

Roj: STS 1618/2013
Id Cendoj: 28079110012013100178
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1390/2010
Nº de Resolución: 192/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil demandante BERMONSI S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D^a María Jesús González Díez, contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2010 por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 441/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 513/07 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona, sobre reclamación de cantidad por responsabilidad profesional. Ha sido parte recurrida el demandado D. Eleuterio , representado ante esta Sala por el procurador D. Pablo Sorribes Calle.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de mayo de 2007 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil BERMONSI S.L. contra D. Eleuterio , la compañía mercantil "Altayó Consultors S.L." y la compañía de seguros "HCC Europe" solicitando se dictara sentencia por la que:

"1º Declare que los demandados DON Eleuterio y ALTAYO CONSULTORS, SL son responsables solidarios por los daños derivados de la negligencia en que han incurrido en el cumplimiento de sus servicios profesionales.

2º Condene a DON Eleuterio y ALTAYO CONSULTORS SL a pasar por la anterior declaración. Y condene solidariamente a todos los codemandados a indemnizar a mi mandante con la cantidad de 313.935,74 más los intereses que se devenguen desde la interposición de la demanda, incluyendo en dicha cantidad, los 66.498,20 euros del expediente sancionador para el caso que el mismo devenga firme.

3º Condene solidariamente a todos los demandados, en el mismo concepto, a indemnizar a mi mandante en la cantidad correspondiente a los intereses que se hayan satisfecho como consecuencia del préstamo hipotecario solicitado y cuyo importe se acreditará mediante el oportuno certificado de la entidad financiera en ejecución de Sentencia.

Todo ello, en el bien entendido que la compañía de seguros tan solo deberá responder hasta el límite de la cobertura de la póliza."

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones nº 513/07 de juicio ordinario, y emplazados los demandados, estos comparecieron y contestaron a la demanda. D. Eleuterio y la mercantil ALTAYÓ CONSULTORS S.L. lo hicieron conjuntamente oponiéndose a la demanda en el fondo y pidiendo su desestimación salvo en las responsabilidades reconocidas en la propia contestación, así como la absolución de ambos demandados del pago de las responsabilidades reclamadas por los conceptos no reconocidos, con imposición de costas a la demandante. Y "HCC Europe" contestó a la demanda alegando el límite de cobertura del seguro de responsabilidad civil pero solicitando, no obstante, su absolución de todas las peticiones de la demanda, con expresa imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 28 de marzo de 2008 con el siguiente fallo: *"Que estimando la demanda interpuesta por BERMONSI S.L. contra ALTAYÓ CONSULTORS S.L., DON Eleuterio y HCC EUROPE, debo condenar y condeno a ALTAYÓ CONSULTORS S.L. y a Don Eleuterio a que, conjunta y solidariamente, abonen a la demandante la cantidad de DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS TRECE EUROS CON VEINTINUEVE CENTIMOS (218.213,29 #), con más otros SESENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON VEINTE CENTIMOS (66.498,20#) que corresponden a la sanción impuesta a la actora por la Agencia Tributaria, en caso de confirmarse dicha sanción, o la cantidad a que quede reducida la misma si se estima en parte el recurso interpuesto por la actora, con más los intereses derivados del préstamo hipotecario, a determinar en ejecución de sentencia, sobre la base de los realmente satisfechos sobre un capital de 211.146, 97 euros, y condeno a HCC EUROPE, al Sr. Eleuterio y a Altayó Consultors, S.L., conjunta y solidariamente, a abonar a la demandante la cantidad de TREINTA MIL EUROS (30.000 #).*

Dichas cantidades devengarán un interés anual igual al interés legal del dinero desde la fecha de la interpelación judicial 18-5- 2007 hasta la de esta resolución y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.

Se imponen a los demandados las costas derivadas de este procedimiento".

CUARTO.- Interpuesto conjuntamente por los codemandados D. Eleuterio y "Altayo Consultors S.L." contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 441/08 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona , esta dictó sentencia el 29 de marzo de 2010 con el siguiente fallo: *"El Tribunal acuerda: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Eleuterio y ALTAYO CONSULTORS, S.L. contra la sentencia de 28 de marzo de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona , y, en consecuencia, modificamos dicha resolución en el sentido (i) de reducir la condena recogida en la misma a los ahora recurrentes a la suma de 51.270,39 euros (en lugar de la superior cantidad reconocida en la instancia de 218.213,29 euros), (ii) así como de dejar sin efecto la condena al pago de los intereses del préstamo hipotecario, manteniendo los demás pronunciamientos contenidos en dicha sentencia, esto es, la condena a dichos recurrentes al pago de 66.498,20 euros, en la forma indicada en la misma, y la condena solidaria a todos los demandados al pago de 30.000 euros, más los intereses de dichas cantidades desde la interpelación judicial.*

No ha lugar a hacer imposición de las costas en ninguna de las dos instancias."

QUINTO.- Denegada por auto de 1 de junio de 2010 la aclaración y complemento de la sentencia interesados por la demandante alegando que adolecía de una contradicción interna, y anunciados por la misma parte recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en tres motivos amparados en el art. 469.1 LEC , ordinal 2º el motivo primero, ordinal 4º el motivo segundo y ordinales 3º y 4º el motivo tercero: el motivo primero por infracción del art. 217 LEC y de la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba; el segundo por infracción de los arts. 218 , 318 , 326 , 348 y 376 LEC en relación con el art. 24 CE ; y el tercero por infracción del art. 460 LEC , en relación con su art. 270, y del art. 24 CE . Y el recurso de casación se articulaba en dos motivos: el primero por infracción de los arts. 1101 , 1103 , 1104 y 1106 CC y de la jurisprudencia y el segundo por infracción de los arts. 1101 y 1106 CC relación con los arts. 11 de la Ley del Impuesto de Sociedades y 2 del RD 1777/2004 .

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 22 de marzo de 2011, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición alegando que el recurso de casación era inadmisibles, lo que a su vez determinaba que también lo fuera el recurso por infracción procesal, impugnando además todos y cada uno de los motivos de ambos recursos y solicitando se acordara su inadmisión o, subsidiariamente, su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 4 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. Objeto del litigio y posición de las partes.

