

Id Cendoj: 28079110012009100095
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 462/2003
 Nº de Resolución: 79/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SOCIEDAD ANÓNIMA x
- x ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN (SOCIEDAD ANÓNIMA) x
- x ADMINISTRADOR (SOCIEDAD ANÓNIMA) x
- x RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR x
- x ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD x
- x CARGA DE LA PRUEBA x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x CONGRUENCIA x
- x RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL x

Resumen:

Sociedades. Acción social de responsabilidad contra miembros del Consejo de administración. No obsta a la responsabilidad el hecho de que el administrador tenga potestades delegadas del consejero delegado, máxime si actúa como administrador de facto. Es admisible la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho en los supuestos en que la prueba acredite que actuaba en esa condición. Recurso extraordinario por infracción procesal. El art. 1214 CC solo se infringe cuando el tribunal haya invertido el principio de distribución de la carga de la prueba. Motivación de la sentencias: cumple con el canon de suficiencia. Congruencia de la sentencia: no impone la obligación de dar respuesta a todos los aspectos considerados por las partes.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que con el número 462/2003, ante la misma penden de resolución, interpuestos por la representación procesal de D. Lázaro , aquí representado por la Procuradora D.ª Ana Llorens Pardo contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 751/2000, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 30 de marzo de 2002, dimanante del juicio de menor cuantía n.º 278/1994 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Eivissa. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Procurador D. Rafael Delgado Delgado en nombre y representación de Karta Ibiza, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia n.º dos de Eivissa dictó sentencia de 1 de septiembre de 2000 en el juicio de menor cuantía n.º 278/1994, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Con estimación parcial de la demanda y sin hacer expresa imposición de costas, condeno a Don Lázaro a que abone a Karta Ibiza S. A. la cantidad de 26 109 039 ptas., con más los intereses legales a contar desde la interpelación judicial».

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

«Primero. Tiene competencia territorial este Juzgado, vistos los *artículos 56 y 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*, reguladores de la sumisión tácita y es adecuado el procedimiento aquí seguido, de menor cuantía, vistos los *artículos 484-1.º, 489-8.º y 680* y siguientes, del referido cuerpo legal, y tienen legitimación activa y pasiva las partes, en las mismas posiciones que ocupan, deduciéndose tal extremo del estudio del fondo del asunto, que se vera a continuación.

»Segundo. Plantea la parte actora en su demanda el ejercicio de acción social de responsabilidad así como las acciones derivadas de culpa contractual contra el demandado, por su actuación como miembro del Consejo de Administración (de la entidad actora) y apoderado con facultades delegadas de todos los actos de administración previstos en el *artículo 19* de los Estatutos sociales, y pretende que se condene al Sr. Lázaro al pago de 41 648 465 ptas., mas con los intereses legales correspondientes y con imposición de costas.

»La referida cantidad es la suma de las diversas partidas que se desglosan en el hecho noveno de la demanda, aquí por reproducido, para evitar repetición.

»Frente a la demanda, la demandada plantea como excepciones previas, en primer lugar, la improcedencia de las acciones ejercitadas para reclamar el saldo resultante de la liquidación de la cuenta corriente existente entre las partes, por un lado, y la improcedencia de la acción de responsabilidad fundada en el *artículo 134 LSA*, por lo que respecta a la totalidad de las reclamaciones efectuadas por la actora.

»Afirma la defensa letrada del demandado, en cuanto al primer punto referido, que existiendo un contrato mercantil de cuenta corriente entre las partes, lo que hubiera procedido es solicitar la liquidación de dicho contrato, en la fecha en que el Sr. Lázaro cesó en sus funciones.

»La partida a del hecho 9.º de la demanda constituye la reclamación de 4 954 005 ptas. como consecuencia del descubierto (a juicio de la actora) en dicha cuenta corriente, de la que se considera acreedora por dicho importe. La actora -emper- no solicita liquidación por dicha cuenta, sino que la ha hecho, y ha resultado el importe que reclama, y ejercita acción por culpa contractual, por lo que no se ve problema alguno en que solicite el abono de tal partida, en base al descubierto o debito derivado de tal contrato. Cosa distinta es si se acredita o no tal descubierto, pero, al menos en principio, no debe rechazarse "a limine" la petición por improcedente.

»A mayor abundamiento, el pretendido descubierto de la cuenta referida tiene como consecuencia (a juicio siempre de la actora) la deslealtad del demandado con la empresa administrada, y el distraimiento de los fondos de la misma en su propio provecho, de tal manera que la prueba de tales extremos salpica al balance de la cuenta, con la que estaría en relación directa.

»En cuanto al punto segundo (improcedencia de la reclamación en base a la responsabilidad del demandado como administrador), la parte demandada considera no aplicables los *artículos 133 y 134 LSA* en base a que el Sr. Lázaro no era administrador de la empresa actora, si no que fue solo apoderado por el consejero delegado Don Juan María, existiendo un Consejo de Administración como órgano encargado de la misma, que sería el responsable de apoderar con tan amplias facultades a persona que las hubiera usado en perjuicio de la sociedad.

»No participa el proveyente del planteamiento expuesto en el párrafo anterior, pues si bien es cierto que el Sr. Lázaro fue apoderado expresamente por el Sr. Juan María para ejercitar todas las funciones a que se refieren las letras a a j, ambas inclusive, y que contiene el *artículo 19* de los Estatutos Sociales, no es menos cierto que el Sr. Lázaro no era un tercero ajeno al Consejo de Administración, si no un miembro de éste, nombrado además Secretario del Consejo, que al ser revestido de amplísimos poderes se convirtió de hecho en el administrador de la empresa. Véase al respecto el documento n.º 1 aportado con la demanda.

»Tampoco resultaría coherente mantener ahora (por la defensa del demandado) que el Sr. Lázaro era solo un mandado y luego pretender justificar los cuantiosos gastos de representación realizados por el Sr. Lázaro durante su gestión, como se hace mas adelante en la contestación a la demanda.

»Por todas estas razones, las excepciones previas que plantea la parte demandada, y ya referidas, decaen.

»Tercero. Plantea también la parte demandada la excepción de defecto legal en la forma de proponer la demanda, en relación con la partida d del hecho 9.º de la misma (4 176 684 ptas. por los perjuicios

ocasionados por el libramiento de cambiales de occlusión o de "pelota"), en base a que no consta en autos la documentación supuestamente aportada por la actora y que justifica tal reclamación (tomo 10, carpetas 54 a 55, y carpeta 60, vease final del párrafo 2.º del hecho 7.º de la demanda), creando para la demandada una situación de indefensión.

»No se aprecia la existencia de la cuestión previa planteada, y que no es sino la excepción dilatoria del artículo 533-6.º de la LEC, en relación con el artículo 524 de la misma, ambos aplicados por analogía, pues se fija "con claridad y precisión lo que se pida, y la persona contra quien se proponga la demanda", por decirlo en términos legales.

»Cosa distinta es que la partida referida no deba ser estimada, pues es cierto que los documentos justificativos de la misma, al ser constitutivos del derecho de la actora, debieron ser aportados, conforme dispone el artículo 504 LEC, y su no aportación genera indefensión, no pudiendo ser considerado como documento constitutivo, a tal respecto, el informe pericial que se aporta como documento n.º 3 con la demanda, máxime cuando su adveración por vía testifical ha sido cuestionada, al formularse incidente de tacha del testigo que elaboró dicho informe, Don Eugenio, incidente que debe resolverse a favor de la actora que lo propuso, pues como bien manifestó la misma al impugnar la tacha, el testigo fue repreguntado, no debiendo ser tan incapaz para serlo cuando la parte que lo tacha se aprovecha de sus declaraciones, y sin perjuicio de que su testimonio ofrezca pocos visos de imparcialidad, dada la acreditada animadversión del Sr. Eugenio respecto del demandado (véase el resultado de la prueba testifical efectuada con el Ldo. Sr. Ildelfonso, que intervino como testigo en el incidente de la tacha referida).

»A mayor abundamiento, el perito Sr. Eloy manifestó que de los documentos obrantes en autos no se puede determinar que sea la cantidad aquí reclamada la efectivamente gastada en descuentos y renovaciones de letras de favor.

»Pero aunque sí se acreditara tal extremo, según el perito, el libramiento de letras de occlusión era práctica frecuente en la época a que se refieren los hechos, con objeto de obtener momentánea liquidez. Además, el importe devengado por gastos bancarios al efecto, evidentemente, no fue al bolsillo del Sr. Lázaro, no habiéndose demostrado en este punto la acción u omisión gravemente culposa, el daño producido y la relación de causalidad (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 21-05-92, a tal respecto).

»Por todo lo cual, aun descartando el defecto legal en el modo de proponer la demanda, la reclamación por la partida d, del hecho 9.º de la demanda, ha de ser desestimada.

»Cuarto. En cuanto a la partida e del tan referido hecho 9.º, esto es, la reclamación de 11 300 000 ptas. por la venta de inmuebles de la actora cuyo importe e IVA declarado recibido no se ingresó en la caja social, en relación con la venta a que se refiere el hecho 8.º de la demanda (nave industrial a la entidad mercantil Grup Aliment S.A., regentada entonces por la esposa del demandado, y que se instrumentalizó en la escritura de 22 de julio de 1992), como bien dice el perito, Don. Eloy, no deja de sorprender por ingenua que la forma de pago por cambiales no se reflejara en dicha escritura. Véase la misma, aportada por fotocopia, como documento n.º 130 aportado con la demanda.

»Manifiesta Don. Eloy (en lo sucesivo el perito), que "en autos queda demostrado que las letras fueron pagadas por el comprador, pero no hay forma de saber si fueron cobradas por el vendedor de cualquier forma, incluso mediante su endoso". "Solamente la exhibición de la contabilidad completa de Karta Ibiza S.A. serviría para verificar los cobros".

»Sobre esta partida reclamada, la parte actora aporta los documentos contables correspondientes a los ejercicios 91-92, documentos 117 a 124 aportados con la demanda.

»Tales documentos, extraídos del libro diario, reflejan todas las operaciones registradas.

»Para lo que aquí interesa, sobran los documentos 123 y 124, que se refieren al ejercicio de 1993, pues si en la escritura de compraventa realizada el 22 de julio de 1992 se dice que el precio de venta a esta confesado como recibido es porque ha debido ser satisfecho antes de ese momento, debiendo los contratantes estar a sus propios actos.

