos de la sociedad, y debía tomarse en consideración que el éxito de una oferta pública de adquisición de acciones exigía el pago de una prima de control, por lo que no se había justificado que Martinsa hubiera pagado un precio por encima del valor de mercado de Fadesa.

Por último, la Audiencia desestimó la impugnación del pronunciamiento que condenaba a Martinsa-Fadesa al pago de las costas por haber sido desestimada su demanda, pues no consideró que la complejidad del litigio fuera por sí misma una circunstancia excepcional que justificara apartarse del criterio del vencimiento, y no consideró que existieran serias dudas de hecho, a la vista de la orfandad probatoria de la alegación de alteración dolosa de los datos de los activos de Fadesa por parte de los demandados, ni de derecho.

5.- Martinsa-Fadesa ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Audiencia. El recurso extraordinario por infracción procesal se formula con base en trece motivos, y el recurso de casación con base en tres. Todos los motivos han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

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

1.- En el epígrafe del primer motivo, al amparo del artículo 469.1, ordinales segundo, tercero y cuarto, por acumulación de infracciones en un mismo supuesto, se denunció la infracción de los artículos 218.1,

465.5 y 461.1 ("a contrario sensu") de la Ley de Enjuiciamiento de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24.1 de la Constitución española .

2.- El motivo alega la existencia de incongruencia "extra petita" [fuera de lo pedido], la infracción de la competencia funcional y del ámbito de conocimiento de la segunda instancia, de la prohibición de la reforma peyorativa y de introducir en el proceso cuestiones nuevas, por cuanto que el argumento por el que el Juzgado Mercantil desestimó la acción individual de responsabilidad solo fue utilizado por la Audiencia Provincial como argumento de refuerzo, y la razón principal que la Audiencia Provincial utilizó para desestimar el recurso y confirmar la desestimación de la demanda fue otra diferente, pese a que los demandados no interpusieron recurso de apelación ni formularon impugnación.

TERCERO.- Decisión de la Sala. La amplitud del ámbito de argumentación de la Audiencia Provincial en el recurso de apelación

1.- La sentencia de primera instancia fue plenamente desestimatoria de la demanda. No contenía ningún pronunciamiento desfavorable para los demandados. Por consiguiente, estos no podían interponer recurso de apelación contra la sentencia, ni impugnarla. La mención que la recurrente, en apoyo de su impugnación, hace a esta circunstancia (que los demandados no apelaran ni impugnarán la sentencia) es por tanto irrelevante.

2.- La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto exclusivamente frente a la desestimación de la pretensión subsidiaria, derivada del ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales, pues la desestimación de la pretensión principal, consistente en el ejercicio de la acción social de responsabilidad, fue consentida por la demandante.

Para ello, la Audiencia utilizó argumentos plenamente coincidentes con los usados por el Juzgado. Este había analizado la acción individual en último lugar porque había sido formulada de forma subsidiaria a la acción social, y argumentó que el pacto por el que Martinsa renunció a la acción de responsabilidad frente a los administradores de Fadesa era válido y no había sido dejado sin efecto. La Audiencia también considera que el pacto es válido y que no se han utilizado los medios adecuados para anularlo.

Los demás argumentos utilizados por la Audiencia coinciden sustancialmente con los empleados por el Juzgado para desestimar la acción social. Esos argumentos son aplicables tanto a la acción social como a la individual, pues afectan a elementos comunes a ambas, como son la verificación de la existencia de una acción antijurídica por los administradores sociales que haya provocado un daño. No se trataba de argumentos "extravagantes" sino que respondían a aspectos del debate procesal tanto de la primera como de la segunda instancia. Abundaban en la argumentación de la desestimación de la acción, pues junto al razonamiento sobre la validez de la renuncia al ejercicio de la acción que se exponía en la sentencia del Juzgado Mercantil, y que la Audiencia confirmaba, la sentencia dictada por esta justificaba la falta de los requisitos necesarios para el éxito de dicha acción. Por otra parte, parece evidente que si el Juzgado Mercantil no había utilizado expresamente estos argumentos al analizar la acción individual era porque ya estaban expuestos en relación a la acción social y eran aplicables, "mutatis mutandi", a la acción individual. Su exposición sería reiterativa, y no era necesaria pues la renuncia al ejercicio de la acción individual fue considerada válida.

