

Roj: STS 5883/2013
Id Cendoj: 28079110012013100722
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1555/2011
Nº de Resolución: 736/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. uno de Madrid.

El recurso fue interpuesto por la entidad Corsan-Corviam Construcción S.A., representada por el procuradora Victoria Brualla de la Torre.

Es parte recurrida Carlos José , representada por la procuradora Helena Romano Vera; Aureliano y Ezequias , representados por el procurador Santiago Tesorero Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Victoria Brualla Gómez de la Torre, en nombre y representación de la entidad Corsan-Corviam Construcción S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, contra Ezequias , Ricardo , Carlos José y Aureliano , para que se dictase sentencia:

"por la que: - con carácter solidario condene a los codemandados al pago, a Corsan-Corviam Construcción S.A., de la cantidad de 1.535.534,86 euros, en concepto de principal e intereses moratorios, hasta el 1 de marzo de 2006.

- con carácter solidario condene a los codemandados a satisfacer a Corsan-Corviam Construcción S.A., intereses moratorios según lo pactado, desde la interposición de esta demanda hasta el pago final de lo debido.

- con carácter solidario condene en costas a los codemandados."

2. La procuradora Helena Romano Vera, en representación de Carlos José , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime en su integridad la referida demanda con expresa condena en costas."

3. El procurador Santiago Tesorero Díaz, en representación de Ezequias , contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente el petitum de la demanda, condenándose a la actora al pago de las costas causadas en la presente instancia."

4. El procurador Santiago Tesorero Díaz, en representación de Aureliano , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente el petitum de la demanda, condenándose a la actora al pago de las costas causadas en la presente instancia."

5. Por providencia de fecha 31 de octubre de 2006 se declara en rebeldía al demandado Ricardo al no haber comparecido en el plazo concedido para contestar a la demanda.

6. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de Madrid dictó Sentencia con fecha 23 de septiembre de 2008 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Estimando la excepción de prescripción formulada por las demandadas, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora."

Tramitación en segunda instancia

7. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Corsan-Corviam Construcción S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 6 de mayo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Corsan-Corviam Construcción S.A. contra lo fallado en la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid en el juicio ordinario nº 307/2006 del que este rollo dimana. E imponemos a la mencionada parte recurrente las costas correspondientes a la segunda instancia:"

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

8. La procuradora Victoria Brualla Gómez de la Torre, en representación de la entidad Corsan-Corviam Construcción S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción de los arts. 39 y 63 de la LEC y art. 11 de la Ley 60/2003 de Arbitraje .

2º) a) Infracción del art. 394 de la LEC . b) Infracción del art. 398 de la LEC . c) Infracción de los arts. 218.2 y 3 de la LEC . d) Infracción del art. 218.1 de la LEC .

3º) Infracción de los derechos reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución ."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción por aplicación errónea de los arts. 133 y 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el art. 69 de la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

2º) Infracción de los arts. 260 y 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , en relación con el art. 105 de la LSRL .

3º) Infracción de los arts. 1091 y 1258 del Código Civil en relación con el art. 1281, párrafo primero del mismo Texto Legal .

4º) Infracción por aplicación errónea de los arts. 6.4 , 7.1 y 7.2 y 1258 del Código Civil ."

9. Por diligencia de ordenación de 4 de julio de 2011, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

10. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Corsan-Corviam Construcción S.A., representada por el procuradora Victoria Brualla de la Torre; y como parte recurrida Carlos José , representada por la procuradora Helena Romano Vera; Aureliano y Ezequias , representados por el procurador Santiago Tesorero Díaz.

11. Esta Sala dictó Auto de fecha 12 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) ADMITIR LOS MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO, APARTADO C) Y D) Y TERCERO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL MOTIVO PRIMERO DEL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "CORSAN-CORVIAM CONSTRUCCIÓN, S.A.", contra la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº 76/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 307/2006 del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Madrid."