»Como gerente y administrador de la empresa, le incumbía al demandado la responsabilidad de apuntar los asientos contables que reflejaran los movimientos de caja. Acreditada la venta, corresponderá al vendedor que reconoce tal operación (la venta) justificar el destino dado al dinero recibido (artículo 1214 del

Código Civil), no compartiendo el Juzgado el criterio del perito, de ver la contabilidad completa de Karta Ibiza para verificar los cobros, no pudiendo exigírsele a esta una prueba diabólica, pues así como el reclamo del importe de las letras de ocusión no tiene soporte documental, la reclamación por la partida e del hecho 9º. tiene pleno apoyo en la aportación de la escritura de venta y en la de los movimientos de caja, tanto oficiales como correspondientes a la caja atípica, en donde no se reflejan los ingresos de las cambiales giradas para el pago de la venta de la nave.

»Por todo lo cual, la demanda será estimada sobre esta reclamación referida.

»Quinto. En cuanto a la partida c del hecho 9º de la demanda (cantidades derivadas de cheques emitidos al portador, justificados en sus matrices de emisión como caja y cuyo ingreso no aparece en la misma, distraídos por tanto en su propio beneficio o en el de terceros, por importe de 17 542 931 ptas.), no obstante determinar el *artículo 134.3 LSA* que "la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada", es lo cierto que, al menos, debe presumirse "iuris tantum" que las cuentas aprobadas son correctas y corresponden fielmente a las operaciones llevadas a cabo a través de la caja, no solo porque las cuentas han sido sometidas a contradicción en la Junta de accionistas correspondiente si no porque han de ser auditadas (*artículo 203 LSA*), por lo que habría que probar expresamente (y la carga de la prueba le corresponde a quien así lo alega, la parte actora, conforme al *artículo 1214 Código civil*) que parte de las cuentas aprobadas están falseadas, y que existen salidas de dinero no justificadas, lo que la actora no ha conseguido probar, en relación con los movimientos de cheques anteriores a 1992, por lo que de acuerdo con el perito, no se tendrán en cuenta los cheques librados durante el ejercicio de 1991.

»La parte actora justifica la reclamación de esta partida con los documentos 86 a 116, aportados con la demanda, así como con los listados de caja (típica y atípica) de los años 91, 92 y 93, que constituyen los documentos 117 a 124. Tales documentos parecen suficientes para acreditar que han sido objeto de destino desconocido los cheques librados fuera del ejercicio de 1.991, y que según el perito tienen un importe de 9 414 000 ptas., por lo que la partida aquí estudiada (c del hecho 9.º) ha de estimarse parcialmente, por el importe últimamente referido, pues en cualquier caso, el movimiento o listado de caja debió reflejar todas las operaciones, y no debe ser imposible a quien manejo los fondos dar una explicación satisfactoria del destino que dio a los mismos.

»Sexto. En cuanto a las partidas a y b (4 954 005 ptas. de la cuenta corriente personal del demandado por no servicios, retirada de mercaderías y cargo a la cuenta de la empresa de gastos personales y familiares, y 3 674 845 ptas. de cantidades retiradas directamente de caja y no devueltas, respectivamente), el perito mezcla ambas, para compensar las diversas subpartidas que las componen.

»Ningún inconveniente existe en mezclar los diversos componentes de las partidas, con objeto de compensar los resultados, si todo ello se clarifica suficientemente.

»En cuanto al dinero retirado de caja y no devuelto (3 674 845 ptas.), se trata de algo que esta fuera de duda, pues es uno de los hechos probados de la sentencia (firme) dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2, en los autos de procedimiento abreviado 208/97.

»En cuanto al saldo acreedor de la actora, resultante de la cuenta corriente personal entre las partes (4 954 005 ptas.), se justifica (en principio) con los documentos 5 a 58 aportados con la demanda.

»Es pacífico que al 31 de mayo de 1993, liquidados los salarios adeudados hasta entonces al Sr. Lázaro, se le debía 3 254 000 ptas. (véase el informe del perito), que al compensarlos con las retiradas de caja por importe de 3 674 845 ptas. arroja un saldo acreedor de la actora por importe de 420 845 ptas. No puede la misma reclamar este saldo resultante por la compensación referida, y reclamarlo también como descubierto de la cuenta corriente personal (documento n.º 5 de la demanda), por lo que habrá de ser descontado. También deberá descontarse del saldo final resultante la cantidad de 2 millones de pesetas reconocidos a favor del Sr. Lázaro ante el Juzgado de lo Social, con fecha 5 de octubre de 1993 (documento n.º 1 de la contestación a la demanda). Ante la falta de clarificación, se deduce que esta última cantidad referida la constituyen los salarios devengados entre junio y octubre de 1993, ambos inclusive, así como dividendos por su participación en el negocio, y finiquito, esto es, todo lo devengado a favor del Sr. Lázaro desde el 31 de mayo de 1993.

»Solo quedan por dilucidar las subpartidas de gastos de representación, suntuarios y demás, a favor del Sr. Lázaro.

»El perito hace juicios de valor que no le competen, respecto de que cantidades deben aceptarse y

cuales no. Ello no obstante, su opinión no tiene por que ser desdeñada en cuanto puede ser juiciosa, toda vez que en este punto tratado las dificultades de prueba se agudizan.

»En este orden de cosas, y por las razones que ya se dijeron en uno de los razonamientos jurídicos anteriores, los gastos justificados con anterioridad al 31 de diciembre de 1991, no serán tenidos en cuenta. Tampoco lo será la subpartida duplicada de 37 680 ptas.

»Se aceptan las subpartidas de restaurantes por los importes que se reflejan al folio 2 del informe pericial, que pueden ser coherentes con las relaciones públicas y atenciones a los clientes.

»No se estiman gastos de prensa y diversos por valor de 241 777 ptas., ni libros de editorial Deusto por importe de 86 595 ptas., pues no se colocan libros para la sala de espera de los clientes, si no revistas; en todo caso, los importes indicados se revelan muy excesivos.

»Del folio 2 referido, del informe pericial, se deduce que la suma de conceptos o subpartidas que a juicio del perito deben estar fuera de la reclamación asciende a 1 041 368 ptas.

»A juicio del proveyente, por los conceptos de prensa, libros y diversos, no deben otorgarse mas de 100 000 ptas., considerando excesivo el resto (el perito estimo 241 777 mas 86 595, que suman 328 372 ptas.).

»Por todo lo cual, al saldo resultante de 1 041 368 ptas., debe descontársele la diferencia entre 328 372 ptas. y 100 000 ptas., esto es, 228 372 ptas., quedando un saldo de 812 996 ptas., a descontar a su vez de la partida de descubierto de la cuenta.

»En resumen, el saldo a favor de la actora por las partidas a y b del hecho 9.º de la demanda lo compone el resultado de sumar y restar las siguientes cantidades:

- »Partida a reclamada: + 4 954 005 ptas.
- »Partida b reclamada: + 3 674 875 ptas.
- »Gastos suntuarios y de representación: - 812 996 ptas.
- »Transacción laboral: - 2 000 000 ptas.
- »Duplicidad saldo liquidación de salarios: - 420 845 ptas.
- »Total: 5 395 039 pts-

»Por todo lo cual la demanda ha de ser parcialmente estimada con su natural reflejo en costas (artículo 523 LEC)».

TERCERO. - La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia de 30 de marzo de 2002 rollo de apelación n.º 751/2000 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»1) Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Colom Ferrá, en nombre y representación de D. Lázaro contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º Dos de los de Eivissa de la que el presente rollo dimana, la cual se revoca en parte, en el sentido de fijar definitivamente la cantidad objeto de condena al demandado y a favor de la entidad Karta Ibiza, S.A., en la suma de veintitrés millones doscientas setenta y cinco mil ochocientos cincuenta y cuatro pesetas (23 275 854 ptas, 139 890,70 euros), manteniendo el resto de pronunciamientos que la misma contiene.

»2) No ha lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en esta alzada».

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

«Primero. Tal y como reconocen las partes en el presente litigio y no deja de señalarse en la sentencia de instancia, la actora, Karta Ibiza, S.A., ejercita en el presente procedimiento dos acciones, una

por la vía de la responsabilidad social de los administradores diseñada en los *arts. 133 y 134 LSA* y otra con apoyo en la responsabilidad contractual normada en los *arts. 1101 y siguientes CC* y, ambas, con el objetivo común de solicitar la condena del demandado al pago de la suma de 41 648 465, pesetas.

»La sentencia de primer grado jurisdiccional estimó sólo en parte las pretensiones actoras, pues condenó al demandado D. Lázaro al pago de la cantidad de 26 109 039, ptas. de principal, sin hacer expresa imposición de costas. Dicha decisión fue únicamente recurrida por la representación procesal de la parte demandada, lo que motiva y enmarca la presente alzada y resolución.

»Segundo. Reproduce la parte recurrente en esta alzada las dos excepciones previas que esgrimió en la contestación a la demanda.

»Así, en lo concerniente a la acción social de responsabilidad contra los administradores de una sociedad anónima, se afirma que D. Lázaro no era administrador de Karta Ibiza, S.A., de ahí la improcedencia de su ejercicio, en lo relativo a las reclamaciones contenidas en los apartados c), d) y e) del ordinal noveno de la demanda y que se refieren a cantidades derivadas de cheques emitidos al portador justificados en sus matrices como "caja" y que no aparecen ingresados en la misma; gastos financieros y perjuicios ocasionados a la sociedad por el libramiento de letras "de pelota" con el fin de ocultar irregularidades del demandado ocasionantes de iliquidez social; y la reclamación derivada de la venta de inmueble cuyo precio se declara recibido en la escritura pública correspondiente, mas no figura ingresado en la caja social.

»Se señala en el motivo de apelación que el Sr. Lázaro era sólo apoderado de Karta Ibiza, S.A. y que, aunque miembro de su Consejo de Administración, era éste un órgano colegiado, de modo que no estaría facultado "per se" para realizar las conductas que se le imputan, siendo así que, en todo caso, la responsabilidad que se le exige alcanzaría a todos los componentes del Consejo de Administración y especialmente al Consejero-Delegado que otorgó el apoderamiento a su favor. Es -además- postura procesal del impugnante que esta cuestión viene acreditada en el frontispicio del juicio, pues se encuentra avalada por la documental aportada con la misma demanda inicial.