3.- No es correcta la afirmación de la recurrente de que, en su recurso de apelación, impugnó un determinado fundamento de la sentencia donde se encontraba lo que él consideraba como la "ratio decidendi" [razón de la decisión]. Los recursos se interponen contra el fallo de la sentencias, esto es, contra los pronunciamientos hechos en relación a las peticiones de las partes, no contra uno u otro fundamento.

Por otra parte, la Audiencia Provincial, para desestimar un recurso de apelación, no se encuentra constreñida a utilizar los argumentos de la sentencia apelada, sino que puede usar argumentos diferentes de los utilizados por el juzgado, bien de forma cumulativa a los contenidos en la sentencia apelada, bien de forma alternativa cuando no considera correctos los de dicha sentencia, cuyo fallo será confirmado en tal caso, pero por distintos fundamentos.

En todo caso, de haber prosperado la tesis de que Martinsa no había renunciado al ejercicio de la acción individual de responsabilidad, expuesta por la demandante en su recurso de apelación, habría sido necesario examinar si concurrían los requisitos necesarios para que la acción pudiera prosperar. Ese examen ha sido realizado por la Audiencia para agotar la argumentación y dar plena respuesta al recurso de apelación, por lo que la denuncia de incongruencia carece de lógica.

4.- El principio "tantum devolutum quantum appellatum" por el cual solo puede ser resuelto por el tribunal de apelación aquello que es apelado, se refiere a los distintos pronunciamientos de la sentencia apelada.

Conforme a este principio, los pronunciamientos consentidos por la parte a quien perjudican no pueden ser revocados por el tribunal de apelación.

Pero ese principio no impide que para resolver la impugnación de los pronunciamientos objeto del recurso, el tribunal de apelación pueda utilizar los argumentos que considere correctos mientras no modifique los hechos y las peticiones que constituyen el objeto del proceso delimitado por las partes en primera instancia.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo

1.- En el epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de los ordinales segundo y cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denunció la infracción de los artículos 218.1 y 2 de la LEC y 24.1 de la Constitución española.

2.- En el motivo se denuncia la incongruencia omisiva o, subsidiariamente, la falta de exhaustividad en la motivación, pues la Audiencia no ha resuelto el incidente de tacha de testigos ni ha dado respuesta a las alegaciones sobre la propuesta de servicios realizada por Fadesa a CB DIRECCION000 y a otras alegaciones que, se dice, serán objeto de otros motivos del recurso.

QUINTO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de incongruencia omisiva ni de falta de exhaustividad. La tacha de testigos

1.- La tacha de testigos

La sentencia recurrida no incurre en omisión de pronunciamiento ni en falta de exhaustividad en la motivación porque « *no resuelve el incidente [de tacha de testigos] planteado por esta parte, lo que debería haber hecho en la propia sentencia* », según denuncia el recurso. La impugnación no puede prosperar. No procede dictar una resolución sobre la tacha, tanto se estime que los motivos de la misma concurren como se estime que no concurren. El resultado de la tacha sólo afecta a la valoración que en la sentencia se haga de la declaración del testigo, al igual que sucede con las circunstancias que el testigo haya reconocido al contestar a las preguntas del art. 367.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que el epígrafe del precepto califica como "preguntas generales al testigo": si tiene relación con la parte, interés en el asunto, etc.) pues la tacha sólo pretende acreditar las circunstancias que afectan a la imparcialidad del testigo para el caso de que éste no las reconozca al ser interrogado.

El art. 344.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el art. 379.3, prevé que el tribunal tenga en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, pero no exige que "resuelva el incidente de tacha", como pretende la recurrente. Solamente cuando considere que la tacha no solo no concurre sino que además menoscaba la consideración profesional o personal del testigo, declarará, mediante providencia, la falta de fundamento de la tacha, y si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable una multa. Se trata de una resolución excepcional, que los tribunales de instancia no han considerado procedente adoptar en este caso.