El litigio causante de los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, versa sobre la responsabilidad contractual de un asesor fiscal frente a una sociedad mercantil por los daños y perjuicios que esta considera debidos a la negligencia profesional de aquel en relación con la repercusión fiscal de una reinversión de beneficios extraordinarios, obtenidos por una venta de acciones, en la compra de una finca tipo masía en la que se hicieron obras.

La demanda se interpuso por la compañía mercantil "Bermonsi S.L" contra la sociedad profesional "Altayó Consultors S.L", D. Eleuterio , abogado y asesor fiscal, y la compañía de seguros "Houston Casualty Europa Seguros y Reaseguros S.A. (Sociedad Unipersonal)", pidiendo su condena solidaria a indemnizar a la demandante en la cantidad de 313.953'74 euros como coste financiero y sanciones debidas al defectuoso asesoramiento profesional del Sr. Eleuterio en una reinversión de beneficios extraordinarios, es decir con independencia de la cuota tributaria que en cualquier caso debía pagar la demandante. Dicha cantidad se desglosaba en las siguientes partidas: 195.483'08 euros por diferencia entre el valor actual de la cuota a pagar según el criterio aplicado por la sociedad y el aplicado por la Inspección de Hacienda, originado por el diferimiento por reinversión; 44.619'90 euros por intereses de demora del acta de inspección del ejercicio 2003 actualizado; 66.498'20 euros por la sanción impuesta a la sociedad demandante por la autoridad tributaria; y 7.273'04 euros por los gastos de constitución de una hipoteca para obtener un préstamo a fin de poder pagar a la Hacienda Pública. Además, se pedía la condena de los demandados a indemnizar a la demandante en la cantidad correspondiente a los intereses del préstamo hipotecario satisfechos, que se determinaría en ejecución de sentencia mediante certificado de la entidad prestamista.

En su contestación conjunta a la demanda D. Eleuterio y "Altayó Consultors S.L", reconociendo que esta era la mercantil mediante la cual el Sr. Eleuterio prestaba sus servicios profesionales, se opusieron a la reclamación alegando que habían sido engañados por las personas responsables de la sociedad demandante en cuanto a la fecha de terminación de las obras llevadas a cabo en una masía en la que se habían reinvertido los beneficios extraordinarios de 965.225'71 euros obtenidos por la sociedad demandante en el año 2000 al vender acciones de otra sociedad; que habían descubierto el engaño con ocasión de la inspección fiscal a la sociedad demandante en 2005, a la que compareció el propio Sr. Eleuterio como asesor fiscal de la inspeccionada; que durante la inspección el Sr. Eleuterio *"hizo lo que pudo, lo máximo que pudo"*; que, no obstante, ciertamente habían incurrido en dos errores, consistente uno en la consideración de la demandante como entidad de reducida dimensión, aplicando un tipo del 30% en lugar del procedente del 35% en las declaraciones del Impuesto de Sociedades correspondientes a los años 2000, 2001 y 2002, causando así a la demandante un perjuicio de 873'27 euros, y consistente el otro error en la determinación del porcentaje de imputación de rentas respecto al suelo de la masía, cuyo importe debía ser imputado en el plazo de los siete años siguientes a la finalización del ejercicio en que expiraba el término para cumplir la reinversión, siendo así que el Sr. Eleuterio había aplicado unitariamente el periodo de diferimiento tanto al suelo como a la edificación de la masía. En consecuencia, tras aducir que la firma de las actas de conformidad con la inspección también habría sido una conducta diligente por la amenaza de pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal y porque la representante legal de la sociedad demandante había reinvertido en la masía no para el objeto social de arrendamiento de inmuebles sino para tener allí su vivienda habitual, por lo que aun habiendo terminado las obras en plazo tampoco habría pasado la inspección, el Sr. Eleuterio y "Altayó Consultors S.L" pidieron la desestimación de la demanda respecto de las responsabilidades no reconocidas en su contestación.

Por su parte, la aseguradora codemandada contestó a la demanda pidiendo su absolución tras alegar que la póliza del seguro de responsabilidad civil del Sr. Eleuterio tenía una cobertura limitada a 30.000 euros por siniestro y periodo de seguro.

2. Sentencia de primera instancia.

La sentencia de primera instancia, estimando la demanda, condenó a D. Eleuterio y a "Altayó Consultors S.L", solidariamente, a pagar a la sociedad demandante la cantidad de 218.213'39 euros, más la de 66.498'20 euros por la sanción impuesta por la Agencia Tributaria si llegara a confirmarse, o bien la finalmente fijada si se redujera, más los intereses derivados del préstamo hipotecario, a determinar en ejecución de sentencia, y condenó a aquellos mismos demandados y a la aseguradora codemandada, solidariamente, a pagar a la sociedad demandante la cantidad de 30 000 euros cubierta por el seguro de responsabilidad civil.

Fundamentos de la sentencia son, en lo que aquí interesa, los siguientes: 1) La responsabilidad exigida lo era por el asesoramiento para la reinversión de los beneficios extraordinarios obtenidos por la sociedad