»Si se acude a la certificación del Registro Mercantil (folios 13 y siguientes), en efecto, se comprobará como en sesión de la Junta Universal de accionistas de Karta Ibiza, S. A., celebrada el 5 de mayo de 1986, documentada en escritura pública el 25 de noviembre de 1987 e inscrita el 22 de abril de 1988 se sustituyó el sistema de administradores solidarios mediante la constitución de un Consejo de Administración, siendo D. Lázaro consejero y secretario y D. Juan María consejero delegado con todas las facultades del Consejo. A su vez, D. Juan María confirió poder al demandado para el ejercicio de las facultades relacionadas en los apartados a) a la j), ambos inclusive del *art. 19 de los estatutos sociales, lo que se realizó por escritura notarial de 22 de marzo de 1991*, inscrita en el Registro Mercantil el 8 de agosto siguiente.

»Si se atiende al *art. 19* de los estatutos, se comprenderá que las facultades conferidas al apoderado son todas las que correspondían al Consejo de Administración e, incluso, todas las concernientes al giro o tráfico de la sociedad pues su apartado j) recoge una cláusula residual, según la cual las expresadas anteriormente son meramente enunciativas y no limitan las conferidas con carácter general en el párrafo primero, que se refiere a la realización de "toda clase de negociaciones y operaciones conducentes al cumplimiento del objeto de la sociedad". No se trata, por tanto, de su apoderamiento o mandato concebido en términos generales al modo del *párrafo 1.º del art. 1713 CC*, sino de un mandato expreso que autoriza a cualquier acto o negocio de administración y disposición, omnicompreensivo, como se ha dicho, de todas las operaciones empresariales y de representación de la empresa.

»Cierto es que el Sr. Lázaro era sólo uno de los miembros del Consejo de Administración de Karta Ibiza, S. A. y que como apoderado debía rendir cuentas de su gestión no sólo ante el Consejo, sino también y, a su través, ante la Junta de accionistas. Sin embargo, no es menos cierto que gozaba de amplísimos poderes, que seguía siendo consejero y que, como se comprueba en los autos, utilizó también ampliamente las facultades conferidas en todo tipo de operaciones y negocios, hasta el punto de dirigir y controlar la actividad social y de exigir en este proceso, incluso, gastos de representación efectuados durante su gestión. Todo ello, al margen de aspectos meramente formales, confiere al demandado-recurrente la cualidad de administrador social "de facto", al que la sociedad administrada, que no el órgano colegiado de gestión, puede exigir responsabilidades, según fecunda y reiterada doctrina jurisprudencial, a tenor de los *arts. 133 y 134 LSA*.

»Tercero. También excepciona el demandado, como cuestión previa, que no puede exigírsele responsabilidad contractual por la vía de los *arts. 1101 y siguientes CC*, pues la relación en este aspecto

mantenida con la sociedad actora era la del contrato atípico de cuenta corriente, que precisaba de una previa liquidación al momento de su cierre para conocer el saldo acreedor o deudor en favor de una y otra de las partes, lo que se considera como requisito previo al ejercicio de cualquier reclamación judicial al efecto.

»Resuelve acertadamente, a juicio de esta Sala, la sentencia de instancia el tema controvertido, pues considera que la liquidación que se exige va ínsita en la reclamación deducida en la demanda, de modo que por la parte actora ya está realizada, aunque -obviamente- no por ello debe ser inmediatamente estimada como correcta, pero sin que tal circunstancia permita que se la considere como una cuestión de principio que conduzca al rechazo "ad limite litis" de la petición, sino que puede ser adverada, negada o matizada a través de las pruebas practicadas como así efectivamente ocurrió en la sentencia combatida.

»Cuatro. Planteó también la parte demandada, actual recurrente, la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, en relación a la partida d) del hecho noveno de la demanda por importe de 4 176 684, pesetas, reclamadas en calidad de perjuicios ocasionados por gastos financieros por el libramiento por el demandado de letras de cambio de colusión o "de pelota", pues se afirma que con la demanda no se aportaron los documentos esenciales o fundamentales en los que se apoyaba tal reclamación, causando con ello indefensión al accionado.

»Resuelve adecuadamente este tema la sentencia combatida al desestimar la excepción propuesta, al considerar que la demanda ejercitada reúne los requisitos expositivos o formales que legalmente le eran exigibles, remitiendo la cuestión de la aportación documental y definitiva acreditación de la partida controvertida al trámite de prueba. Y es en este trance de análisis de las pruebas, desplegadas en autos cuando decide desestimar la petición analizada, absolviendo de ella al demandado, extremo decisorio que no ha sido cuestionado en esta alzada, con lo cual, confirmando el criterio desestimatorio de la instancia, no se ve ni se aprecia un interés jurídicamente protegible en la parte apelante para reproducir o, al menos, aludir a la citada excepción.

»Quinto. Conviene ahora adentrarse en el tema de la cuantificación de la reclamación actora en los términos definidos en la sentencia de instancia, pues marcan los límites de esta alzada, ya que -cual se apuntaba- estimadas sólo en parte las pretensiones deducidas en la demanda, sólo la parte accionada discrepa de la decisión de primer grado jurisdiccional.

»Llegados a este punto procede realizar una primera afirmación de orden acreditativo y valorativo de la prueba practicada en autos, pues éste es el motivo de impugnación que ahora se baraja. Ya se ha dicho que el Sr. Lázaro ejerció como administrador de hecho en la época a la que se contrae la presente reclamación con amplísimas facultades de modo que es coherente y lógico que se le exija una colaboración procesal activa, pues se encuentra en posición acreditativa de privilegio; es decir que en general se ve favorecido por el principio de facilidad y disponibilidad probatoria, jurisprudencialmente reconocido y hoy refrendado legalmente en el *art. 217.6 de la nueva LEC 1/2000*. Al propio tiempo hay que señalar que la maraña documental a la que ha conducido el presente proceso, buena parte de ella aportada fuera de plazo en esta alzada, cuando no son más que acumulación ingente de documentos, sin gozar de una valoración técnica estricta y rigurosa tampoco son un refrendo claro en el que apoyar una resolución decisoria. Es por ello que se considera encomiable y, especialmente, prudente, el esfuerzo ponderativo que en la sentencia de instancia se refleja y que -como se verá- esta Sala refrenda.

»Sexto. Siguiendo el orden de la sentencia combatida, en cuanto subsisten los problemas en ella resueltos, procede entrar en el apartado e) del hecho noveno de la demanda, por el que se reclama la suma de 11 300 000, pesetas por la venta de un inmueble de la sociedad cuyo precio se dice no se ingresó en la caja societaria, la cuestión se aborda en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia combatida y se resuelve en sentido estimatorio de la pretensión actora.

»Al respecto hay que señalar que no consta autorización del Consejo de Administración para la venta y que ésta se efectuó por escritura pública de 22 de julio de 1992, apareciendo como compradora la entidad "Grupaliment, S. A.", de la que entonces era administradora única D.^a Mariana, esposa del demandado, señalándose en el citado instrumento público que la vendedora había recibido el precio de la operación con antelación al acto, por lo que se otorgaba carta de pago.

»Se dice en el recurso que, a pesar de que en la escritura pública se expresara que el precio estaba pagado, lo cierto es que se documentó en letras de cambio que se ha probado que se encuentran abonadas. Lo cierto es que estos argumentos ya fueron rebatidos en la sentencia impugnada, al decir que lo sustancial en este caso es conocer si el importe íntegro de la compraventa o el derivado de las letras de cambio se ingresó en la caja social, lo que correspondía verificar al propio demandado, como administrador

de hechos de Karta Ibiza, S.A., con lo cual estaba en disposición de indicar los datos esenciales para localizar los pagos efectuados y el modo y destino que se les hubiera dado.

»No habiendo ocurrido así, no desprendiéndose de los movimientos de caja ingresos referidos a este capítulo, procede desestimar el motivo y confirmar el criterio judicial de instancia en este extremo.

»Séptimo. Por lo que se refiere al apartado c) del hecho noveno de la demanda, tantas veces reiterado, relativo a la emisión de cheques al portador con la nota de "caja" en sus matrices y cuyo ingreso no aparece en la misma, la cuestión es abordada en el fundamento de derecho quinto de la resolución apelada. Parte dicha decisión de que el hecho de que fueran aprobadas las cuentas de la sociedad para el ejercicio de 1991, el hecho les dota de una cierta presunción de regularidad, aunque no impida reclamación de responsabilidad posterior, y como sea que dicha presunción no ha sido desvirtuada por la parte actora, sólo están en cuestión los cheques emitidos en los ejercicios de 1992 y 1993. Se coincide plenamente con la anterior apreciación y decisión y como sea -además- que la misma no ha sido discutida en esta alzada la misma ha devenido firme por consentida.

»En lo atinente a los ejercicios cuestionados de 1992 y 1993 no se duda de la emisión de los cheques, aunque el recurrente entiende que algunos no fueron presentados al cobro y otros ingresados en cuentas distintas de la entidad actora, de modo que no se puede hablar de una distracción del dinero en su propio beneficio. La argumentación olvida de nuevo que el demandado se encuentra, también, en este extremo en una posición probatoria privilegiada, con lo cual se está en el mismo caso precedentemente resuelto y que -además- se ejercita precedentemente (como antes se ha resuelto) la acción social de responsabilidad de los administradores con daño para la sociedad, con lo cual no es trascendente que la falta de ingreso de los cheques en caja reportara un correlativo beneficio económico al demandado.

»También este motivo de apelación ha de ser rechazado.