2º) INADMITIR EL MOTIVO SEGUNDO, APARTADO A) Y B) DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .".

12. Instada la aclaración de la anterior resolución se dictó Auto por esta Sala con fecha 4 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"RECTIFICAR el auto de admisión parcial de fecha 12 de junio de 2012 , efectuando en el mismo las siguientes rectificaciones: 1º) el razonamiento jurídico quinto quedará redactado en los siguientes términos: De acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del apartado 4 del art. 483 de la LEC 2000 e inciso tercero del art. 473.2 LEC , han de admitirse los motivos primero, segundo, apartado c) y d) y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación y de conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguense copias de los escritos de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría"; y 2º) el apartado 1º de la parte dispositiva queda redactado del siguiente tenor: ADMITIR LOS MOTIVOS PRIMERO Y SEGUNDO, APARTADO C) Y D) Y TERCERO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "CORSAN-CORVIAM CONSTRUCCIÓN, S.A.", contra la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo de apelación nº 76/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 307/2006 del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Madrid."

13. Dado traslado, las representaciones procesales de Aureliano , Ezequias y Carlos José , presentaron escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

14. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La demandante, antes Construcción y Gestión de Servicios, S.L. y ahora Corsan-Corviam Construcciones, S.A. (en adelante CGS), y la demanda, Tegecovi Interpeninsular, S.L. (en adelante, Tegecovi), habían concertado varios contratos de obra para la construcción de una promoción inmobiliaria (viviendas, club social, urbanización interior...) denominada "La Florida", en el termino municipal de Santa Lucía de Tirajana (Gran Canaria).

Para resolver las diferencias que mediaban entre ellos, sobre lo que restaba por pagar y la aplicación de penalizaciones por parte de la promotora (Tegecovi), las partes llegaron a un acuerdo el 25 de abril de 2002 para liquidar su relación contractual. En la cláusula sexta de este acuerdo se cifraba la cantidad adeudada a CGS, tras la deducción de las penalizaciones, en 1.577.198,93 euros. Las cantidades que resultaran impagadas devengarían un interés del 8%. Y en la cláusula séptima, se preveía, " en cuanto a las posibles penalizaciones, que según Tegecovi Interpeninsular, S.L. ascienden a 617.987,01 euros, cantidad que CGS rechaza tanto económicamente como conceptualmente de forma categórica que en ningún caso podrán verse aumentadas, por lo que su importe ha sido restado provisionalmente de las cantidades adeudadas a CGS, en cada una de las fases, comprometiéndose las partes a llegar a un acuerdo en el plazo de 10 días hábiles (...). De no ser así, ambas partes acuerdan expresamente que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación sobre la procedencia de las penalizaciones y la fijación de su importe, así como los intereses por demorar en el pago de toda la obra, se resolverán definitivamente mediante arbitraje de equidad con un sólo árbitro, abogado con más de quince años de ejercicio, designado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, sede del arbitraje, que deberá dictar laudo en un plazo no superior a noventa días desde la aceptación de la designación (...). Si Tegecovi Interpeninsular, S.L. no compareciere en el arbitraje se entenderá que renuncia a las penalizaciones, debiendo abonar su total importe de forma inmediata ".

En cumplimiento de este acuerdo, Tegecovi pagó a CGS la suma de 1.004.411,46 euros.

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, CGS ejercita dos acciones de responsabilidad contra cuatro administradores de Tegecovi. La primera al amparo del art. 105.5 LSRL , reclama la condena solidaria de los administradores al pago del crédito que CGS tiene contra Tegecovi, que cifra

en 1.535.534,86 euros, como consecuencia de haber incumplido el deber de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurrida en causa legal de disolución. La segunda acción, que se basa en el art. 69 LSRL y por remisión en el art. 135 TRLSA, pretende la indemnización del perjuicio que para la demandante ha supuesto el impago de este crédito, debido a un comportamiento contrario a la diligencia que les era exigible como administradores de la sociedad.