demandante en el ejercicio de 2000 por la venta de las acciones de otra sociedad, beneficios cifrados en 965.225'71 euros; 2) el demandado Sr. Eleuterio mantenía una estrecha relación personal con los administradores y la apoderada de la sociedad demandante, hasta el punto de haber sido en tiempos su administrador, cuando la demandante tenía otra denominación social, y haber tenido esta su domicilio social en el despacho profesional del Sr. Eleuterio ; 3) la sociedad demandante asesorada por el Sr. Eleuterio , para *"minimizar el impacto fiscal"* de los beneficios derivados de la referida venta de acciones, se había acogido al *"beneficio fiscal de diferimiento"* y el Sr. Eleuterio había intervenido en la compraventa de la FINCA000 " mediante escritura pública de 26 de mayo de 2003; 4) la sociedad demandante había sido incluida en el Plan de Inspección para comprobar los requisitos de la reinversión conforme al art. 21 de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS) de 1995 porque se había acogido al beneficio fiscal del diferimiento en el ejercicio de 2000; 5) según dicho art. 21 LIS la reinversión tenía que hacerse en un plazo máximo de cuatro años a contar desde el año anterior a la fecha de la venta de las acciones, y en el caso enjuiciado el plazo había finalizado el 14 de septiembre de 2003; 6) según el mismo artículo la reinversión se entiende efectuada en la fecha en que se produce la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materializa, y como *"puesta a disposición"* se considera *"el momento en el cual, desde un punto de vista jurídico-privado, se adquiere el dominio del bien objeto del contrato, con independencia de la fecha en la que se formalizó dicho contrato"*; 7) según el acta de conformidad con la Inspección de Hacienda, la reinversión se considera realizada en la fecha de adquisición de la propiedad de las diferentes unidades de obra; 8) en consecuencia la Inspección, a la vista de lo certificado y aclarado por el arquitecto que dirigió las obras en la FINCA000 ", consideró que cumplía el requisito del plazo una parte de las obras, por importe de 11.537'50 euros, pero que el resto de las facturas correspondía *"a unidades de obra que no habían sido terminadas ni entregadas a fecha 14 de septiembre de 2003"*; 9) por esta razón la Inspección entendió que las inversiones que cumplieron los requisitos legales ascendían a 551.699'30 euros (importe de la compra de la masía, de las acciones y de las obras de ampliación y mejora computables), lo que suponía un 51% del importe total y que, en virtud del art. 21.5 LIS , procedía el reintegro en la cuota del ejercicio de 2003 de 472.960'60 euros con más los intereses de demora; 10) de las cantidades reclamadas en la demanda no se discutía la de 873'27 euros correspondiente a un error en el tipo de gravamen, que no era el 30% aplicado por el Sr. Eleuterio sino el 35% porque a las entidades de mera tenencia de bienes no les eran aplicables los incentivos fiscales establecidos para las empresas de reducida dimensión; 11) al haberse reinvertido en una edificación, la Inspección consideró que una parte se había invertido en un elemento no amortizable (suelo) y que por ello tenía que haberse distinguido entre el importe correspondiente al suelo y el correspondiente a la construcción para distribuir proporcionalmente entre ellos la renta diferida, siendo los porcentajes finales del 44,37% (suelo) y del 55,62% (edificación), así como que la parte de valor correspondiente al suelo debía reintegrarse en siete años a partir del ejercicio de 2004; 12) en la segunda de las actas de conformidad se señalaba que el coeficiente lineal de amortización del bien era del 2%, por lo que la sociedad demandante debía integrar anualmente en la base imponible, en concepto de reinversión de beneficios extraordinarios, ese porcentaje del beneficio diferido correspondiente a la edificación y, adicionalmente, a partir de 2004, la parte correspondiente al suelo en un plazo de siete años; 13) habiéndose planteado la demanda solo en lo relativo a la forma y plazos de reinversión, excluyendo lo relativo al suelo y a la ampliación de capital, y habiendo admitido el demandado Sr. Eleuterio su error en cuanto al tipo de gravamen, también resultaba de la prueba practicada que el concepto *"puesta a disposición"* no suscitaba ningún problema interpretativo, mientras que carecía de sustento probatorio la alegación de la contestación a la demanda sobre el engaño proveniente de la sociedad demandante, de modo que, en definitiva, *"el Sr. Eleuterio debía saber que, a fecha 14 de septiembre de 2003, las obras de ampliación y reforma de la masía debían estar terminadas para que la sociedad demandante pudiera acogerse al beneficio fiscal del diferimiento por reinversión"* ; 14) estaba probado que a 14 de septiembre de 2003 las obras ejecutadas eran de escasa entidad, quedando pendiente de reinvertir en obras la cantidad de 472.960'60 euros, y el Sr. Eleuterio tenía que saber que el contrato de ejecución de obra, cuyo proyecto había facilitado su propio despacho a la demandante, tenía fecha de 29 de julio de 2003 y un plazo de ejecución de la obra de dieciocho meses; 15) en consecuencia el Sr. Eleuterio incurrió en negligencia profesional al hacer la declaración del impuesto de sociedades del ejercicio de 2003 aplicando el diferimiento por reinversión del art. 21 LIS y no regularizar la situación en el ejercicio de 2004; 16) también constaba en las grabaciones de conversaciones aportadas con la demanda que el Sr. Eleuterio había manifestado a la sociedad demandante que en 2003 tenían que estar hechos los presupuestos porque *"era suficiente el compromiso de reinversión"* ; 17) el Sr. Eleuterio también había incurrido en error acerca de los plazos de diferimiento, porque si bien la ley permitía optar entre un porcentaje de amortización del 1% en cien años o del 2% en cincuenta años, este último aplicado por la Inspección de Hacienda, resulta que aplicó el del 1% en cien años cuando, según se desprendía de las actuaciones de la Inspección y de la grabación de conversaciones, procedía aplicar el 2% en cada ejercicio, lo que suponía un plazo de cincuenta años, y de siete años para los elementos patrimoniales no amortizables;

18) ese porcentaje del 2% era el procedente por corresponder al que la demandante venía aplicando según constaba en la memoria de la sociedad de 30-3-2004, cuyo contenido no podía desconocer su asesor fiscal; 19) las alegaciones del Sr. Eleuterio sobre el uso al que la representante legal de la sociedad demandante pensaba destinar la masía carecían de trascendencia, porque lo cierto era que la Inspección de Hacienda había considerado acreditada la utilización de la masía por la sociedad demandante; 20) lo decisivo era, por tanto, que la pérdida de una parte del beneficio fiscal, objeto de la demanda, *"fue debida al incumplimiento del requisito de la reinversión en plazo"*; 21) así pues, habiendo incurrido en error el Sr. Eleuterio en cuanto al tipo impositivo aplicable, en cuanto al concepto de *"puesta a disposición"* asegurando a su cliente que bastaba con el compromiso de realizar las obras acreditado mediante un mero presupuesto, en cuanto al porcentaje de amortización del inmovilizado (1% anual a cien años cuando de la documentación contable de la sociedad resultaba aplicable el 2% anual a cincuenta años) y, en fin, en cuanto a los elementos patrimoniales no amortizables, aplicándoles el mismo plazo de amortización que a los amortizables, debía responder frente a su cliente, la sociedad demandante, por aplicación del art. 1104 CC; 22) esta responsabilidad se traducía en la obligación de indemnizar a la demandante en la cantidad indiscutida de 837'27 euros y, claramente, en la de 44.169'90 euros por intereses de demora derivados de no haberse reinvertido 472.960'60 euros; 23) también se debía indemnizar a la sociedad demandante en 7.237'04 euros por gastos proporcionales para la formalización de un préstamo hipotecario por importe de 330.000 euros destinado en parte a pagar a la Agencia Tributaria, así como por los intereses que se fueran acreditando en ejecución de sentencia, ya que no constaba que la sociedad demandante tuviera tesorería bastante para pagar las cantidades reflejadas en las actas de conformidad (5.143'09 euros y 206.003'88 euros); 24) asimismo debía indemnizar en 66.498'20 euros, importe de la sanción, a salvo de que en virtud de recurso se dejara sin efecto o se redujera su importe; 25) en cuanto a la cantidad más importante reclamada en la demanda, 195.483'08 euros en concepto de perjuicio económico del coste financiero de la pérdida del beneficio de diferimiento de cien a cincuenta años y de cien a siete años, también procedía condenar a su pago tras un análisis crítico del informe pericial acompañado con la demanda, que fijaba dicha suma, después de contrastarlo con el informe aportado con la contestación a la demanda, del que resultaba una cantidad de 35.777'21 euros, por ser el primero *"el que se ajusta a las consecuencias reales derivadas de los criterios aplicados por la Inspección"* y considerarlo *"más acorde con el régimen impositivo vigente a la fecha de la determinación del perjuicio"*.