»Octavo. Por lo que se refiere a los apartados a) y b) del aludido apartado noveno de la demanda, tratado conjuntamente en la pericial practicada en autos y en la sentencia de instancia, se acepta en general el criterio judicial utilizado en la valoración de la prueba, aunque se discrepa de su resultado aritmético. Ambas partidas reclamadas suman la cantidad total de 8 628 850, pesetas. A ella, según la pericial debe detrarse las cantidades procedentes del ejercicio de 1991 y anteriores, así como las que provengan de gastos realizados antes del 31 de diciembre de 1991. Asimismo debe descontarse la cifra de 37 680, pesetas que aparece duplicada y la de 111 190, pesetas que se considera adecuada por gastos de representación. Deberá asimismo tenerse en cuenta la suma de 3 254 000, pesetas por importes salariales no cobrados y la de 2 000 000, de pesetas derivados del resultado del proceso laboral. Por lo que se refiere a gastos por prensa y libros se coincide con el Juzgado de instancia en que la cantidad de 328 372, pesetas aparece como desmesurada, con lo cual no cabe sino acudir al prudente arbitrio judicial, resultando razonable y adecuada la cifra de 100 000, pesetas que en la decisión discutida se fija. Resumiendo todos los capítulos aludidos resulta:

- »A) Importe total partidas a) y b) 8 628 850, pesetas -
- »B) Cantidades a detraser:
 - »Anteriores ejercicio 1991..... 423 967,- ptas.
 - »Gastos anteriores 30-12-91..... 140 159,- ptas.
 - »Cantidad duplicada.....37 680,- ptas.
 - »Gastos de representación.....111 190,- ptas.
 - »Salarios no cobrados3 254 000,- ptas.
 - »Proceso laboral 2 000 000,- ptas.
 - »Gastos prensa/libros..... 100 000,- ptas.
- »6 066 996, ptas.
- »C) Diferencia: 8 628 850, ptas.

»-6 066 996, ptas.

»2 561 854, ptas.

»Por las partidas examinadas resulta reclamable y sólo susceptible de condena la cantidad de 2 561 854, ptas. Y no la de 5 395 039, ptas. señaladas en la sentencia apelada. En esta medida debe ser estimado el motivo de apelación analizado.

»Noveno. Llegados a este punto conviene recapitular las cantidades que se consideran ajustadas de derecho:

»-Venta del inmueble.....11 300 000,- ptas.

»-Cheques de caja..... 9 414 000,- ptas.

»-Partidas a) y b).....2 561 854,- ptas.

»TOTAL 23 275 854,- ptas.

»En esta última cantidad se estima definitivamente la demanda, con estimación parcial del recurso interpuesto y revocación en parte de la sentencia apelada.

»Décimo. Dado el sentido de la presente resolución y el contenido del *art. 710 de la LEC/1881* no se hará especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Lázaro se formulan los siguientes motivos de casación:

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo primero y único.

«Por el que motivo previsto en el *art. 469-1-2.º LEC* .

»A) Se infringen las normas procesales que regulan la carga de la prueba establecidas tanto en el *art. 217 LEC* como en el *art. 1214 CC* , vigente en el momento en que se interpuso la demanda».

Dichas normas se contienen actualmente en el *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, dentro de la Sección 2 .ª* del Capítulo VIII, dedicada a los requisitos internos de la sentencia por lo que procede su sustanciación por el cauce elegido.

En relación a la reclamación de los importes del precio de compraventa de la nave (11 300 000 pts., reclamación e) del hecho noveno de la demanda) y del importe de los cheques (9 414 000 pts., reclamación c), del hecho noveno de la demanda), considera que correspondía al demandado y no a la actora la acreditación del cobro efectivo en cuanto a la primera de las reclamaciones y el destino dado a los cheques, en cuanto a la segunda.

Al ejercitarse la acción social de responsabilidad con fundamento en los *arts. 133 y 134 LSA* y la derivada del *art. 1101 CC* basadas ambas en la existencia de una conducta dolosa o culposa por parte o bien del administrador de la sociedad (en el primer caso), o bien del contratante (en el segundo), coinciden las sentencias dictadas en que es exigible la prueba del daño sufrido de la conducta negligente del demandado y de la existencia de nexo causal entre la conducta que se imputa y el daño, según constante jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las SSTS de 25 de febrero de 2002, 18 de enero de 2000, 30 de marzo de 2001, 28 de junio de 2000, 20 de julio de 2001 y 21 de septiembre de 1999 (por lo que se refiere a la responsabilidad exigible a los administradores) y las SSTS de 30 de abril de 2002 (que refleja la doctrina jurisprudencial al respecto, con cita de las resoluciones de 16 de marzo de 2000, 22 de septiembre de 2000, 27 de noviembre de 2000, 5 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001) y 25 de junio de 2000 , por lo que respecta a la distribución de la carga de la prueba en el caso de responsabilidad contractual con base en los *art. 1101 en relación al 1214 CC* , vigente en el momento en que se planteo la demanda.

La sentencia recurrida admite que no se han acreditado suficientemente los hechos concernientes a ambas imputaciones al considerar que la maraña documental a que ha conducido el presente proceso... «no son más que acumulación ingente de documentos, sin gozar de una valoración técnica estricta y rigurosa en que quepa basar una resolución decisoria» (fundamento jurídico quinto).

El recurrente solicitó en primera instancia y reprodujo en la alzada, la prueba del examen general de los libros de contabilidad y documentación comercial de la actora con la asistencia de auxiliar técnico conforme a los arts. 32 y 33 CCom., y dicha prueba que es la que el perito judicial estimó necesaria e idónea para dictaminar de forma definitiva en relación a ambas reclamaciones, no pudo ser practicada en ninguna de las instancias, pese a ser admitida en ambas, por cuanto la actora no aportó la contabilidad ni la documentación que le fue requerida, ni justificó su no aportación. La Audiencia Provincial admitió la prueba y acordó que se llevará a cabo sin el auxilio técnico legalmente previsto en los preceptos citados del Código de Comercio aunque ello carezca de trascendencia, pues la sociedad actora no aportó la documentación requerida. Por tanto, si la prueba carece del rigor que denuncia la sentencia no ha sido por falta de iniciativa probatoria del recurrente que además se adhirió y solicitó ampliación de la prueba pericial practicada a instancias de la actora.

Como necesaria consecuencia de la falta de acreditación suficiente son las normas procesales que regulan la carga de la prueba las que deben decantar y fundamentar el fallo según la doctrina jurisprudencial citada «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba». Y esta es la cuestión que fundamenta el presente motivo la sentencia hace recaer las negativas consecuencias de la falta de prueba, indebidamente, sobre el recurrente en lugar de hacerlo sobre la parte actora, invirtiendo la regla general, en base a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. En cuanto a la compraventa de la nave considera que el recurrente debiera haber facilitado los datos esenciales para localizar los pagos y probar el efectivo ingreso del precio en la caja social. Y, en cuanto a los cheques, argumenta que es intrascendente el hecho de que el dinero se hubiera distraído a no, en beneficio del recurrente (lo que equivale a declarar que no se ha probado la imputación que se realizaba en la demanda y que no era exigible a la actora probar ni tan siquiera la efectividad del daño que imputa), considerando suficiente que no se haya acreditado su destino con base en idéntico razonamiento.

En relación al pago del precio de la nave el recurrente muestra su conformidad con la sentencia así según la escritura de compraventa el precio se había satisfecho con anterioridad a la firma pero no se consignaron las cambiales en las que se había materializado el pago, por tanto, correspondía al recurrente facilitar los datos esenciales que permitieran localizar los pagos. Sin embargo, silencia la sentencia que así lo hizo pues en la contestación a la demanda el recurrente expuso que el pago se había hecho efectivo mediante el libramiento de diversas letras de cambio y acompañó como documento n.º 5 relación presentada por la entidad compradora en las diligencias penales que fueron antecedente del procedimiento civil en la que constaban copias de todas las letras de cambio y el domicilio de pago (una cuenta corriente de Banca Catalana) y la forma en que fueron pagadas (a través de la Banca Abel Matutes Torres en la que la entidad actora tenía cuenta con el sello de dicha entidad acreditativo de su presentación al cobro). En fase probatoria, en ambas instancias, se intentó que la entidad bancaria a través de la que se cobraron las letras lo certificara, acompañando fotocopia de las cambiales, sin éxito, probablemente porque desde entonces la titularidad de dicha entidad bancaria ha cambiado varias veces.

El perito judicial dictamina que si bien constaba acreditado el pago de las cambiales por la entidad compradora no se había acreditado el cobro por parte de la sociedad e indica también que la prueba idónea para comprobar este extremo era el examen general de la contabilidad de la actora que había solicitado esta parte y que no llegó a efectuarse por la actuación procesal de la sociedad actora.

En cuanto a los cheques se solicitó de las entidades bancarias a las que correspondían las cuentas contra las que fueron emitidas que certificaran su destino. De la totalidad de los cheques, únicamente se obtuvo información en relación a tres, de los cuales dos, fue certificado su destino por el Banco Atlántico, uno de ellos no constaba pagado y otro se había compensado (por lo que no se había cobrado en efectivo e ingresado en caja, como se imputaba en la demanda y aparecía en la matriz sino ingresado en otra cuenta bancaria) y un tercero aparecía efectivamente ingresado en caja sin que la actora lo hubiera advertido y así constaba en la documentación aportada por ella misma.

En la contestación a la demanda se negó la imputación de que el importe de los cheques se lo había apropiado el recurrente se dio la explicación de los destinos posibles, sin que quepa exigir más concreción teniendo en cuenta que el recurrente no tenía en su poder la documentación contable y mercantil de la sociedad y que se trataba de cheques librados años atrás, en un tiempo en que dadas las dificultades de liquidez de la empresa, se hacían continuos trasvases de unas cuentas a otras, a fin de "cubrir números

rojos" y la prueba practicada, siendo escasa, por la pobre respuesta de las entidades bancarias, en cualquier caso, se practicó únicamente a instancia del recurrente y puso de relieve que en ninguno de los tres casos comprobados el destino era el que la actora imputaba en su demanda por lo que cabe dudar racionalmente que lo fuera en los restantes. También en relación a esta cuestión el dictamen del perito judicial concluía que el examen de la contabilidad de Karta Ibiza S.A. hubiera permitido esclarecer el destino de los cheques.

Así pues, habiéndose dado explicación de cómo se cobra el precio de compraventa de la nave y del posible destino dado a los cheques, contrariamente a lo expuesto en la sentencia, la carga de la prueba de ambos hechos (en definitiva que no se ingresaron en beneficio de la sociedad), no debe recaer sobre el recurrente, invirtiendo la carga de la prueba que, en principio, debería recaer sobre la actora.