El crédito de 1.535.534,86 euros se desglosaba en las siguientes partidas:

i) 561.089,26 euros, que restaban de pagarse de la suma total de 1.577.198,93 euros que Tegecovi se había comprometido a pagar en el acuerdo de 25 de abril de 2002.

ii) 617.987,01 euros, por el coste de la obra que representaba el máximo de penalidades posibles que podían retenerse.

iii) 322.280,83 euros, por los intereses de ambas cantidades al 8%, desde el 1 de octubre de 2002 al 1 de marzo de 2006.

iv) 11.692,91 euros, por el IGIC (Impuesto General Indirecto canario), reconocido en el acuerdo de 25 de abril de 2002.

v) y 22.484,85 euros, por suministros posteriores, que fueron pagados por la demandante y debían haberlo sido por Tegecovi.

3. La sentencia de primera instancia apreció la excepción de prescripción de las dos acciones ejercitadas y desestimó la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia resuelve que las acciones no estaban prescritas, pero advierte que ambas acciones se basan en la reclamación de un crédito de CGS contra Tegecovi, en parte afectado por una cláusula pactada entre estas dos sociedades en su acuerdo de 25 de abril de 2002, por el que la liquidación de las deudas afectadas por las penalizaciones, que no podían superar la suma de 617.987,01 euros se sujetaban a arbitraje de equidad, caso de que las partes no alcanzaran un acuerdo. Y respecto de la otra parte, la Audiencia entiende que la pretensión que la constructora demandante persigue, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de su deudora, es obviar la controversia que ambas sociedades tenían en relación con la correcta realización de los trabajos y la pendencia de reclamaciones de los compradores de las viviendas. Por eso rechaza las dos acciones de responsabilidad por entender que suponen el ejercicio de un derecho contrario a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y un abuso de derecho (art. 7.2 CC). Además, condena en costas a la recurrente.

Frente a la sentencia de apelación, la sociedad demandante interpone sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

4. *Formulación de los motivos primero y tercero* . Analizaremos conjuntamente ambos motivos, por la relación que guardan entre sí. El *primer motivo* se formula al amparo del ordinal 1º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas sobre jurisdicción, ya que la sentencia impugnada infringe lo dispuesto en los arts. 39 y 63 LEC y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, al declarar que se ha obviado la cláusula arbitral introducida en el acuerdo de 25 de abril de 2002, pues no se ha acudido previamente a esa vía para fijar una deuda líquida en concepto de intereses y penalizaciones. En el desarrollo del motivo se argumenta que la cláusula arbitral no alcanzaba a los demandados, administradores de la sociedad, sino en su caso a ésta, razón por la cual el ejercicio de la acción de responsabilidad ejercitada no estaba afectada por el sometimiento a arbitraje.

El *motivo tercero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 CE, y se articula mediante dos submotivos. El primero denuncia que la sentencia ha llevado a cabo una valoración de la prueba practicada de forma errónea, indebida y arbitraria, al considerar que no existía un crédito a favor de la demandante frente a Tegecovi. El segundo submotivo denuncia un error manifiesto de la sentencia, que ocasiona indefensión al recurrente, al considerar que la simple sumisión a arbitraje en cuanto a ciertas relaciones jurídicas impedía tener por cierto un crédito a favor de la demandante.

Procede desestimar ambos motivos, por las razones que exponemos a continuación.

5. *Desestimación del primer motivo* . La prescripción contenida en el art. 11 de la ley 60/2003, de arbitraje, vigente en el momento en que se suscitó la controversia, contiene una norma sobre jurisdicción, a los efectos de poderse fundar en su quebrantamiento el recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del ordinal 1º del art. 469.1 LEC. Conforme al art. 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, " *el convenio arbitral*

obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria ". En la medida en que los demandados no eran propiamente parte en el acuerdo de 25 de abril de 2002 en el que se contenía la cláusula arbitral, frente a la demanda de responsabilidad que se ejercita contra ellos por quien comparece como acreedora de la sociedad de la que son administradores, no podían interponer la pertinente declinatoria, para hacer valer la cláusula arbitral. Y de hecho, el tribunal de apelación no aprecia ninguna declinatoria de competencia, lo que hace es desestimar la demanda de responsabilidad frente a los administradores porque se apoya en la existencia de una deuda social cuya determinación está afectada por una controversia entre la demandante y la sociedad deudora administrada por ellos, que está sujeta a arbitraje. El tribunal de apelación acude al abuso de derecho para concluir que la demandante, al ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores de su deudora, ha pretendido eludir la previa determinación de la deuda mediante el arbitraje al que se habían sometido.

Por eso, no cabe hablar de una infracción directa de las normas de jurisdicción, sin perjuicio de que el sometimiento a arbitraje de la determinación de la deuda afectada por las posibles penalizaciones hubiera justificado la desestimación de las acciones de responsabilidad, por considerar que se trataba de un abuso de derecho, lo cual puede ser objeto de revisión al analizar los motivos de casación.

6. Desestimación del motivo tercero . En cuanto al primer submotivo, debemos advertir que al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , con carácter excepcional, se puede cuestionar la valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia recurrida, siempre que fuera arbitraria o se hubiera incurrido en un error notorio, y con ello se haya producido indefensión para la parte. Pero se refiere a la valoración de la prueba que sirve para fijar los hechos acreditados sobre los que se basa la argumentación de la sentencia para concluir su fallo, pero no es esta la vía adecuada para cuestionar la interpretación de un contrato o convenio en relación con las pretensiones ejercitadas. De este modo, en este caso, no es la vía para cuestionar el alcance otorgado por el tribunal a la cláusula arbitral.

Del mismo modo, lo que se cuestiona en el segundo submotivo es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal pues, considerar que la cláusula arbitral impedía tener por cierto el crédito reclamado por el demandante afecta a la interpretación de los requisitos que deben concurrir en cada caso para la estimación de la acción ejercitada y su apreciación en el caso enjuiciado.

7. Formulación del segundo motivo . Este motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y se desglosa en cuatro submotivos, de los cuales se inadmitieron los dos primeros, porque las normas que se decían infringidas (art. 394 y 398 LEC) no eran de las que esta Sala ha entendido son reguladoras de la sentencia (arts. 216 a 222 LEC). Por ello, el motivo quedó ceñido a los submotivos tercero y cuarto.

El submotivo tercero denuncia la vulneración del art. 218.2 y 3 LEC , porque la sentencia carece de la necesaria motivación, puesto que no argumenta sobre lo expuesto en la demanda en relación con la inactividad y la desaparición de facto de la sociedad Tegecovi, de la que eran administradores los demandados.

Y el submotivo cuarto se basa en la vulneración del art. 218.1 LEC , por incongruencia de la sentencia, ya que carece de la necesaria coherencia interna, pues considera injustificada la existencia del crédito a favor de la sociedad demandante contra Tegecovi, por el simple hecho de haberse establecido en el contrato de liquidación y de reconocimiento de deuda de 25 de abril de 2002 la sumisión a arbitraje de las cuestiones surgidas en relación con las penalizaciones que pudieran ser exigibles a CGS. Insiste en el desarrollo del submotivo, que la inclusión de una cláusula de arbitraje no impide al órgano judicial examinar la realidad existente con el fin de determinar si existe la deuda que se reclama.

Procede desestimar este segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal por las razones que exponemos a continuación.

8. Desestimación del segundo motivo . En relación con el *submotivo tercero* , hemos de partir de la jurisprudencia constitucional sobre exigencia de motivación de las sentencias. Como recordábamos en la Sentencia 662/2012, de 12 de noviembre, el Tribunal Constitucional "ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de

otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión" (SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo).