3. Intento de ambas partes de aportar documentos para la segunda instancia.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación, conjuntamente, por D. Eleuterio y "Altayó Consultors S.L", aportando un *"dictamen"* del propio Sr. Eleuterio destinado a acreditar que no se había equivocado en cuanto al plazo máximo de la reinversión.

Con su escrito de oposición al recurso de apelación la demandante aportó un documento destinado a probar que no disponía de tesorería suficiente para pagar las cantidades resultantes de las actas de conformidad con la Inspección de Hacienda.

El tribunal de segunda instancia rechazó, por extemporáneas, las pruebas documentales propuestas por ambas partes. Sobre la propuesta por la sociedad demandante razonó, al resolver el recurso de reposición interpuesto por dicha parte contra el auto denegatorio de la prueba, que la parte demandada ya había cuestionado en su contestación a la demanda que la sociedad demandante necesitara pedir un crédito para hacer frente a la deuda tributaria.

4. Sentencia de segunda instancia.

La sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso de apelación conjunto de los demandados D. Eleuterio y "Altayó Consultors S.L", modificó la sentencia de primera instancia reduciendo a 51.270'38 euros la cantidad de 218.213'39 euros y dejando sin efecto la condena a pagar los gastos y los intereses del préstamo hipotecario. Como se explica en su fundamento jurídico octavo, la cantidad total con la que los demandantes-apelantes debían indemnizar a la sociedad demandante ascendía a 147.768'58 euros y correspondía a los siguientes conceptos: 45.493'17 euros por intereses de demora (873'27 euros más 44.619'90 euros), 35.777'21 euros en concepto de perjuicio financiero y 66.498'20 euros en concepto de sanción.

Fundamentos de la sentencia son, en lo que aquí interesa, los siguientes: 1) Eran indiscutibles los errores del Sr. Eleuterio en cuanto a los plazos de la reinversión al haber indicado a la sociedad demandante que bastaba con el compromiso de reinversión en 2003; 2) no había concurrencia de culpas por el hecho de que la finca comprada no se destinara al arrendamiento, pues la Inspección de Hacienda consideró suficiente el proyecto presentado; 3) la cuestión principal que planteaba el recurso de apelación era el perjuicio

financiero cifrado en 195.483'08 euros; 4) "para que este concepto indemnizatorio pudiera admitirse sería necesario acreditar en debida forma que, de haber actuado el asesor de forma diligente, la mercantil actora hubiera podido acogerse al beneficio fiscal de diferimiento por inversión"; 5) no había perjuicio financiero en relación con la reinversión aceptada por Hacienda porque la Inspección, al abordar la cuestión de la imputación temporal de la renta diferida, había señalado que "debía realizarse en periodos de siete años (elementos no amortizables) o cincuenta años (elementos amortizables al recogerse así en su contabilidad -la amortización del inmovilizado de la sociedad se efectúa al 2%-)"; 6) en cuanto a la parte no reinvertida la demandante tampoco había sufrido perjuicio, "por cuanto para ello sería necesario que hubiera acreditado en debida forma que tuvo la posibilidad de efectuar la reinversión en cuestión conforme a los requisitos que la Ley exige para que pueda aceptarse la misma, esto es, que dentro del plazo de 4 años a que venimos haciendo referencia estaba en condiciones de haber concluido la construcción ('puesta a disposición'), y lo cierto es que no obra en autos prueba alguna al respecto"; 7) en definitiva, la sociedad demandante "pretende aprovechar el error sufrido por su asesor para obtener un beneficio fiscal que la Ley no le reconoce..., cuando ni siquiera ha intentado acreditar qué posibilidades reales tenía de haber conseguido el diferimiento por la parte no reinvertida en plazo"; 8) así, en la propia demanda se alegaba que la actora, de haber tenido una información cierta y no equívoca, "quizá" no hubiera invertido o lo hubiera hecho de otra forma; 9) la actora, pues, "reconduce con acierto la cuestión a las alternativas con las que podría haber contado, conforme a la legalidad vigente, para obtener unos beneficios fiscales más favorables a los finalmente obtenidos, pero se queda ahí, es decir, no concreta cuáles serían esas alternativas, y menos aún cuantifica las mismas, lo que impide establecer un perjuicio financiero concreto"; 10) en cualquier caso, no debía olvidarse que el beneficio fiscal sí había existido respecto del 51% de la reinversión; 11) no obstante, por razones de congruencia debía aceptarse la cantidad de 35.777'21 euros fijada en el informe pericial acompañado con la contestación a la demanda en correspondencia con el reconocimiento por el Sr. Eleuterio de su error en relación con la reinversión en el suelo y el coste financiero de tener que diferir el coste del suelo al periodo de siete años en lugar del previsto inicialmente, a lo que se unía que la abogada de los demandados-apelantes, en sus conclusiones, había insistido en reconocer la obligación de sus clientes de hacer frente a dicha indemnización; 12) por tanto procedía reconocer esa suma, "máxime si tenemos en cuenta que, indudablemente y por lo que se refiere al importe no reinvertido (49%), la actora ha sufrido una pérdida de oportunidades de obtener beneficios fiscales, y si bien, como venimos diciendo, no se han podido concretar los mismos, lo cierto es que la jurisprudencia viene reconociendo la posibilidad de indemnizar por este concepto (STS 27 julio 2006 , y las en ellas citadas), lo que igualmente nos permitiría justificar la referida indemnización en atención a tal circunstancia"; 13) también había que estimar el recurso en cuanto a los gastos de constitución de la hipoteca y los intereses del préstamo hipotecario, porque en las actuaciones constaban las cuentas del ejercicio de 2006 y en las mismas aparecía que la sociedad demandante tenía 277.084'92 euros en tesorería, por lo que no precisaba de financiación; 14) a esto debía añadirse, de un lado, que la obligación de pagar impuestos no podía atribuirse al asesor sino al sistema fiscal y, de otro, que la documentación acompañada con el escrito de oposición al recurso de apelación no podía admitirse por extemporánea.