No concurre la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que argumenta la sentencia. Es precisamente al contrario, era la actora quien ante las explicaciones dadas por el recurrente tenía mayor facilidad y disponibilidad para probar que no eran ciertas, pues la prueba idónea era el examen de su propia contabilidad, prueba propuesta por esta parte y que no se practicó por la nula colaboración de la actora que tampoco justificó la no-aportación de la documentación que le fue requerida.

En el momento en que se acordó el cese del recurrente y el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la junta general de accionistas de 20 de agosto de 1993, el recurrente, en su cualidad de socio, solicitó se efectuara una auditoria externa a fin de esclarecer los hechos que se le imputan, como consta en el acta de la Junta que era el medio más idóneo y riguroso posible para la prueba de las imputaciones que se realizaban como consta en el documento n.º 4 acompañado a la demanda. Pero la sociedad actora por mayoría de sus miembros y con el único voto a favor del recurrente acordó no realizarla. Es más, el recurrente volvió a intentarlo y solicitó al Registro Mercantil el nombramiento de auditor externo a fin de que verificara las irregularidades imputadas, pues la cuantía reclamada justificaba la realización de la auditoría.

La actora basó su reclamación en un informe escasamente riguroso según la apreciación de ambas sentencias, realizado por persona no competente que, además, tenía un evidente interés en culpabilizar al recurrente como demuestra el hecho de que actuara en la Junta, como secretario de la misma, en representación de algunos de los socios (que después se querellaron contra el recurrente) y votara a favor de exigir su responsabilidad lo que motivó su tacha como testigo.

La sentencia de primera instancia admite la existencia de animadversión al recurrente por parte del testigo y califica el testimonio de tener «pocos visos de imparcialidad». Si el autor del informe tiene pocos visos de imparcialidad, el informe, documento básico en el que se sustenta la demanda, tampoco puede ser reputado imparcial. Dicho dictamen se refería a si el precio de venta de la nave o los cheques habían sido ingresados en la caja social no se realizó la más mínima comprobación en relación a las explicaciones dadas por el recurrente.

La sociedad actora se apoyó como único elemento probatorio en un dictamen poco riguroso, incompleto y realizado por persona no apta y aportó únicamente, la documentación contable relativa a la caja social prescindiendo del resto de documentación contable relevante, negándose a realizar auditorías externas que por dos veces le fueron requeridas como a aportar la documentación contable también por dos veces requerida y considerada por el perito judicial como el medio idóneo para comprobar (sin más que un sencillo repunteo en palabras del perito judicial) el destino del precio de la nave y de los cheques.

La facilidad y disponibilidad para la presentación de la contabilidad era de la actora y no del recurrente despedido y sin relación con la sociedad desde hacia varios años.

El criterio del perito es absolutamente lógico: si el recurrente alegaba que el precio de la compraventa se había documentado en varias letras con expresión de cuantías y fechas de pago, cobradas a través de cuentas bancarias de la actora y que los cheques se habían ingresado también en cuentas corrientes de la actora o no se habían hecho efectivos, la prueba idónea era el examen de las cuentas contables que reflejan los movimientos y saldos bancarios y los propios extractos bancarios, a fin de comprobar si efectivamente, los cheques fueron cobrados (lo que no consta) y, en su caso, si fueron ingresados en otras cuentas de la sociedad (lo que tampoco fue comprobado), y esto es lo que expresó el perito en su dictamen.

«B) La sentencia vulnera el principio de motivación suficiente y exhaustividad consagrado en los *arts. 208.2, 209 y 218.2 LEC*, *art. 372 LEC de 1881*, *art. 248.3 LPOJ* y *art. 120.3 CE*, en cuanto omite todo razonamiento o se razonan insuficientemente cuestiones de hecho planteadas en ambas instancias y error

manifiesto en la valoración de la prueba».

Procedencia del saldo inicial de la cuenta corriente. El saldo inicial fijado unilateralmente por la actora a 31 de mayo de 2003 ascendía a 2 703 824 pts., según el informe del Sr. Eugenio que fue impugnado, admitiéndose únicamente el aprobado a 31 de diciembre de 2002, último ejercicio en que consta la aprobación de las cuentas por ambas partes que ascendía a 1 893 109 pts., sin que la sentencia haga la más mínima referencia a las razones por las que se acepta el saldo unilateralmente fijado por la actora.

Prueba de la inclusión o exclusión de determinadas partidas. La liquidación de los salarios incluidos en la cuenta corriente es hasta el 31 de mayo de 1993 pero el recurrente fue despedido y cesado en sus funciones por acuerdo de la Junta General de Accionistas de 20 de agosto de 1993. Por lo tanto deberían haberse incluido los salarios de junio y julio (a razón de 250 000 pts. mensuales) y la parte proporcional al día 20 de agosto, lo que representa otras 166 666 pts., y tampoco se argumenta la no- inclusión de dichas partidas.

En relación a las participaciones en beneficios no computados 10% en 1990 y 1992 que se redujo al 7% a partir del 31 de diciembre de 1992 le corresponden 450 000 ptas., por el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 1990 y 653 384 ptas., por el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 1992. Como consta acreditado al haber reconocido el consejero delegado Sr. Jose Ramón , en las diligencias penales dichas retribuciones pero tampoco se hace la más mínima referencia a esta cuestión.

Y en cuanto al cobro del precio de compraventa de la nave. Ya se ha expuesto en el apartado A) que la sentencia imputa no haber dado explicación al destino del precio y esta acreditado que se dio una explicación puntual, con expresión de las letras en que se documentó el pago y la forma en que fueron satisfechas.

«C) La sentencia incurre en incongruencia en base a lo dispuesto en el *art. 218 LEC (art. 372 LEC 1881)*».

La sentencia admite, por considerarla implícita, la reclamación del cierre y liquidación de la cuenta corriente existente entre las partes (apartados a] y b] del hecho noveno de la demanda) y en la demanda no se ejerció dicha acción sino dos que ninguna relación guardan con ella, la reclamación de responsabilidad por conducta dolosa o culposa fundada en los *arts. 133 y 134 LSA* y en el *art. 1101 CC* . No se invoca en la demanda la existencia de un contrato atípico de cuenta corriente ni se solicita el cierre y liquidación de la cuenta.

La congruencia de la sentencia exige que la sentencia no se aparte de la *causa de pedir (art. 218.1, párrafo 2.º de la nueva Ley adjetiva* que recoge la doctrina anterior).

No es procedente liquidar un contrato, regular, de cuenta corriente entre las partes, cuando la causa de pedir es la concurrencia de responsabilidad por presunta actuación culposa o dolosa de una de ellas.

Recurso de casación.

Motivo primero. «Infracción por indebida aplicación de los *arts. 133 y 134 LSA* .»

La acción de responsabilidad es exigible ante los administradores cuando incurren en una actuación negligente en perjuicio de la sociedad y en el ejercicio de sus funciones.

El recurrente tenía la condición como socio minoritario de miembro del Consejo de administración y Secretario del mismo y como tal, ni realizó, ni pudo realizar, ninguno de los actos que se le imputan como fundamento de la acción de responsabilidad.

En aquel momento, estaba vinculado contractualmente con la sociedad en calidad de gerente o factor mercantil con una retribución fija y, además, tenía reconocida una determinada participación en beneficios (en calidad de incentivo o de remuneración variable) y gozaba de los poderes que le había otorgado el Consejo de administración por mediación de su consejero delegado como está acreditado y admite la sentencia recurrida. Fue en su calidad de gerente y haciendo uso de las facultades conferidas en dicho apoderamiento como realizó parte de los actos respecto de los cuales se le exige responsabilidad.

La sentencia asimila la cualidad de gerente o factor con la de administrador de hecho y asimila la cualidad de administrador de hecho con la de administrador de derecho para considerar viable y procedente la acción social de responsabilidad contra el apoderado pero tal asimilación no encuentra ningún sustento

legal.

Cita la STS de 7 de junio de 1999, en un supuesto de hecho similar, según la cual la justificación argüida por la Sala en el sentido de que el apoderado era el verdadero gestor de la sociedad es inconsistente frente al derecho positivo. Legalmente el auténtico gestor y el responsable de la marcha de la sociedad es el administrador y todavía más si es único.

Es cierto que dicha sentencia se refiere a la imposibilidad de exculpar al administrador demandado pero la inconsistencia legal es la misma: si el administrador no se puede exculpar porque es el responsable legal tampoco puede exigirse tal responsabilidad a quien no tiene la cualidad de administrador.

Además, la sociedad no estaba administrada por un administrador único sino por un órgano colegiado de administración. Los accionistas decidieron que el gobierno de la sociedad no se concediera a un órgano unipersonal sino pluripersonal. Dicho órgano pluripersonal decidió nombrar un consejero delegado con amplísimas facultades. Si hubiera querido que el administrador de facto fuera el recurrente lo hubiera nombrado consejero delegado con las amplias facultades de las que gozaba quien ostentaba el cargo el Sr. Juan María pero no lo hizo y prefirió nombrar a este y fue éste quien confirió las facultades que estimó oportunas, por delegación del consejo, al gerente de la empresa que, siendo importantes, no eran todas las atribuidas al Consejo como erróneamente afirma la sentencia, sino parte de ellas (las consignadas en los apartados a) a j) del *art. 19* de los estatutos sociales). Por otra parte, el cargo de consejero delegado era retribuido como acredita la existencia de una cuenta corriente entre el Sr. Juan María y la sociedad, por lo que el recurrente no ostentaba la representación «de facto» sino que ejercía la gerencia.

Así pues, de existir algún administrador «de facto», sería el consejero delegado, por voluntad del Consejo y no el recurrente que actuó en calidad de gerente y no de administrador, por tanto, no cabe que la sociedad le reclame la responsabilidad como tal únicamente cabe exigírsela en virtud del vínculo contractual.

Aun en la hipótesis de que pudiera ejercitarse contra el recurrente la acción social de responsabilidad en su calidad de apoderado debería acreditarse su conducta culposa o dolosa y como se ha expuesto en el apartado A) del recurso extraordinario por infracción procesal no ha acontecido y así lo admite la propia sentencia, que invierte indebidamente la carga de la prueba, por lo que no concurren los requisitos exigibles para estimar la procedencia de la acción social de responsabilidad.

Motivo segundo. «Infracción de los *arts. 1101, 1102 y 1103 CC* y la doctrina jurisprudencial en relación al contrato de cuenta corriente.»