2.- Pero no solo no se exige una resolución que resuelva el "incidente" de tacha de testigos. Tampoco se estima o desestima la tacha en la sentencia, solamente se tiene en cuenta en la valoración de la declaración del testigo tachado, sin que sea exigible una específica motivación respecto de la existencia de la tacha en el testigo cuya declaración se toma en consideración.

3.- La propuesta de servicios realizada por Fadesa a CB DIRECCION000

En cuanto a la propuesta de servicios hecha por Fadesa a CB DIRECCION000 y a determinados argumentos que la recurrente alega que empleó en su recurso, a los que la Audiencia no habría dado respuesta, la exigencia de la motivación tiene por finalidad permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos; exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada; y operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad. Pero esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que han fundamentado la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 294/2012, de 18 de mayo, con cita de otras anteriores, y así ha sido considerado por el Tribunal Constitucional, en sentencias como la STC número 101/92, de 25 de junio.

4.- En el caso objeto del recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial cumple sobradamente la exigencia de motivación. Que no haya dado respuesta a alguno de los argumentos del recurso (que, al igual que el interpuesto ante esta Sala, tenía cientos de páginas) no solo no constituye infracción procesal alguna, sino que es inevitable a la vista de la desmesurada extensión del escrito de recurso.

Por otra parte, la cuestión del encargo hecho por Fadesa a CB DIRECCION000 para la valoración de los activos, ha sido ampliamente analizada por la sentencia de la Audiencia Provincial. Que no haya tomado en consideración alguno de los argumentos de la recurrente no supone infracción procesal alguna.

5.- La falta de la suficiente precisión sobre el resto de cuestiones del litigio en cuyo tratamiento por la Audiencia concurrirían las infracciones procesales denunciadas en el encabezamiento del motivo determina que la Sala no pueda entrar a decidir las.

SEXTO.- Formulación del motivo tercero

1.- En el encabezamiento del motivo, al amparo del artículo 469.1, ordinales 2º y 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denunció la infracción de los artículos 218.2 de la misma Ley, así como el artículo 24.1 de la Constitución española.

2.- El motivo se fundamenta en que la sentencia de la Audiencia Provincial desenfoca el tema central del pleito pues la acción que constituye el objeto del proceso es la individual de responsabilidad de los administradores y no la de responsabilidad contractual. Asimismo, se alega, la sentencia mezcla las cuestiones fácticas y jurídicas, así como los argumentos relativos a distintos elementos de la acción, de modo que dificulta sobremanera el control de la resolución judicial mediante el recurso, y no motiva adecuadamente la opción porque prevalezca los dictámenes periciales de los demandados sobre el aportado por la demandante.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Inconsistencia del motivo

1.- El estándar de motivación, exigible en los términos expuestos al resolver el anterior motivo del recurso, ha sido cumplido de forma más que notable por la sentencia recurrida. Los argumentos de la recurrente son inconsistentes, pues la sentencia no es confusa, y la recurrente hace mención a exigencias legales que no son tales.

2.- La Audiencia Provincial no ha desenfocado el objeto del proceso, sino que realiza un análisis ordenado de las distintas cuestiones relevantes. La recurrente había planteado que los Sres. Nemesio y Teodulfo actuaron dolosamente frente a las autoridades del mercado de valores, frente al mercado y frente a la propia demandante, y la sentencia da respuesta a tal argumentación. Cualquier error en la solución jurídica dada a la acción ejercitada será susceptible, en su caso, de impugnación por el recurso de casación.

Y la valoración de las pruebas periciales propuestas por las partes a que se hace referencia en el motivo, que la sentencia de la Audiencia Provincial realiza en su extenso apartado 9.6, está adecuadamente motivada y permite, junto con la valoración otras pruebas, conocer por qué la Audiencia Provincial ha determinado la base fáctica sobre la que asienta su decisión.