La parte demandante-apelante interesó aclaración y complemento de la sentencia por advertir una contradicción en su motivación y una omisión, pero el tribunal dictó auto denegatorio.

5. Recursos contra la sentencia de segunda instancia y oposición a su admisión.

La sentencia de segunda instancia fue impugnada únicamente por D. Eleuterio mediante recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

La sociedad demandante, en su escrito de oposición a los recursos, ha planteado, al amparo de la D. Final 16ª en relación con el art. 483.2 y al amparo del art. 485, párrafo segundo, todos de la LEC , que ambos recursos son inadmisibles.

SEGUNDO .- La parte recurrida considera que el recurso de casación es inadmisibile y que en consecuencia también lo es, conforme a la regla 5ª de la D. Final 16ª LEC en relación con su art. 483.2, el recurso extraordinario por infracción procesal.

A la admisibilidad del recurso de casación opone la parte recurrida que su motivo primero, fundado en infracción de los arts. 1101 , 1103 , 1104 y 1106 CC y de la jurisprudencia, incurre en defectuosa técnica casacional al dar por supuestas la acreditación y prueba del daño; al introducir pretensiones nuevas mediante una alegación extemporánea de la figura del lucro cesante, una alegación extemporánea y oportunista del criterio de pérdida de la oportunidad como fundamento de la indemnización y la pretensión de diferir la cuantificación del perjuicio al trámite de ejecución de sentencia; y al incurrir en defectuosa técnica casacional

intentando convertir este recurso en una tercera instancia mediante constantes alusiones a la valoración de la prueba sin ningún razonamiento sobre la infracción de las normas citadas en el motivo. En cuanto al motivo segundo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 1101 y 1106 CC en relación con los arts. 11 LIS y 2 del RD 1777/2004, la parte recurrida lo considera inadmisibile por fundarse en normas administrativas y reglamentarias y por alterar los hechos que la sentencia recurrida declara probados en cuanto a la posibilidad o imposibilidad de amortizar al porcentaje del 1%.

Tales óbices de admisibilidad han de ser rechazados por las siguientes razones:

1ª) La regla 5ª de la D. Final 16ª LEC no puede producir el efecto pretendido, ya que su párrafo primero, que es el aplicable al presente recurso por infracción procesal al haberse preparado, interpuesto y admitido el de casación en atención a la cuantía litigiosa, es decir, al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 LEC, dispone la inadmisión del recurso por infracción procesal únicamente en el caso de que la resolución recurrida no fuera susceptible de recurso de casación, ya por razón de la cuantía, ya por la propia naturaleza de la resolución, pero no si el recurso de casación fuera inadmisibile por el contenido de sus motivos. En definitiva, la parte recurrida formula su pretensión de inadmisibilidad del recurso por infracción procesal como si el recurso de casación se hubiera interpuesto al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, es decir por interés casacional, en cuyo caso su inadmisión por el contenido de los motivos sí determinaría la inadmisión del recurso por infracción procesal.

2ª) En cuanto al recurso de casación, considerado ya independientemente del recurso por infracción procesal, tampoco pueden estimarse las causas de inadmisión alegadas por la parte recurrida, ya que, al margen de que algunos de los argumentos que las sustentan puedan ser valorados para desestimar sus dos motivos, lo cierto es que estos impugnan la sentencia de segunda instancia ateniéndose a las "normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso" (art. 477.1 LEC), entre las cuales se encuentran necesariamente las relativas al impuesto de sociedades debidamente puestas en relación con las normas civiles sobre responsabilidad contractual, y mediante argumentos que, puestos en relación con la motivación de la sentencia recurrida, permiten comprender más que suficientemente el sentido de la impugnación.

Procede, por tanto, entrar a conocer de los recursos.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO .- El motivo primero, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y fundado en "infracción del artículo 217 LEC y de la doctrina jurisprudencial en materia de carga de la prueba y rigor probatorio exigible", impugna la sentencia recurrida por haber rechazado el perjuicio financiero, en relación a la parte de beneficios extraordinarios no reinvertida, mediante el argumento de no haber acreditado la demandante hoy recurrente que dentro del plazo de cuatro años estaba en condiciones de haber concluido la construcción o que tenía otras alternativas de reinversión. Según el alegato del motivo, esto supone exigir a la parte actora un exceso probatorio porque, en definitiva, esta parte actuó como lo hizo en función del asesoramiento recibido, estaba en disposición de reinvertir y el acogerse al beneficio por reinversión era más que una posibilidad porque desde la venta de las acciones de otra compañía disponía del efectivo dinerario, habiendo podido optar, por ejemplo, por adquirir un inmueble no necesitado de reforma, sin que se le pueda exigir la prueba de "qué hubiera adquirido o qué no".

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado porque la cuestión que suscita no pertenece al ámbito de la carga de la prueba sino al del juicio de imputación. Es cierto que para este juicio el tribunal sentenciador argumenta que la parte demandante tendría que haber acreditado otras alternativas, pero este argumento no puede desligarse de la explicación que acto seguido añade el propio tribunal sentenciador sobre la pretensión de la actora-apelante de aprovecharse del error de su asesor para obtener un beneficio fiscal que la ley no le reconoce.