De este modo, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" (Sentencia 294/2012, de 18 de mayo). Eso es lo que ocurre en el presente caso, en que no es necesario entrar a analizar si existía la causa legal de disolución invocada, porque la razón de la desestimación de las acciones ejercitadas, ya se comparta o no, está expuesta en la motivación de la sentencia, y guarda relación con otro de los requisitos de las acciones ejercitadas, que la cuantificación de la deuda social de Tegecovi con CGS está supeditada a la determinación del alcance de las penalizaciones que pueden aplicarse a CGS, lo cual se sometió por ambas partes a arbitraje, y a la resolución de las reclamaciones de los adquirentes de las viviendas por vicios en la construcción.

Y con esta decisión tampoco se incurre en el defecto denunciado en el *submotivo cuarto* , de falta de congruencia interna. La denominada "incongruencia interna" puede tener lugar "por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -" *ratio decidendi*"- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos (Sentencias 668/2012, de 14 de noviembre , y 571/2012, de 8 de octubre). Nada de ello se aprecia en la sentencia recurrida, cuyo fallo es coherente con lo razonado, ya que aprecia abuso de derecho en el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad deudora, porque con ella se pretende obviar las diferencias que pueden existir sobre las deficiencias en la realización de las obras y el acuerdo que alcanzaron la promotora y la constructora para que la determinación del alcance de las penalizaciones que la primera podría aplicar a la segunda se hiciera de común acuerdo, y en su defecto mediante arbitraje. Al margen de si se comparte la argumentación, la sentencia no incurre en ninguna "incongruencia interna".

Recurso de casación

9. Formulación de los cuatro motivos . El *primer motivo* de casación se basa en la infracción, por aplicación errónea de los arts. 133 y 135 TRLSA , en relación con el art. 69 LSRL , pues la sentencia admite que pueda ejercitarse directamente la acción contra los administradores, sin necesidad de dirigirse primero contra la sociedad, pero luego la desestima porque no queda acreditada la suma reclamada, no por los créditos en sí mismos, sino porque se ha obviado la forma de determinación de las penalizaciones mediante arbitraje.

El *motivo segundo* se basa en la infracción, por aplicación errónea, de los arts. 260 y 262.5 TRLSA , en relación con el art. 105.5 LSRL , por la misma razón reseñada respecto de la acción individual en el motivo anterior.

El *motivo tercero* denuncia la infracción, por aplicación errónea, de los arts. 1091 y 1258 CC , en relación con el art. 1281.1 CC , al llevar a cabo una interpretación errónea de los términos claros del contrato de 25 de abril de 2002, en el cual se lleva a cabo un verdadero reconocimiento de deuda.

Y el motivo cuarto denuncia la infracción, por aplicación errónea, de los arts. 6.4 , 7.1 , 7.2 y 1258 CC , porque la sentencia atribuye indebidamente a la demandante una actuación abusiva y contraria a la buena fe por no haber demandado a la sociedad Tegecovi. No ha existido mala fe ni abuso de derecho, sino el ejercicio de una facultad que le reconoce el ordenamiento jurídico.

Procede estimar el recurso de casación por las razones que exponemos a continuación.

10. Estimación del recurso de casación . En la demanda se pide la responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad Tegecovi respecto del pago de la deuda que tiene con CGS, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el art. 105.5 LSRL , por no haber promovido la disolución de la sociedad, estando ésta incurso en una causa legal, y la acción individual del art. 69 LSRL , porque el impago de la deuda fue debido a la falta de diligencia de los administradores en el ejercicio de su cargo. La Audiencia rechaza ambas acciones porque entiende que su ejercicio es contrario a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y constituye un abuso de derecho (art. 7.2 CC), en la medida en que la determinación del crédito que CGS aduce tener contra la Tegecovi está afectado por una cláusula arbitral, que se pretende evitar, junto con las reclamaciones de los adquirentes de las viviendas que se han quejado por vicios en la construcción, dirigiéndose directamente contra los administradores. La cláusula arbitral se contiene en el

acuerdo de 25 de abril de 2002, al que llegaron CGS y Tegecovi para liquidar la relación contractual que les ligaba, en relación con una promoción urbanística.