OCTAVO.- Formulación de los motivos cuarto a noveno del recurso

1.- En los epígrafes con los que se encabezan los motivos cuarto a noveno del recurso extraordinario por infracción procesal, la recurrente, al amparo del artículo 469.1, ordinal 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunció la infracción del artículo 24.1 de la Constitución española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la prueba y a que la valoración probatoria no se efectúe de forma arbitraria o manifiestamente irrazonable, o que veda el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta en la valoración probatoria, en las que incurriría la sentencia recurrida, en relación a diversos extremos de la sentencia.

2.- Entre las páginas 15 y 159 del recurso la recurrente denuncia la manifiesta arbitrariedad y la irracionalidad o irrazonabilidad manifiesta con la que considera que la Audiencia Provincial ha valorado los diversos medios probatorios (documentos, dictámenes periciales e interrogatorios de testigos y de parte) y la existencia de errores patentes en tal valoración de la prueba, dedicando cada motivo a una cuestión distinta de las que son objeto del litigio.

La recurrente realiza diversas transcripciones parciales de diversas declaraciones, documentos e informes periciales, e incluye asimismo varios cuadros con numerosos datos.

Reprocha asimismo a la sentencia que haya guardado silencio sobre el resultado de algunas pruebas.

NOVENO.- Decisión de la Sala. El recurso extraordinario por infracción procesal no es un recurso de apelación que permita cuestionar la valoración conjunta de la prueba hecha por la Audiencia Provincial y sustituirla por la propuesta por el recurrente

1.- Esta Sala ha declarado de forma reiterada que la valoración de la prueba es función soberana y exclusiva de los órganos judiciales de instancia, y no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, y también impide postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia frente a la llevada a cabo por la

Audiencia Provincial. Así se ha afirmado en sentencias como las núm. 88/2011, de 16 de febrero, y 635/2012, de 2 de noviembre).

2.- La recurrente considera manifiestamente arbitraria e irracional la valoración de las pruebas que realiza la Audiencia Provincial (o, en ocasiones, la valoración jurídica de hechos cuya existencia no niega o la interpretación de las alegaciones de la demandante, lo que es diferente de lo que es propiamente la valoración de la prueba y por tanto el ámbito de la infracción denunciada) porque no coincide con la que ella postula. Pretende que esta Sala realice una reconsideración completa de toda la base fáctica del litigio, para lo cual comenta e incluso reproduce extensamente el abundante material probatorio, trufándolo de comentarios, y valorándolo conforme a sus intereses. Con ello, busca que la Sala realice una nueva valoración conjunta de todas las pruebas practicadas que satisfaga las pretensiones de la demandante, dando mayor credibilidad a pruebas que no han sido consideradas determinantes por la Audiencia, y viceversa, o resaltando aspectos de las pruebas (determinadas respuestas de los testigos, o frases concretas entresacadas de estas respuestas, que considera "litosuficientes", incluso gestos de los mismos, datos de los informes periciales o pasajes de los documentos) que la sentencia de la Audiencia Provincial no considera expresamente, y restando importancia a otros que la Audiencia Provincial sí ha considerado relevantes.

Cuando la declaración de un testigo considera que le es adversa, la recurrente afirma que el testigo « *cuenta pero no prueba* » lo que declara, lo que no ocurre cuando considera que la declaración del testigo le favorece. Asimismo, la recurrente considera que la tacha de diversos testigos convierte en arbitraria o irracional la toma en consideración de sus declaraciones. En relación a las pruebas periciales, la toma en consideración de la cualificación profesional de los peritos e incluso la valoración de los argumentos contenidos en sus informes, son considerados por la recurrente como un "prejuicio" de la Audiencia (que de este modo estaría "prejujgando" y no "juzgando"), ya que la valoración probatoria hecha por la Audiencia no le es favorable.

Tal conducta es incompatible con la naturaleza del recurso extraordinario por infracción procesal. La errónea valoración de la prueba no está prevista como motivo de este recurso (de estarlo, sería otro recurso de apelación que se sumaría al existente ante la Audiencia Provincial), y el recurso a calificar de arbitraria e irracional la valoración que no se comparte no obvia este obstáculo.