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

Establecido que solo cabía exigir responsabilidad al recurrente en virtud de su relación contractual con la sociedad en base a lo dispuesto en el *art. 1101 y correlativos del CC*, es necesaria la existencia y la prueba del daño, de la actuación negligente o dolosa del recurrente y del nexo causal existente entre su actuación y el daño sufrido por la sociedad, como se desprende de la constante doctrina jurisprudencial ya citada en el primero de los motivos, apartado A) del recurso extraordinario por infracción procesal que se da por reproducida.

La sentencia entiende no acreditado el daño (respecto a las cantidades reclamadas en los apartados c) y e) del hecho noveno de la demanda), por inexistencia de prueba rigurosa al respecto y, además, respecto de las cantidades reclamadas en el apartado c), afirma que no es necesaria la prueba del daño.

Como se propuso la prueba pertinente e idónea a juicio del perito judicial para acreditar el destino dado a los cheques, sin que se haya practicado por causas imputables a la actora, no cabe desplazar al recurrente la carga de la prueba y al no resultar acreditado el daño, como ya se ha expuesto en el primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal no procede la aplicación del *art. 1101 y concordantes del Código civil* que, por lo tanto, se infringe por aplicación indebida a la vista de la prueba practicada.

El contrato de cuenta corriente es un contrato innominado que, como tal, debe regirse por lo pactado por las partes y por las disposiciones generales aplicables a las obligaciones y contratos.

Jurisprudencialmente se ha establecido que la nota esencial que lo caracteriza es la recíproca concesión de crédito que se hacen los contratantes al consentir que, siendo unos y otros acreedores

recíprocos, se aplaza la exigibilidad de los créditos aislados hasta la época en que se fija la terminación de la cuenta. Uno de los efectos característicos del contrato es la indivisibilidad de las partidas de la cuenta corriente (SSTS de 23 de mayo de 1946, de 18 de junio de 1946, 15 de enero de 1949 y 7 de junio de 1958), lo que determina que los créditos objeto del contrato devienen inexigibles e indisponibles aisladamente y únicamente es exigible el saldo, que debe determinarse en el momento del cierre de la cuenta y que solo es exigible a su reconocimiento por ambos cuentacorrentistas (efecto novatorio del contrato según la jurisprudencia). De ello se deriva la necesidad de solicitar el cierre de la cuenta y liquidación del saldo con carácter previo a la reclamación del crédito resultante y la improcedencia de reclamar partidas aisladas como en el presente caso y saldos unilateralmente liquidados (SSTS de 8 de julio de 1904, 18 de abril de 1928, 29 de abril de 1936 y 24 de marzo de 1943).

Según la sentencia recurrida la liquidación del saldo constituye una pretensión insita en la demanda pero el recurrente disiente de tal apreciación por las siguientes causas:

1. La demanda no se funda en la existencia de un contrato de cuenta corriente entre las partes y, además, ignora las partidas que debían incluirse a favor del recurrente (salarios, participaciones en beneficio, indemnización por despido, etc.)

2. Se reclama no un saldo de la cuenta corriente sino la suma total de las cantidades que se consideran unilateralmente debidas por el recurrente, incluso duplicando las reclamaciones como se desprende de ambas sentencias y del dictamen pericial.

3. En la transacción laboral (documento n.º 1 de la contestación a la demanda), se reconocía el derecho a compensar la cantidad por despido de 2 000 000. pts, del adeudo último que resultara del acuerdo entre las partes o de la cantidad que determinara la jurisdicción civil, lo que, además de que no se llevó a cabo (y así lo han admitido ambas sentencias) constituye la admisión, por ambas partes, de la necesidad de liquidar la cuenta corriente de acuerdo o sin acuerdo con carácter previo a la reclamación del saldo.

Por lo tanto, no existe petición implícita de cierre y liquidación de la cuenta sino el ejercicio de una acción distinta e improcedente para la liquidación del saldo. Son las sentencias recaídas en ambas instancias la que, por la vía de la desestimación parcial de la demanda y sin que se haya formulado pretensión alguna por la parte actora al respecto, realizan las compensaciones entre las partidas reclamadas.

Termina solicitando de la Sala que tenga por interpuesto en tiempo y forma los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia de 30 de marzo de 2002 de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4.ª, y tras los trámites pertinentes, y la remisión de los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, se dicte sentencia estimatoria del primero de ellos, dictando nueva sentencia, de conformidad a lo establecido en la *regla 7ª de la disposición final decimosexta de la nueva ley* adjetiva y, en caso de desestimación de dicho recurso, y de conformidad a lo establecido en la regla 6.ª de la citada disposición transitoria se acuerde casar la sentencia de la Audiencia, en ambos supuestos con desestimación íntegra de la demanda con imposición de las costas a la parte actora ahora recurrida.

SEXTO. - Por ATS de 27 de noviembre de 2007 se admiten los recursos interpuestos.

SÉPTIMO. - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de Karta Ibiza, S. A., se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Primero.

Al motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto en base al *art. 469.1.2.º LEC* por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

A) Infracción de las normas procesales que regulan la carga de la prueba.

Argumenta el recurrente que la sentencia recurrida infringe las normas procesales que regulan la carga de la prueba establecida tanto en el *art. 217 LEC* actual como en el *art. 1214 CC* vigente en el momento de interposición de la demanda, preceptos que establecen que a cada parte le incumbe probar los hechos que alega.

Centra el objeto de su recurso en la obligación del recurrido al tratarse de una reclamación derivada

del ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador de probar el daño sufrido, la negligencia del recurrente y la existencia de nexo causal entre ambos. Según la prueba practicada y así lo recogen ambas sentencias es patente una conducta no solamente negligente sino especialmente dolosa del recurrente, quien distrae de la empresa para la que presta servicios, en beneficio propio, importantes cantidades de dinero sin que haya justificado en ningún momento su destino, lo que de por sí deja patente no solo el daño sufrido que es la pérdida patrimonial que sufre la sociedad actora con su actuación sino también el dolo de tal proceder directamente imputable al mismo, sin que tengan ninguna relación con el supuesto que nos ocupa las sentencias citadas de adverso.

La sentencia recurrida hace suyas las argumentaciones del Magistrado de Primera Instancia establece con claridad que el recurrente se hallaba en una situación acreditativa de privilegio probatorio pues era la persona que dirigía la empresa en la Isla de Ibiza residiendo el resto de los miembros del Consejo en la Isla de Mallorca que gozaba de todas las facultades de dirección y administración que utilizó dichas facultades ampliamente hasta el punto de que realizó todo tipo de operaciones y negocios, dirigía y controlaba toda la actividad social y era su responsabilidad necesariamente, entre otras cuestiones, la contabilidad de la empresa que maneja a su antojo y quien conocía los destinos de cada cantidad ingresada o pagada, no debiendo ser, por tanto, dificultoso dar una explicación tan simple como qué destino le dio a las cantidades que la sentencia recurrida le obliga a devolver.

Era el gerente y administrador de facto por lo que como bien dice la sentencia es lógico que se le exija una colaboración procesal activa, entre otras cosas, porque a él le correspondía, llevar y confeccionar la contabilidad de la empresa, aportando los asientos contables que reflejaran los movimientos de caja. El reclamar que la sociedad recurrida aporte una documentación que el mismo no elaboró o falseó cuando estaba al frente de la misma es un acto más de la mala fe que ha formado parte inseparable de su función como gerente y administrador.

La compraventa de la nave industrial a su propia esposa la realizó a espaldas del Consejo de Administración, -al que no informó de tan importante operación-, y como constaba que el precio se recibió con anticipación la firma del contrato, es lógico que deba de exigírsele que justifique tal destino. Y para ello, basta con la prueba obrante en autos pues dicho cobro debería constar en los movimientos de caja, dándose incluso la circunstancia que se puso de relieve en el procedimiento penal seguido contra el recurrente del que finalmente resultó absuelto de que las cambiales que sirvieron supuestamente para el pago del precio de dicha nave no habían sido emitidas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre en la fecha de su vencimiento, lo que evidencia su falsedad. Como una de las sentencias dijo refiriéndose al respecto exigir más a la sociedad recurrida es una prueba diabólica y más allá de lo razonable y admisible.

El precepto que se dice infringido, *art. 217 LEC, establece en su apartado 6* que el tribunal debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a las partes en litigio, y eso es lo que hizo el Juzgador, valorar conforme a la ley, a las normas de la sana crítica y el sentido común, la posibilidad y facilidad que tenía el recurrente, en este caso, por partida doble, ya que la beneficiaria de la fraudulenta operación era su propia esposa, de probar el destino del dinero que declaró haber recibido antes de llevar a cabo la venta.

Por lo que respecta a los cheques al portador con la nota de «caja» que se cobraban por ventanilla y cuyo importe no aparecía ingresado en la caja de la sociedad, es la misma circunstancia, el recurrente debe, si le dio a los mismos un destino lícito, indicar cuál fue y en que se emplearon dichas sumas pero fue incapaz de explicarlo, por tanto, quedó demostrado que no se ingresaron en las cuentas de Karta Ibiza S. A., pues no constan en los listados de caja lo que provoca la lógica consecuencia de que tenga que devolver su importe. Si eran para cubrir números rojos o traspasos a otras cuentas de la propia empresa, como alega el recurrente no tiene sentido no hacerlos constar en los listados de caja.

No olvidemos, por último, que la conducta del recurrente retirando mercaderías, cargando los suministros de su vivienda a la cuenta de la empresa, retirando dinero de caja, no devuelto, etc., hechos declarados probados alejan cualquier «duda razonable», y confirma las conclusiones y razonamientos de la sentencia recurrida.

B) Constituye el segundo apartado del motivo de recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración del principio de exhaustividad y motivación suficiente consagrado en los *arts. 208.2, 209 y 218.2 LEC* vigente y en el *art. 372 LEC de 1881*.

Plantea el recurrente, cuestiones que nada tienen que ver con la misma. La jurisprudencia ha definido el principio de congruencia en términos generales como la exposición del razonamiento que debe integrar la

sentencia para que pueda llegar a las conclusiones en que se basa la decisión finalmente adoptada por el tribunal sentenciador y ello tiene por objeto además de la propia dignidad de las resoluciones judiciales, el conocer las razones y apoyos probatorios en las que el juez toma la decisión para evitar la indefensión de los litigantes.