En cuanto a los créditos que CGS tuviera contra Tegecovi, cuya determinación estaba afectada por una cláusula arbitral, no apreciamos que la Audiencia haya infringido el art. 7 CC al concluir que el ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores en la que se solicitaba su condena solidaria respecto del pago de dichos créditos, en la medida que suponía eludir el sometimiento de la cuestión a arbitraje por una vía en la que los demandados carecían de legitimación para oponer la declinatoria prevista en el art. 11 de la ley 60/2003, de arbitraje.

Formalmente, tal y como están configuradas las dos acciones de responsabilidad, podría llegarse a discutir, sin necesidad de que fuera parte la sociedad deudora, la existencia y los importes de los créditos reclamados a los efectos de constatar si, en un caso (acción individual) su impago constituía un daño sufrido por el demandante como consecuencia de un comportamiento de los administradores contrario a los deberes de diligencia exigibles por la ley, y en otro (acción por incumplimiento del deber de instar la disolución de la sociedad) era una deuda social sobre la que se extendía la responsabilidad del art. 105.5 LSRL. Pero en este supuesto concreto, en atención a las circunstancias concurrentes, representadas porque CGS y Tegecovi habían convenido una específica forma de liquidar su relación contractual, a la vista de las diferencias que tenían, que pasaba por dejar claro el crédito indiscutido y ceñir el margen de la posible controversia que, si no se resolvía de común acuerdo, se sometería a un arbitraje de equidad, el ejercicio de las acciones de responsabilidad, al margen de la reclamación contra la propia sociedad deudora, muestra el propósito de CGS de eludir el compromiso adoptado frente a Tegecovi de acudir al arbitraje de equidad para la determinación del crédito, y constituye un claro abuso de un derecho que formalmente tiene reconocido por la ley.

11. Pero la literalidad del referido acuerdo contractual de 25 de abril de 2002 muestra que no todas las cantidades reclamadas están afectadas por la cláusula arbitral. Al liquidar sus relaciones, después de explicar en qué consistían sus diferencias, CGS y Tegecovi, en la cláusula sexta del acuerdo, cifran la cantidad adeudada a CGS, tras la deducción de las penalizaciones, en 1.577.198,93 euros, y establecen un calendario de pagos fraccionados.

Además, en la cláusula séptima, CGS y Tegecovi, en relación con la suma adicional de 617.987,01 euros, a la que asciende las penalizaciones que Tegecovi quería aplicar a las retenciones practicadas y respecto de las que no estaba de acuerdo CGS, ambas entidades se comprometían a llegar a un acuerdo en diez días, y en su defecto a someter la diferencia a un arbitraje de equidad.

La interpretación literal del convenio muestra claramente que la controversia sobre el montante de las penalizaciones, con cargo a las retenciones practicadas por Tegecovi, que era lo único que se sometía a arbitraje en la cláusula séptima, no afecta al reconocimiento de deuda que Tegecovi hace en la cláusula sexta.

El crédito reclamado en la demanda, que asciende a 1.535.534,86 euros, se desglosa en las siguientes partidas: i) 561.089,26 euros que restaban de pagarse de la suma total de 1.577.198,93 euros que Tegecovi se había comprometido a pagar en la cláusula sexta; ii) 617.987,01 euros que se habían retenido y sobre las que Tegecovi quiere aplicar penalizaciones; iii) 322.280,83 euros, por los intereses de las anteriores cantidades al 8%, desde el 1 de octubre de 2002 al 1 de marzo de 2006; iv) 11.692,91 euros por el IGIC (Impuesto General Indirecto canario), reconocido en el acuerdo de 25 de abril de 2002; y v) 22.484,85 euros, por suministros posteriores y que fueron pagados por la demandante.