3.- Se denuncian asimismo razonamientos pretendidamente irracionales. Tal infracción no es denunciante por el cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la valoración de la prueba, sino como infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el cauce del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, la lógica a que se refiere el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de la argumentación, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al amparo de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación.

4.- Se critica asimismo que la Audiencia Provincial valore y dé credibilidad a determinados medios de prueba, pero que no haga lo mismo con otros que la recurrente considera importantes.

Como declara la sentencia de esta Sala núm. 537/2013, de 14 de enero, con cita de otras anteriores, en el recurso extraordinario por infracción procesal no se puede pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas del órgano jurisdiccional. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba que son relevantes a juicio de la recurrente no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que

las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (sentencia núm. 493/2009, de 8 de julio), a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto.

5.- El error en la valoración de la prueba que puede ser denunciado a través de este recurso extraordinario debe ser patente, es decir, « *inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia* » (sentencia de esta Sala de 16 abril 2014, recurso 2340/2011) de modo que « *concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración* » (sentencia de esta Sala núm. 75/2014, de 4 de marzo).

En el recurso se critica de modo severo la valoración de la prueba hecha por la Audiencia pero no se identifican

adecuadamente errores que sean patentes o inmediatamente verificables de forma incontrovertible a partir de actuaciones judiciales concretas debidamente identificadas, pues no puede considerarse como tal la valoración aislada de determinados pasajes de las declaraciones de los testigos o de los documentos o informes, o rebatir alguna afirmación de la Audiencia sobre la conclusión a la que llega alguno de los informes

periciales porque es contraria a la valoración que la recurrente hace de tales pruebas, sin más concreción. La recurrente realiza, en realidad, una valoración conjunta de la prueba acorde con sus intereses, que pretende imponer a la realizada por la Audiencia.

En otras ocasiones, el recurso tacha de errores patentes lo que solo podrían ser considerados como meras imprecisiones, o, en todo caso, como errores menores, sobre extremos de poca trascendencia, no susceptibles de determinar la infracción del art. 24 de la Constitución necesaria para que pueda ser estimado el motivo del recurso basado en el art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no serían determinantes de la decisión adoptada en el sentido de constituir el soporte único o básico de la resolución ("ratio decidendi", razón de la decisión), de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error, como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 245/2005, de 10 de octubre, 6/2006, de 16 de enero, y 118/2006, de 24 de abril), y también la jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. núm. 558/2012, de 3 de octubre, y 646/2014, de 19 de noviembre).

6.- En definitiva, como afirmábamos en las sentencias núm. 445/2014, de 4 de septiembre, y 732/2014, de 26 de diciembre, « *que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial* ».

7.- Los errores jurídicos que se denuncian, referentes a cuestiones sustantivas (en qué consiste la sobrevaloración de activos, cuál es la naturaleza de la acción ejercitada, cuál es el concepto correcto del daño que se dice sufrido, etc.) no son susceptibles de denuncia a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

8.- La mezcla de cuestiones procesales y sustantivas; la extensa exposición de la base fáctica que la recurrente considera adecuada (a la que los recurridos replican con otras exposiciones no menos extensas en las que critican la versión de la recurrente y exponen la suya propia), en ocasión sin relacionarlo siquiera con supuestos errores o arbitrariedades cometidos por la Audiencia Provincial en la valoración de la prueba, a modo de nuevo escrito de alegaciones; la valoración de un sinnúmero de pruebas en el sentido que conviene a la recurrente; la mezcla de alegaciones heterogéneas, referidas a diversas pruebas, que poco o nada tienen que ver con la infracción denunciada en el epígrafe del motivo, etc., muestran que el recurso plantea de nuevo toda la problemática fáctica y jurídica del litigio, sin identificar y delimitar adecuadamente concretas infracciones procesales que encajen en alguno de los limitados supuestos del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que no permite la denuncia de cualquier infracción procesal), lo que es incompatible con la naturaleza y la función del recurso extraordinario.