Se trata de decidir, en suma, hasta dónde debe abarcar la responsabilidad del asesor fiscal y, más concretamente, si este debe responder o no de la propia decisión de reinvertir en un determinado objeto, y esta cuestión no pertenece al ámbito de la carga de la prueba sino al del juicio de fondo, pues de la misma forma que, como alega la parte recurrente, esta no puede probar "qué hubiera adquirido o qué no", tampoco cabe dar por sentado que invirtió en lo que lo hizo porque su asesor fiscal no le permitiera contemplar otras alternativas. Es en este último sentido como debe entenderse la sentencia recurrida, que por tanto no vulnera el art. 217 LEC porque, como se desprende del propio alegato del motivo, la parte demandante no ha probado que la decisión de reinvertir en una finca concreta necesitada de reformas se debiera a que su asesor fiscal no le permitiera contemplar otras alternativas, en cualquier caso perfectamente conocidas por la parte recurrente como asimismo resulta del propio alegato del motivo.

CUARTO .- El *motivo segundo* , formulado al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , se funda en *"infracción del artículo 218 de la LEC y de las normas de regulación de la valoración de la prueba en concreto los artículos 318 , 326 , 348 y 376 de la LEC en relación al art. 24 de la Constitución "* .

Dividido en cinco apartados, el *primero* se refiere a la imputación temporal de la renta diferida respecto a los elementos no amortizables (suelo) que debe realizarse en siete años y no en cien, acerca de cuya cuestión el motivo considera incongruente la sentencia recurrida, con infracción del art. 218 LEC , por haber concedido indemnización por dicho perjuicio en virtud de su reconocimiento en la contestación a la demanda pero no hasta donde se pretendía en la demanda; el *apartado segundo* se refiere a la cantidad efectivamente reinvertida y la imputación temporal de la renta diferida de cien a cincuenta años, e impugna la sentencia recurrida por no apreciar perjuicio financiero alguno por la parte reinvertida entendiendo que la amortización no había podido ajustarse a un tipo del 1% cuando lo cierto, según el alegato de este apartado, es que esto último resulta insostenible tanto en función de la prueba practicada como en función de los arts. 11 LIS , 2 del RD 1777/2004, 21 LSI y 34 del RD 537/1997 , cifrándose el *"error en la valoración de la prueba"* en que *"la amortización es libre"* según las normas citadas y en que el asesor fiscal tenía el deber de diligencia de, *"al declarar la reinversión al 1% en el impuesto de sociedades, modificar ese mismo extremo en la contabilidad de la compañía"* , a cuyos efectos se invocan las declaraciones de la inspectora de Hacienda que intervino en la inspección de la sociedad demandante y las manifestaciones de los peritos, en virtud de todo lo cual se concluye en este apartado que la sentencia incurre *"en un error en la valoración de la prueba y del derecho aplicable"*; el *apartado tercero* se refiere a la parte no reinvertida en plazo e impugna la sentencia recurrida por error en la valoración de la prueba al no tener por probado, sin perjuicio de lo ya alegado en el motivo primero, que dicha parte sí se habría podido reinvertir en el plazo de cuatro años, siendo así que la hoy recurrente siempre actuó bajo el asesoramiento del Sr. Eleuterio , la negligencia de este se ha considerado probada, la no reinversión dentro de plazo obedece al error del asesor sobre el concepto de *"puesta a disposición"* , constituye error en la valoración de la prueba la exigencia de *"acreditar un hecho que objetivamente nunca pudo ocurrir"* , se realizó toda la actividad reinversora que propuso el Sr. Eleuterio , existiendo *"un indicio lógico y natural de que la reinversión se hubiera podido realizar correctamente"* , es incongruente afirmar que debe probarse la posibilidad de reinvertir en plazo y las alternativas cuando al propio tiempo la sentencia reconoce el error de los demandados, lo que constituye *"un evidente error en la valoración de la prueba"* , y, en fin, tanto del reconocimiento de su error por el demandado, extrapolable a la parte no reinvertida, como de los informes periciales y sus aclaraciones en juicio, resultaría no solo la negligencia en el asesoramiento sino también el perjuicio causado en relación con la parte no reinvertida en plazo; el *apartado cuarto* se refiere a *"la no admisión de los gastos para la constitución de la hipoteca y de la existencia de tesorería en la compañía"* , impugnando la *"conclusión"* del tribunal sentenciador sobre este punto por *"errónea e incluso arbitraria"* , porque la sociedad hoy recurrente se gastó todo el dinero obtenido mediante la venta de acciones (1.326.010'30 euros) para obtener un diferimiento por la cantidad de 965.225'71 euros y por tanto *"se gastó la totalidad del dinero, sin beneficio fiscal"* , siéndole necesario pedir un préstamo para pagar a Hacienda por carecer de tesorería, dato no desvirtuado por las cuentas anuales del ejercicio de 2006 porque el objeto del proceso no era el análisis de las cuentas *"y por eso decimos que es arbitraria la valoración del Tribunal"* , máxime si se tiene en cuenta, de un lado, que el Sr. Eleuterio sabía que las cantidades de que pudiera disponer la hoy recurrente estaban pignoradas y, de otro, que las cuentas en cuestión están fechadas en 31 de marzo de 2007 y la solicitud de hipoteca es de 22 de mayo de 2006; finalmente, el *apartado quinto* trata de *"la pérdida de oportunidad como criterio hipotético de concesión de la indemnización que constituye la sentencia"* e impugna esta por incurrir en *"una incoherencia"* al apreciar el concepto de pérdida de oportunidad en cuanto a la cantidad reconocida por el Sr. Eleuterio pero no en cuanto a la cantidad no reinvertida.