Propiamente, el único crédito de los que CGS afirma tener contra Tegecovi afectado por la cláusula arbitral era el de 617.987,01 euros, y la parte de los intereses reclamados correspondientes a esta suma. El resto no están afectados por la cláusula arbitral: 561.089,26 euros, más los intereses devengados por esta cantidad al 8% desde el 1 de octubre de 2002 al 1 de marzo de 2006; 11.692,91 euros por el IGIC y 22.484,85 euros, por suministros posteriores pagados por la demandante. Frente a estas cantidades no puede objetarse que su reclamación contra los administradores, dejando a un lado si se cumplen los requisitos legales, constituya un abuso de derecho porque pretenda eludir las quejas y reclamaciones que hubieran formulado los adquirentes de viviendas por dos razones: la primera porque, por lo que respecta a la relación entre la promotora y la constructora, el acuerdo de 25 de abril de 2002 pretendió resolver sus diferencias y cifró una cantidad adeudada indiscutida, en la cláusula sexta, y lo que se reclama ahora es la parte de esta cantidad no pagada, así como la suma de 11.692,91 euros del IGIC que en el acuerdo expresamente se convino que corrían de cargo del promotor; y segundo, porque la liquidación de las reclamaciones entre constructor y promotora no impide las posibles reclamaciones que los adquirentes de las viviendas puedan ejercitar frente a ellos por vicios en la construcción. En cuanto al crédito de 22.484,85 euros, su reclamación

se funda en que fue un pago realizado por la constructora a un tercero que debía haber sido satisfecho por la promotora, ajeno las eventuales reclamaciones de los adquirentes de las viviendas, por lo que su reclamación a los administradores, como consecuencia del ejercicio de la acción de responsabilidad, tampoco constituye ningún abuso de derecho.

Por consiguiente, no cabía apreciar una conducta contraria a las exigencias de la buena fe ni abuso de derecho, por el ejercicio de la acción de responsabilidad respecto de estos créditos, ajenos al convenio arbitral.

Por ello, procede casar la sentencia y entrar a resolver sobre la procedencia de la acción de responsabilidad de los administradores demandados, en relación con los reseñados créditos no afectados por el convenio arbitral.

Responsabilidad de los administradores por no haber promovido la disolución de la sociedad

12. Comenzaremos por el análisis de los presupuestos legales para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores basada en el incumplimiento de su deber legal de promover la disolución de la sociedad, prevista en el art. 105.5 LSLR, tal y como estaba configurada antes de la reforma introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, en atención al momento en que se habría producido el hecho del que se deriva la responsabilidad reclamada, el reseñado incumplimiento del deber legal de promover la disolución.

Como hemos recordado en otras ocasiones, entre ellas en la Sentencia núm. 585/2013, de 14 de octubre, la acción ejercitada de responsabilidad de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada prevista en el art. 105.5 LSRL, que se corresponde en la actualidad con el art. 367 LSC, requiere que los administradores hayan incumplido el deber de promover la disolución, existiendo una de las causas legales que así lo exige.

De este modo es preciso que, mientras los administradores demandados estaban en el ejercicio de su cargo, la sociedad hubiera incurrido en alguna de las causas de disolución contenidas en las letras c) a g) del apartado 1 del art. 104 LSRL (en la actualidad las causas de disolución se regulan en el art. 363 LSC).

En el presente caso las causas invocadas fueron: pérdidas que dejan reducido el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de su capital social (art. 104.1.e LSRL), la falta de la actividad que constituye el objeto social durante tres años (art. 104.1.d LSRL) y la imposibilidad de cumplir el fin social (art. 104.1.c LSRL).

Basta advertir que atendiendo a las últimas cuentas anuales depositadas por la sociedad en el Registro Mercantil, que se corresponden con el ejercicio 2004, al cierre del mismo los fondos propios eran negativos (-230.449 euros), por lo que se cumplía con toda claridad la causa prevista en la letra e) del art. 104.1 LSRL, al ser el patrimonio de la sociedad muy inferior a la mitad del capital social, que era de 30.010 euros.