DÉCIMO.- Formulación de los motivos décimo a decimotercero

1.- En los epígrafes de estos motivos, al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denunció la infracción de los artículos 394.1, 397 y 398 de la misma Ley, así como del artículo 24.1 de la Constitución española, en relación a los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia en los que se

imponen a la parte demandante-apelante las costas de la primera y segunda instancia, por no apreciar la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho.

2.- En estos motivos la recurrente impugna los pronunciamientos de condena al pago de las costas de primera y segunda instancia, al no haberse apreciado la concurrencia de serias dudas de hecho y de derecho porque en el caso « *se produce una situación de complejidad* », y porque el juicio por el que se llega a la conclusión de que no existen serias dudas de hecho no es objetivo, para lo cual la recurrente expone una serie de circunstancias del litigio que abonarían su tesis, así como porque existe una complejidad jurídica no apreciada por la Audiencia Provincial. Ello supondría, según la recurrente, la infracción del art. 24 de la Constitución .

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. Improcedencia de impugnar los pronunciamientos sobre costas en el recurso extraordinario

1.- Esta Sala ha declarado que la infracción de las normas sobre imposición de costas no puede ser alegada en el recurso extraordinario por infracción procesal (sentencias núm. 732/2008, de 17 julio , 4/2010, de 10 de febrero , núm. 358/2011, de 6 de junio , 423/2012 de 28 junio , y 557/2012, de 1 de octubre , entre otras muchas resoluciones).

Se trata de una doctrina consolidada de la Sala que, pese a la solicitud de modificación formulada por la recurrente, procede mantener. No todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que es imprescindible que la vulneración de la norma procesal tenga encaje en alguno de los motivos tasados en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que no sucede con las normas relativas a imposición de costas. Mientras que el recurso de casación puede fundarse en cualquier infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, el recurso extraordinario por infracción procesal solo puede basarse en alguna de las infracciones procesales previstas en la relación tasada del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Esta regla solo se excepciona en los supuestos en que se afecte al derecho fundamental a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española por incurrir en error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad. Fuera de estos casos, el pronunciamiento sobre costas pertenece al campo de la legalidad ordinaria, por lo que no puede infringir el art. 24 de la Constitución que se invoca para intentar incluir la impugnación en el ámbito del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen, como criterio general en materia de costas, el principio del vencimiento total, inspirado, como recuerdan las sentencias núm. 597/2006 de 9 junio , y 715/2014, de 16 de diciembre , en la regla de que « *la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien la tiene* ». Solo excepcionalmente, en caso de que el tribunal aprecie la concurrencia de "serias dudas de hecho o de derecho", puede no hacer expresa imposición de las costas.

Por tanto, habiendo sido desestimada tanto la demanda como el recurso de apelación, la consecuencia natural era la imposición de las costas a la demandante y recurrente en apelación, y solo muy excepcionalmente, si concurrían a juicio del tribunal sentenciador serias dudas de hecho o de derecho, procedía hacer un pronunciamiento que no impusiera las costas a ninguna de las partes.

3.- En línea con lo expuesto, esta Sala ha excluido por lo general la posibilidad de controlar mediante el recurso extraordinario por infracción procesal la condena en costas en caso de vencimiento pleno, por estimación o desestimación total de la demanda, o por desestimación total del recurso. En este sentido, la sentencia núm. 732/2008, de 17 de julio , declaró:

« [...] esta Sala viene declarando reiteradamente, en relación al principio de vencimiento objetivo, que quedanal margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en unoy en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad. Así se declara en Sentencia de 11 de mayo de 2007 (rec. núm. 4225/2000), que cita las Sentencias de 20 de abril de 1997, en recurso 1766/93 , 1 de octubre de 1997, en recurso 2427/93 , 24 de noviembre de 1998, en recurso 1979/94 y 20 de septiembre de 2000, en recurso 2948/95 » .