Pues bien, semejante planteamiento es de todo punto incompatible con el carácter extraordinario del recurso por infracción procesal, que no permite motivos omnicomprendivos que, como el aquí examinado, impugnan la sentencia recurrida en todos sus aspectos, mezclando, ya desde la propia formulación del motivo, la incongruencia, que debe plantearse al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , con *"las normas de regulación de la valoración de la prueba"* , respecto de las cuales únicamente cabe plantear el error patente, y ambas cuestiones a la vez, a lo largo del desarrollo argumental del motivo, con la infracción de normas relativas al impuesto de sociedades y con las relativas a la carga de la prueba, todo ello entremezclado con alusiones a la prueba testifical, a la documental y a la pericial y con argumentos que identifican incongruencia con disconformidad de la recurrente con la motivación de la sentencia, que hallan el error probatorio en un error interpretativo de las normas sobre el impuesto de sociedades, que trasladan al ámbito de la prueba, como en el motivo primero, el juicio de imputación, que niegan el valor probatorio de las cuentas anuales, sobre una cuestión tan relacionada con ellas como si la sociedad hoy recurrida tenía o no necesidad de pedir un préstamo, únicamente porque *"el procedimiento no ha tenido como objeto el análisis de las cuentas anuales"*

o, en fin, que por el hecho de que las cuentas se formulen en marzo de 2007 niegan su valor probatorio en relación con datos del propio ejercicio de 2006 al que se refieren.

Resulta, así, materialmente imposible que esta Sala dé una respuesta a las muchas cuestiones que acumula el motivo sin perder su posición institucional y tener que actuar como órgano de instancia frente a lo que, más que un motivo por infracción procesal, es un mero escrito de alegaciones. En definitiva, para desestimar este motivo basta con aplicar la doctrina de esta Sala sobre la improcedencia de mezclar en un mismo motivo problemas de congruencia, carga de la prueba y valoración de la prueba (STS 24-10-12), o presentar como problema de carga de la prueba un error en su valoración (STS 30-4-12), o presentar como incongruencia de la sentencia la disconformidad del recurrente con su motivación (SSTS 30-11-12 y 18-6-12) o, en fin, identificar el error patente o la arbitrariedad en la valoración de la prueba, que han de resultar manifiestos, con la disconformidad del recurrente con la sentencia recurrida en su motivación tanto de hecho como de derecho (SSTS 10-1-12 y 28-11-08).

QUINTO .- El *motivo tercero y último* , formulado al amparo de los ordinales 3º y 4º del art. 469.1 LEC por infracción del art. 460 en relación con el art. 270, ambos también de la LEC , y del art. 24 de la Constitución , impugna la inadmisión de la prueba documental aportada por la parte hoy recurrente con su escrito de oposición al recurso de apelación de la parte contraria. Según su desarrollo argumental, la prueba tenía que haberse admitido porque lo relativo a la tesorería de la sociedad no había sido un hecho controvertido hasta que en el recurso de apelación los demandados alegaron que la hoy recurrente disponía de liquidez suficiente para afrontar el pago de la deuda tributaria y los intereses sin necesidad de pedir un préstamo hipotecario.

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) El motivo se ampara, en parte, en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC , pero lo pedido en el escrito de interposición no se corresponde con la nulidad y consiguiente reposición de actuaciones, que sería la consecuencia procedente, conforme al art. 476.2, párrafo último, de la LEC , para que el tribunal de segunda instancia volviera a dictar sentencia valorando el documento no admitido. Muy al contrario, la parte recurrente, arrastrada por el defecto de haber acumulado el amparo en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC con el amparo en su ordinal 4º, acaba considerando expresamente, pero sin acierto, que *"todos los motivos son imputables a la Sentencia"* , por lo que deben *"resolverse todos ellos en la propia Sentencia"* de esta Sala.

2ª) Aunque se prescinda de lo anterior entendiendo que esta Sala podría en cualquier caso acordar la nulidad de actuaciones y su reposición al momento en que debió admitirse la prueba, también el motivo ha de ser desestimado porque, negada terminantemente en la contestación a la demanda la necesidad de la hoy recurrente de *"solicitar una hipoteca"* (folio 631 de las actuaciones) y reconociéndose en el propio alegato del motivo que en el acto de la audiencia previa se solicitó por los demandados la aportación de las cuentas anuales y el impuesto de sociedades correspondientes a los ejercicios de 2005 y 2006, es indiscutible, precisamente por aplicación de los propios artículos 460 y 270 LEC que la recurrente invoca a su favor, que no cabía admitir con el escrito de oposición al recurso de apelación un documento sobre hechos muy anteriores a la interposición de la demanda y que la parte recurrente tendría que haber aportado, a lo sumo y desde la interpretación del art. 265.3 LEC más favorable a ella, en el acto de la audiencia previa. Si se entendiera de otro modo no solo se infringiría el art. 270.1-1º LEC y se dejaría sin contenido su art. 271.1 sino que, además, se introduciría en la segunda instancia una nueva fase probatoria cuya finalidad no sería ya remediar las omisiones de la primera instancia no imputables a las partes ni probar los hechos relevantes ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia, ámbito excepcional del art. 460 LEC , sino, pura y simplemente, subsanar insuficiencias probatorias no advertidas en su momento por las partes, y esto traería consigo el riesgo de prolongar en cadena e indefinidamente las posibilidades de prueba, ya que si en este caso se hubiera admitido la documental aportada con el escrito de oposición al recurso de apelación, también la parte apelada tendría que haber tenido su oportunidad de contrarrestarla, que solo se le habría podido dar después de recibidas las actuaciones en el tribunal de segunda instancia y personadas las partes ante el mismo. En suma, la decisión del tribunal no solo fue correcta sino que, de haber admitido la prueba documental, habría infringido las propias normas procesales invocadas en el motivo.

RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO .- El *motivo primero* , fundado en infracción de los arts. 1101 , 1103 , 1104 y 1106 CC y de la jurisprudencia aplicable en materia de indemnización de daños y perjuicios, pretende que se revise la cuantía de la indemnización respetando *"la base fáctica de la sentencia"* .

Según su desarrollo argumental, la rebaja de la indemnización por perjuicio financiero de 195.483'08 euros a 35.777'21 euros sería irracional porque el informe pericial acompañado con la demanda contemplaba la totalidad de los hechos mientras que el aportado con la contestación contemplaba únicamente la parte relativa a los elementos no amortizables, que solo podía diferirse a siete años, no a cien como asesoró el Sr. Eleuterio . A esto se añade que en las grabaciones admitidas como prueba el Sr. Eleuterio había reconocido que el perjuicio financiero *"ascendía a treinta millones"* ; que este perjuicio financiero deriva de *"no tener el mismo valor un euro pagado hoy o dentro de cincuenta o cien años"* ; que respecto de los elementos no amortizables la demandante sí podía haberse acogido a un diferimiento de cien años; que en la parte no reinvertida en plazo (49%) por el error del Sr. Eleuterio sobre el concepto de *"puesta a disposición"* era evidente el perjuicio; que otro efecto colateral es *"haber realizado un gasto con un fin determinado (reversión para obtención de un beneficio fiscal) que no ha servido para nada"* ; y en fin, que aplicando el criterio de la pérdida de oportunidad mencionado en la propia sentencia recurrida el daño consistiría en *"la privación irreversible de la posibilidad de obtener un beneficio fiscal total"* pese a disponer de capacidad económica para la inversión, plazo suficiente y distintas oportunidades, produciéndose en definitiva una *"pérdida absoluta de oportunidades"* .