La sentencia recurrida contiene una pormenorizada y ajustada declaración de los motivos que llevan al tribunal a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el recurrente y cumple todos los requisitos establecidos en los preceptos que se invocan como infringidos.

Cita las SSTS de 14 de febrero de 2000, 25 de abril de 2001, 25 de mayo de 2001 , entre otras, según las cuales basta con que los hechos probados resulten aportados con suficiencia como conclusiones fácticas decisivas a partir de los fundamentos jurídicos y con trascendencia para su fijación.

Cita la STS de 25 de mayo de 2001 , según la cual no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión a decidir como al parecer se pretende de contrario, no siendo los razonamientos de la resolución recurrida ni insuficientes, ni contradictorios, ni irracionales o carentes de lógica.

Cita la STS de 12 de junio de 1998 , según la cual basta que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual tensión jurisdiccional mediante los recursos legítimamente establecidos.

En el mismo sentido la STS de 25 de febrero de 2005 .

C) Constituye el tercer apartado del motivo único del recurso por infracción procesal que la sentencia incurre en incongruencia en base a lo dispuesto en el *art. 218 LEC 1/2000* y *art. 372 LEC/1881* en cuanto admite por considerarla implícita la reclamación del cierre y liquidación de la cuenta corriente existente entre ambas partes cuando en la demanda no se ejercita dicha acción sino la de responsabilidad del administrador.

El principio de congruencia exige únicamente no alterar las pretensiones sustanciadas formuladas por las partes nunca la literal sumisión del fallo a aquella pues siempre procede la aplicación del principio «*iura novit curia*» que autoriza al juzgador sin que ello implique incurrir en incongruencia y siempre que guarde respeto a los componentes fácticos a emitir su juicio crítico y valorativo sobre los mismos del modo que entienda mas apropiado, incluso invocando normas no invocadas por las partes dado que la incongruencia no impide aplicar los preceptos legales que estime más oportunos al caso controvertido, según tiene establecido la jurisprudencia, entre otras SSTS de 29 de diciembre de 1987 y de 28 de enero de 1983 , sin que sea dable confundir el principio de congruencia prohibitivo de toda resolución extra petita con la facultad de apreciación de la prueba hecha por el órgano jurisdiccional en función de lo postulado en la demanda.

La sentencia recurrida no se aparta de la causa de pedir al estimar ciertas partidas -no todas- de las reclamadas en la demanda, al considerar que su reclamación lleva implícito, como es obvio, la liquidación que puede, como así ha acontecido, ser controvertida por el recurrente, siendo cuestión distinta la conformidad o no con el saldo reclamado como puso de relieve la sentencia recurrida por lo que este apartado del recurso también debe ser desestimado.

Segunda.

Al primer motivo del recurso de casación infracción por aplicación indebida de los *arts. 134 y 136 LSA* pues al no ser el recurrente administrador de Karta Ibiza, S. A., sino simplemente un gerente o tutor mercantil no es procedente la aplicación de dichos preceptos.

El recurrente era miembro del Consejo de Administración y Secretario del mismo según decisión de la junta general de accionistas del 5 de mayo de 1986, y, además, se le había otorgado al ser el único miembro del Consejo que residía en Ibiza, pues el resto residían en Mallorca, un poder que comprendía todas las facultades que correspondían al Consejo de Administración sin excepción alguna, es decir, según la sentencia recurrida era un mandato que le autorizaba a cualquier acto o negocio de administración y disposición omnicompreensivo de todas las operaciones empresariales y de representación de la empresa hasta el punto de que vende una parte importante del patrimonio de la misma a su propia esposa sin que el Consejo de Administración tenga conocimiento, facultades que utilizó y que lo convertían en el director y administrador de facto único de la empresa por lo que el motivo no puede ser estimado.

Tercera.

Formula el recurrente el segundo motivo de casación por infracción de los arts. 1101, 1102 y 1103 CC y de la doctrina jurisprudencial en relación al contrato de cuenta corriente que a su vez se divide en dos supuestos distintos, en relación a las cantidades reclamadas en los apartados c) y e) del hecho noveno de la demanda.

El motivo del recurso vuelve a plantear en la misma línea que lo argumentado en su recurso extraordinario por infracción procesal la falta de prueba rigurosa y parte de una falsa premisa que la sentencia recurrida entiende expresamente no acreditado el daño respecto a dichas partidas, lo que es incierto, pues la Sala argumenta en sus fundamentos jurídicos 5.º, 6.º y 7.º tales cuestiones y hace suyos parcialmente los razonamientos de la sentencia de primer grado jurisdiccional.

Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, la inexigibilidad del crédito sin el cierre previo de la cuenta, cabe decir en concordancia con la resolución recurrida que la liquidación de la cuenta va ínsita en la reclamación deducida en la demanda (hecho 9 a)], independientemente de que el recurrente pueda oponerse al saldo como hizo y que la Sala resuelva, haciendo el cálculo que estimó oportuno de la cantidad adeudada por tal concepto.

La cuenta corriente atípica mantenida entre el recurrente y la entidad recurrida se cierra y deja de tener vigencia en el momento en que se produce el despido del mismo a consecuencia de los hechos objeto de esta demanda y de la querrela criminal que le precedió, produciéndose la ruptura total de las relaciones entre ambas partes con lo que cualquiera de ellas viene facultada para reclamar el saldo a su favor, dándose la circunstancia de que la demanda no se limita a dicho saldo sino a toda una serie de partidas derivadas de otros conceptos no pudiendo equipararse la relación existente entre las partes en litigio a una típica relación bancaria como se pretende de adverso.

Termina solicitando de la Sala que tenga por presentado este escrito y por formulado escrito de oposición a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, interpuestos de contrario, dictando sentencia por la que se declare no haber lugar a los mismos, con expresa imposición de costas al recurrente.

OCTAVO. - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 28 de enero de 2009, en que tuvo lugar.

NOVENO. - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

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

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

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

RC, recurso de casación.

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

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. Karta Ibiza, S. A., ejercitó contra D. Lázaro dos acciones, una por la vía de la responsabilidad social de los administradores los *arts. 133 y 134 LSA* y otra con apoyo en la responsabilidad contractual regulada en los *arts. 1101 y siguientes CC*, y solicitó que se le condenase al pago de la suma de 41 648 465 pts.

2. El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó al demandado D. Lázaro al pago de la cantidad de 26 109 039 pts.

3. Recurrida esta sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial la confirmó en lo sustancial, reduciendo la condena a la suma de 23 275 854 pts., equivalentes a 139 890,70 euros.

4. La sentencia se fundó, en síntesis, en que el demandado estaba legitimado para soportar la acción ejercitada como administrador por ser miembro del Consejo de Administración con poderes del consejero delegado, que incluían todas las facultades concernientes al giro o tráfico de la sociedad y actuaba como un administrador de hecho; que la liquidación de la cuenta corriente existente entre el demandado y la sociedad estaba implícitamente solicitada en la demanda al reclamar el importe del descubierto (apartado a] del hecho noveno de la demanda); que consideraba aprobadas, con una modificación aritmética respecto al cálculo hecho en la primera instancia, las sumas por retirada de mercaderías, cargo a la cuenta de la sociedad de gastos personales y familiares y cantidades retiradas de caja y no devueltas (apartados a] y b]); que procedía la condena al pago de cantidades derivadas de cheques emitidos al portador justificados en sus matrices como «caja» y que no aparecían ingresados en la cuenta, pues el demandado no había demostrado la alegación de que algunos habían sido presentados al cobro y otros ingresados en cuenta distinta de la entidad actora a pesar de encontrarse en una situación favorable para demostrar estos extremos (apartado c]); y que la reclamación de una suma por la venta del inmueble de la sociedad debía ser estimada, pues no consta autorización del consejo de administración para la venta; aparece como compradora una entidad de la que la administradora única era la esposa del demandado; y éste, que estaba en disposición de indicar los datos esenciales para localizar los pagos y su destino no había justificado su ingreso en la caja societaria (apartado e]).

5. Contra esta sentencia el demandado ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. - Carga de la prueba.

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda, en esencia, en la existencia de tres infracciones que se imputan a la sentencia recurrida.

En primer lugar, se consideran infringidas las normas sobre carga de la prueba establecidas en el *art. 217 LEC* y *art. 1214 CC*, a la sazón vigente. Se argumenta, en relación con la reclamación de los importes del precio de compraventa de la nave (apartado e]) y al importe de los cheques (apartado c]), que, siendo necesario, para el buen éxito de las dos acciones que se ejercitan, la demostración por la parte actora de la conducta negligente del demandado y de la existencia de nexo causal, la sentencia, aun admitiendo que no se han acreditado suficientemente los hechos, hace recaer las consecuencias negativas de la falta de prueba en el demandado, a pesar de que no es imputable a él el hecho de que la pericial contable solicitada y admitida no se hubiera practicado en forma adecuada.

El *artículo 1214 CC*, aplicable por razones temporales, sólo puede considerarse infringido cuando el tribunal a quo haya invertido en su fallo el principio de distribución de la prueba (SSTS de 20 de febrero de 1990, 22 de febrero de 1997, 19 de diciembre de 2001 y 25 de noviembre de 2002, entre otras). Se precisa que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía el onus probandi [carga de la prueba] según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes (SSTS 11 de marzo de 2004, 18 de octubre de 2004, 20 de julio de 2006, 3 de octubre de 2007, RC n.º 3640/2000, 9 de mayo de 2007, RC n.º 2448/2000). Como corolario, no puede darse la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba (STS 27 de diciembre de 2004, 9 de mayo de 2007, RC n.º 2448/2000).

Aplicando esta doctrina, no se aprecia la infracción denunciada. En cuanto a la compraventa, la sentencia llega a la conclusión de que se ha probado que el precio de la compraventa de la nave no repercutió en beneficio de la sociedad. Para ello examina las circunstancias concurrentes en la compraventa

en relación con los sujetos intervinientes (observa que figura como compradora una sociedad de la que era administradora única la esposa del demandado) y con las modalidades de pago y tiene en consideración el principio de facilidad probatoria, advirtiendo que el demandado podía haber acreditado fácilmente el pago del precio y su destino. En cuanto al importe de los cheques emitidos a cargo de la sociedad, la sentencia llega a la conclusión, teniendo en cuenta que el demandado podía fácilmente probar el destino de las cantidades obtenidas mediante la emisión de los cheques, que éste no había demostrado la alegación de que algunos no habían sido presentados al cobro y otros habían sido ingresados en cuenta distinta de la entidad actora; de donde se desprende que estima probado que el demandado se había lucrado en su importe.