4.- En el caso enjuiciado, no se aprecia la concurrencia de la arbitrariedad o manifiesta irracionalidad en la decisión de no revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia, extensa y correctamente motivada por la Audiencia, ni en la de imponer las costas de apelación a la recurrente.

La alegada complejidad del pleito no es circunstancia que, por sí misma, determine la existencia de esas serias dudas que justifican apartarse del criterio del vencimiento objetivo.

Recurso de casación

En el examen de los motivos del recurso de casación invertiremos, por razones lógicas, el orden en que han sido formulados. Examinaremos primero el motivo tercero, en que se denuncia la infracción de los preceptos legales que rigen la acción de exigencia de responsabilidad a los administradores, puesto que solo si se estimara el motivo podría tener efecto útil la estimación de los motivos primero y segundo, relativos a la cláusula de renuncia al ejercicio de dicha acción.

DUODÉCIMO.- Formulación del tercer motivo del recurso

1.- El tercer motivo del recurso de casación tiene el epígrafe siguiente: « *Autorizado por el artículo 477.1 de la LEC , consistente en la infracción de los artículos 236 y 241 de la Ley de de Sociedades de Capital (antiguos 133.1 y 135 de la LSA) , reguladores de la acción individual contra los administradores* ».

2.- En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta que existió una conducta antijurídica por parte de los administradores demandados, pues falsearon o alteraron los activos de la sociedad, para lo que hace un extenso examen de todos los activos respecto de los que alega diversas anomalías (atribución de titularidades ficticias, no reconocimiento de las cesiones obligatorias a favor de la Administración, falsedad en la información urbanística, ventas de viviendas futuras sobre suelos no aptos para la construcción, sin licencia o con plazos de entrega de imposible cumplimiento, o sin tomar en consideración las consecuencias del plan de ordenación urbanística de Andalucía), determinantes de una actuación dolosa de los administradores, pues actuaron con la voluntad consciente de causar un daño a otros, que causó una lesión directa en el patrimonio de la demandante.

DECIMOTERCERO.- Decisión de la Sala. Petición de principio

El motivo del recurso incurre en el defecto de hacer una petición de principio, pues la infracción sustantiva se dice cometida sobre una base fáctica diferente de la establecida en la instancia y que no ha quedado desvirtuada en el recurso extraordinario por infracción procesal, pese a lo cual la recurrente la da por acreditada tras valorar nuevamente la prueba y exponer de nuevo las cuestiones fácticas relevantes del modo que considera más adecuado para fundar su pretensión, desnaturalizando de ese modo este recurso

DECIMOCUARTO.- Formulación de los motivos primero y segundo del recurso

1.- El primer motivo del recurso de casación se formula con el siguiente encabezamiento: « *Autorizado por el 477.1 de la LEC, consistente en la infracción del artículo 1.102 del Código Civil , en relación con el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, singularmente en cuanto establece que la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo es nula* ».

2.- El segundo tiene el siguiente epígrafe: « *Al amparo del art. 477.1 LEC , se denuncia la infracción del art. 1102 CC , por no aplicación* ».

3.- La recurrente considera innecesario haber ejercitado una acción para anular la cláusula en la que renunció al ejercicio de la acción que finalmente ejercitó en la demanda origen de este proceso, y que no pudo renunciar a la acción de responsabilidad por hechos anteriores que no conocía.

DECIMOQUINTO.- Decisión de la Sala. Falta de efecto útil

Una vez desestimado el motivo de casación que se ha formulado en relación a la desestimación de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales porque no concurren los requisitos necesarios para que prospere, carece de efecto útil el motivo dirigido a desvirtuar la eficacia de la cláusula de renuncia a dicha acción.

DECIMOSEXTO .- Costas y depósitos

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

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.



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

FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad "Martinsa-Fadesa, S.A." contra la sentencia núm. 541/2012, de 28 de diciembre, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el rollo de apelación núm. 310/2012, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 152/2011, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **José Ramón Ferrándiz Gabriel, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena. FIRMADA Y RUBRICADA.**

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