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Aunque en algunos momentos de su desarrollo argumental se aclare que lo realmente impugnado es la rebaja de la indemnización por la parte no reinvertida dentro de plazo, es decir el 49%, muchos otros pasajes del motivo, especialmente al principio y al final, presentan la cuestión como si el Sr. Eleuterio solo hubiera sido condenado en total por la cantidad reconocida en su contestación a la demanda, al alegar que la inversión *"no ha servido para nada"* o que la negligencia del Sr. Eleuterio comporta para la hoy recurrente una *"pérdida absoluta de oportunidades"* .

2ª) La realidad es que el Sr. Eleuterio ha sido condenado a indemnizar a la hoy recurrente no solo en 35.777'21 euros sino, además, en 45.493'17 euros por los intereses de demora y 66.498'30 euros por la sanción, es decir, 147.768'58 euros.

3ª) Igualmente es un hecho que la sociedad hoy recurrente ha obtenido el beneficio fiscal del diferimiento en un 51% de la inversión, por lo que carece de fundamento alguno alegar que el asesoramiento del Sr. Eleuterio no ha servido para nada o que ha determinado una pérdida absoluta de oportunidad.

4ª) De la misma forma que la parte recurrente minimiza la importancia de ese beneficio realmente obtenido y la contribución que necesariamente tuvo para obtenerlo el asesoramiento del Sr. Eleuterio , también minimiza la importancia del principal razonamiento de la sentencia recurrida sobre el juicio de imputación, combatido en el recurso por infracción procesal pero no en este motivo, optando ahora la parte recurrente por invocar el criterio de la pérdida de oportunidad, so pretexto de que lo aplica la sentencia recurrida, cuando en verdad solamente lo hace como mero argumento de refuerzo al de la congruencia con la contestación a la demanda.

5ª) El juicio de imputación contenido en la sentencia recurrida, cuya síntesis es que la sociedad hoy recurrente no puede aprovecharse de un error de su asesor fiscal para obtener un beneficio fiscal que la ley no le reconoce porque *"ni siquiera ha intentado acreditar qué posibilidades reales tenía de haber conseguido el diferimiento por la parte no reinvertida en plazo"*, está aplicando correctamente las normas que se citan en el motivo porque deslinda la decisión de reinvertir en un determinado objeto, la finca o masía necesitada de obras de ampliación y mejoras, adoptada por la sociedad hoy recurrente y cuyas consecuencias tiene esta que asumir, del asesoramiento fiscal correspondiente a esa decisión, del que hace responsable al asesor de sus errores pero no de que las obras no se terminaran dentro del plazo necesario para poder acogerse en su totalidad al beneficio fiscal del diferimiento.

6ª) Ese juicio de imputación del tribunal sentenciador merece calificarse de ponderado y razonable en función de todas las circunstancias del caso, pues no debe olvidarse que la Inspección de Hacienda consideró suficiente un mero estudio técnico- económico para el arrendamiento como prueba de que la finca iba a dedicarse al objeto social de la sociedad demandante- recurrente, lo que refuerza la importancia del beneficio fiscal realmente obtenido si se considera que a la fecha de la inspección todavía no se había procedido al arrendamiento de la finca.

7ª) En definitiva, la tesis del motivo se funda en considerar la obligación del profesional, en este caso de un asesor fiscal, como una obligación de resultado en vez de una obligación de medios, y a su vez el resultado cuya obligación se impone al profesional se configura como un resultado óptimo, el mejor de todos

los posibles, al margen de la responsabilidad por tal decisión de reinvertir en un determinado objeto, que debe asumir quien adopta tal decisión.

SÉPTIMO .- El *motivo segundo último*, fundado en infracción de los arts. 1101 y 1106 CC en relación con los arts. 11 LIS y 2 del RD 1777/2004 que lo desarrolla, impugna la sentencia recurrida por no haber apreciado la responsabilidad del Sr. Eleuterio en la aplicación del límite de cincuenta años por la Inspección de Hacienda respecto de la reinversión aceptada por este, lo cual sería una consecuencia de la actuación negligente de aquel por haber indicado, al declarar la reinversión en el impuesto de sociedades, que la reinversión se efectuaría al 1% en clara contradicción con lo declarado en las cuentas anuales (amortización al 2%), por lo que el Sr. Eleuterio tendría que haber modificado, bien en las cuentas anuales, bien en la declaración de reinversión, el porcentaje a los efectos de que fuera homogéneo, bien a cincuenta años, bien a cien.

Así planteado, este motivo ha de ser asimismo desestimado por responder de nuevo a la idea de beneficio óptimo, a partir de una decisión de la actora-recurrente, en cuanto a los plazos de diferimiento, que la Inspección de Hacienda consideró de 50 años para los elementos amortizables al recogerse así en la contabilidad de la sociedad, sin que esto suponga necesariamente un perjuicio sino una adecuación por la Inspección de Hacienda del beneficio fiscal realmente procedente a la contabilidad general de la sociedad, a lo que se une que la parte recurrente, ni en el desarrollo del motivo ni en las peticiones del escrito de interposición de los recursos, precisa la cuantía de la indemnización que procedería por la pérdida del beneficio del plazo respecto de la cantidad finalmente aceptada por la Inspección como reinvertida, ni la distingue de la que a su juicio procedería por la cantidad que no se tuvo por reinvertida.

OCTAVO .- Conforme a los arts. 476.3 , 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC , procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente, que conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ perderá los depósitos constituidos.

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

FALLAMOS

1 º.- DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la compañía mercantil demandante BERMONSI S.L contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2010 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 441/08 .

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá los depósitos constituidos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.