En resolución, la argumentación de la sentencia pone de manifiesto que estima probados los hechos en los que funda su conclusión. Las reglas sobre carga de la prueba no pueden, en consecuencia, considerarse infringidas. Quedan al margen de la infracción denunciada la valoración de la prueba en su conjunto, que no corresponde a las facultades de casación de esta Sala, y la indebida denegación o falta de práctica de la prueba, a la que no se refieren los preceptos citados como infringidos.

TERCERO. - Motivación de la sentencia.

La parte recurrente considera infringidos los preceptos que exigen la motivación «suficiente y exhaustiva» de las resoluciones judiciales, contenidos en los *arts. 208.2, 209 y 218.2 LEC*, *art. 372 LEC de 1881*, *art. 248.3 LOPJ* y *art. 120.3 CE*.

La alegación no puede ser aceptada, pues esta Sala tiene declarado lo siguiente:

a) La motivación de las sentencias tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional -SSTS de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000 -, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial (SSTS 4 de diciembre de 2007, RC n.º 4051/2000, 13 de noviembre de 2008, RC n.º 680/2003, 30 de julio de 2008, RC n.º 1771/2001).

b) Concorre motivación suficiente para satisfacer estas finalidades siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en Derecho -STC de 20 de diciembre de 2005 -), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible -SSTS de 20 de diciembre de 2000 y de 12 de febrero de 2001 -.

c) La exigencia de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate (SSTS 4 de diciembre de 2007, RC n.º 4051/2000, STS 13 de noviembre de 2008, RC n.º 680/2003, STS 30 de julio de 2008, RC n.º 1771/2001).

La suficiencia de la motivación debe examinarse contemplando en su conjunto todas las argumentaciones contenidas en la resolución, pues todas ellas forman una unidad en cuanto están encaminadas en conjunto a justificar la decisión adoptada operando en el terreno lógico bien con carácter principal, bien auxiliar, según integren la línea de decisión o se presenten como razonamientos de carácter complementario, de refuerzo o meramente ilustrativos.

En el caso examinado la motivación de la sentencia cumple suficientemente con el canon de suficiencia a tenor de las reglas que acaban de exponerse, pues de su tenor literal, y de la incorporación expresa de los argumentos de la sentencia de primera instancia, se deduce con toda claridad cuáles son las razones que llevan al tribunal a estimar probados los hechos en que se fundan las pretensiones de la parte demandante. No puede en consecuencia estimarse cometida la infracción denunciada. El recurrente las funda, en realidad, en la falta de respuesta a alguna de sus alegaciones no esenciales, por lo que debe considerarse irrelevante; en su discrepancia con algunos de los razonamientos de la sentencia, hecho que resulta indiferente para la suficiencia de su motivación; o en la disconformidad con la valoración probatoria realizada por la sentencia, que sólo puede ser revisada en un recurso por infracción procesal con carácter limitado y por la vía adecuada, que no es la del examen de la suficiencia de su motivación.

CUARTO. -Congruencia de la sentencia.

La parte recurrente considera que la sentencia incurre en incongruencia con base en lo dispuesto en

el art. 218 LEC (art. 372 LEC 1881).

Según la jurisprudencia el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] o hechos en que se funda la pretensión deducida (SSTS de 24 de junio de 2005, 28 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005, 1 de febrero de 2006, 24 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2006, 13 de diciembre de 2007, RC n.º 4578/2000, 18 de junio de 2008, RC n.º 599/2001). No impone la obligación de dar respuesta a todos los aspectos considerados por las partes en sus argumentaciones, ni de enfrentarse a sus puntos de vista, pues basta, como recuerda la sentencia de 12 de diciembre de 2005 (RC n.º 1851/1999), que se respete en esencia el componente fáctico y jurídico de la acción ejercitada.

No se aprecia, en consonancia con esta doctrina, que se haya cometido la infracción denunciada, pues el motivo se funda en que no se ha solicitado la liquidación de la cuenta corriente al pago de cuyo saldo se condena a la parte demandada. En efecto, la sentencia, acertadamente, considera que las reclamaciones por el total de los descubiertos formuladas por la parte demandante comportan implícitamente la pretensión de liquidación de la cuenta corriente entre el demandado y la sociedad, cuya continuidad carecería de sentido a la vista de dichas reclamaciones y del conjunto de circunstancias concurrentes.

QUINTO. - Desestimación del recurso.

No considerándose procedente el motivo en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede la desestimación del recurso y la devolución de las actuaciones al tribunal de que proceden, con arreglo al artículo 476.3 LEC, con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerlo así el artículo 398 LEC.

II. Recurso de casación

SEXTO. - Enunciación del motivo primero de casación.

El motivo primero de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por indebida aplicación de los arts. 133 y 134 LSA.»

El motivo se funda, en síntesis, en que el recurrente no podía ser condenado como administrador, pues se hallaba vinculado a la sociedad, como socio minoritario, en calidad de gerente o factor mercantil con una retribución fija y participación en beneficios, y actuaba en virtud de un poder conferido por el consejero delegado, nombrado por un consejo de administración de carácter colegiado; y, en todo caso, no se ha acreditado su conducta culposa.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - La responsabilidad social del administrador por perjuicios causados a la sociedad.

Las razones en la que se funda la desestimación del motivo primero de casación son las siguientes:

a) El recurrente formaba parte del consejo de administración y, en consecuencia, tiene legitimación pasiva para soportar las acciones sociales de responsabilidad, las cuales, según expresa la LSA, pueden dirigirse contra los administradores. La jurisprudencia ha declarado que tienen esta naturaleza los miembros del consejo de administración en su conjunto, con independencia de que alguno de ellos ostente competencias delegadas (STS 14 de marzo de 2007, RC n.º 262/2000).

b) En efecto, el art. 133 LSA se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los «administradores» (o «miembros del órgano de administración»: art. 133.3 LSA). Esta cualidad la ostentan los nombrados como tales por la Junta General (art. 123 LSA), y, según la jurisprudencia, los administradores de hecho (expresamente a partir de la Ley 26/2003), es decir, quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función.

c) El simple apoderamiento puede no determinar la concurrencia en el interesado de la condición de administrador; pero resulta indudable que quien forma parte del consejo de administración responde en calidad de administrador por las consecuencias negligentes de su conducta perjudiciales para la sociedad y

el hecho de que resulte especialmente apoderado para la realización de determinadas funciones no le priva de la condición de administrador ni de su responsabilidad.

Por otra parte, la sentencia recurrida considera probado que el demandado actuaba con plenas facultades como un administrador de facto y la jurisprudencia, como acaba de verse, asimila esta figura a la del administrador en sentido formal, anticipándose a la reforma legislativa en la materia hoy en vigor. Según la jurisprudencia es admisible la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho en los supuestos en que la prueba acredite que actuaba en esa condición (SSTS 26 de mayo de 1998, 22 de marzo de 2004, RC n.º 1556/1998, 14 de marzo de 2007, RC n.º 262/2000, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2225/2000, 8 de febrero de 2008, RC n.º 5168/2000, 14 de marzo de 2008, RC n.º 74/2008).

d) El recurrente, como argumento subsidiario, alega que no se ha probado su conducta negligente como administrador. De lo resuelto al examinar el recurso extraordinario por infracción procesal se infiere que esta alegación no puede ser aceptada, pues parte de un supuesto contrario al que resulta de la valoración de la prueba que hace la sentencia recurrida.

OCTAVO. - Enunciación del motivo segundo de casación.

El motivo segundo de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los *arts. 1101, 1102 y 1103 CC* y la doctrina jurisprudencial en relación al contrato de cuenta corriente.»

El motivo se funda, en síntesis, en que no se ha probado el daño en la actuación negligente o dolosa del recurrente ni el nexo causal existente entre su actuación y el daño sufrido por la sociedad; y en que no puede aceptarse que existió reclamación implícita de la liquidación de la cuenta corriente, pues no se tienen en consideración las partidas favorables al recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

NOVENO. - La prueba de la negligencia del administrador.

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

a) En la primera parte de este motivo, bajo la perspectiva de la responsabilidad contractual, se reproducen las alegaciones sobre falta de prueba de la negligencia del demandado que han sido examinadas y desestimadas al resolver sobre el recurso extraordinario por infracción procesal y al resolver el primer motivo de casación.

b) Las alegaciones para demostrar que no existió reclamación implícita de la liquidación de la cuenta corriente no pueden ser aceptadas, pues la argumentación de la sentencia recurrida pone de manifiesto que se fija el saldo de la cuenta teniendo en cuenta no solamente las partidas favorables a la sociedad, sino también las favorables al recurrente, que son objeto de la oportuna compensación, a tenor de las alegaciones efectuadas por la parte demandada. No obsta a esta conclusión el hecho de que algunas de las partidas que el recurrente considera probadas no hayan sido tenidas en consideración por la sentencia por considerarlas faltas de prueba, ya que la valoración de la prueba constituye una función exclusiva de la instancia sobre la que decide definitivamente el tribunal de apelación.

DÉCIMO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el *art. 487 LEC* y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el *art. 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC*.

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

FALLAMOS

1. Se desestiman el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D. Lázaro contra la sentencia de 30 de marzo de 2002 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en rollo de apelación n.º 751/2000, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»1) Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Colom Ferrá, en nombre y representación de D. Lázaro contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º Dos de los de Eivissa de la que el presente rollo dimana, la cual se revoca en parte, en el sentido de fijar definitivamente la cantidad objeto de condena al demandado y a favor de la entidad Karta Ibiza, S.A., en la suma de veintitrés millones doscientas setenta y cinco mil ochocientos cincuenta y cuatro pesetas (23 275 854 ptas, 139 890,70 euros), manteniendo el resto de pronunciamientos que la misma contiene.

»2) No ha lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en esta alzada».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente.

4. Devuélvase las actuaciones al tribunal del que proceden.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos .Xavier O'Callghan Muñoz .Jesús Corbal Fernández. José Ramón Ferrnándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. José Almagro Nosete. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.