13. Concurriendo la reseñada causa legal de disolución, los concretos deberes que el art. 105 TRLSA, en sus apartados 1 y 4 (se corresponden con los actuales arts. 365 y 366 LSC), imponía a los administradores eran: i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta; y iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

No consta que los administradores demandados hubieran convocado la junta de socios en los dos meses posteriores al cierre del ejercicio 2004, ni que se hubiera removido por cualquier otra vía la causa de disolución.

Bajo la regulación del art. 105.5 LSRL anterior a la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que es la aplicable al caso en atención al momento del incumplimiento del deber legal de promover la disolución, anterior a la entrada en vigor de esta reforma, los administradores " *responderán solidariamente de las obligaciones sociales* ", en general, sin que la norma hiciera ninguna distinción, aunque se entiende que, conforme a la interpretación realizada en las Sentencia núm. 585/2013, de 14 de octubre, quedarían fuera las nacidas con posterioridad al cese de los administradores.

El crédito reclamado por la demandante consta que nació mientras los demandados eran administradores. Una vez excluida la parte afectada por la cláusula arbitral, 617.987,01 euros y los intereses reclamados correspondientes a esta suma, los administradores responden solidariamente de los siguientes créditos: i) 561.089,26 euros, que es la parte que dejó de pagarse del crédito reconocido por Tegecovi en la

cláusula sexta del acuerdo de 25 de abril de 2002, más los intereses devengados por esta cantidad al 8% desde el 1 de octubre de 2002 al 1 de marzo de 2006; ii) 11.692,91 euros por el IGIC (Impuesto General Indirecto canario), que en el acuerdo de 25 de abril de 2002 se reconocía debía correr a cuenta del promotor; y iii) 22.484,85 euros, de facturas posteriores, correspondientes al coste de los suministros de gasoil, agua, electricidad y materiales, a favor de Tegecovi, que fueron justificados documentalmente (documento 10 de la demanda) y no resultaron controvertidos.

En consecuencia, procede condenar a los administradores demandados al pago solidario de estos créditos, como consecuencia de la estimación de la acción de responsabilidad basada en el citado art. 105.5 LSRL .

Propiamente los intereses moratorios del 8% se pactaron respecto de la liquidación prevista en la estipulación sexta, por lo que procede imponer este interés desde la presentación de la demanda a la suma correspondiente a la primera partida, mientras que respecto de las dos restantes, al no existir interés pactado le aplicaremos el interés legal.

Costas

14. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la recurrente las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).

Estimado el recurso de casación, no imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

Como la estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación parcial del recurso de apelación y, consecuentemente, la estimación parcial de la demanda, no procede la imposición de costas ni en primera ni en segunda instancia (arts. 398.2 y 394 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Corsan-Corviam Construcciones, S.A., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 6 de mayo de 2011 (rollo de apelación núm. 76/2010), que resuelve el recurso de apelación interpuesto por Corsan-Corviam Construcciones, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (juicio ordinario núm. 307/2006).

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Corsan-Corviam Construcciones, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 6 de mayo de 2011 (rollo de apelación núm. 76/2010), que dejamos sin efecto y en su lugar dictamos otra por la que: estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Corsan-Corviam Construcciones, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid (juicio ordinario núm. 307/2006), y condenamos a los demandados Ezequias , Ricardo , Carlos José y Aureliano , a pagar solidariamente a la demandante, Corsan-Corviam Construcciones, S.A.:

i) 561.089,26 euros, más el interés devengado por esta cantidad al 8% desde el 1 de octubre de 2002 al 1 de marzo de 2006, y de la suma resultante, el interés moratorio pactado del 8% desde la presentación de la demanda hasta su pago.

ii) 11.692,91 euros, más el interés legal desde la presentación de la demanda.

iii) y 22.484,85 euros, más el interés legal desde la presentación de la demanda.

No imponemos las costas del recurso de apelación ni las generadas en primera instancia. Tampoco procede condena por las costas de la casación.

Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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