

Roj: **STS 4443/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:4443**Id Cendoj: **28079110012009100494**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/06/2009**Nº de Recurso: **2704/2004**Nº de Resolución: **351/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil nueve

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los presentes Recursos de Casación interpuestos por el Procurador D. Francisco de las Alas Pumariño y Miranda, en representación de D. Teofilo y por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en representación de D. Juan Francisco , contra la Sentencia dictada en 21 de mayo de 2004 por la Sección 21-Ter de la Audiencia Provincial de Madrid en el Rollo de Apelación nº 60/2004, dimanante de los Autos de Juicio de Menor Cuantía nº 863/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 63 de Madrid. Han sido parte recurrida D^a Herminia , representada por la Procuradora D^a María José Millán Valero, así como D. Leopoldo y otros, incomparecidos ante esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 63 conoció del Juicio de Menor Cuantía nº 863/97, promovido a instancia de D^a Herminia contra D. Leopoldo y otros, que fueron declarados en rebeldía, y contra D. Juan Francisco y D. Teofilo , quienes comparecieron y se opusieron a la demanda.

SEGUNDO.- La actora postulaba sentencia por la que se condenara solidariamente a los demandados a abonar la cantidad de 44.432.545 pesetas más los intereses legales de dicha cantidad desde el 2 de septiembre de 1996; subsidiariamente, se pedía que se declare disuelta la compañía mercantil U.G.F., S.A., dejándose para ejecución de sentencia la aplicación de los efectos y consecuencias de tal declaración, a tenor de los artículos 263 y sigs. LSA , y se condene a los demandados solidariamente entre sí al pago de la cantidad indicado, con los intereses señalados.

TERCERO.- Por Sentencia dictada en 31 de mayo de 2001, el Juzgado estimó la demanda y condenó a D. Leopoldo , D. Tomás , D. Federico , D. Leonardo , D. Santos , D^a Estrella , D. Bruno , D. Juan Francisco y D. Teofilo a que abonen a la actora la cantidad de 44.432.545 pesetas más los intereses legales de esta cantidad desde el 2 de septiembre de 1996, fecha del Auto del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián nº 4, hasta su completo pago. Con imposición de costas. Por otra parte, desestimó la reconvencción formulada por D. Teofilo , absolviendo a la actora y demandada reconvenccional de todas las peticiones formuladas, con imposición de costas al demandante reconvenccional.

CUARTO.- La Sentencia fue apelada por los demandados D. Teofilo y D. Juan Francisco . Conoció de la alzada la Sección 21-Ter de la Audiencia Provincial de Madrid, Rollo nº 60/2004. Esta Sala dictó sentencia en 21 de mayo de 2004 : desestimó los recursos de apelación interpuestos, confirmó la sentencia apelada e impuso a los apelantes las costas de la alzada.

QUINTO.- Contra la indicada sentencia han interpuesto Recurso de Casación los que fueron apelantes. D. Teofilo denunciaba la infracción del artículo 7 del Código civil, en sus apartados 1 y 2, y asimismo la infracción de los artículos 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 247, apartados 1,2 y 3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil . En el Recurso de Casación interpuesto por D. Juan Francisco se denunciaba



la infracción de los artículos 1968.2º y 1969 del Código civil (Motivo 1º) y la del artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (Motivo 2º). Por Auto de 18 de septiembre de 2007 esta Sala acordó : (a) Inadmitir el Recurso presentado por XD. D. Teofilo en cuanto a las infracciones denunciadas de los artículos 11.2 LOPJ y 247 LEC; (b) Admitirlo en cuanto a la infracción denunciada del artículo 7, apartados 1 y 2, del Código civil ; (c) Admitir el Recurso de Casación presentado por D. Juan Francisco .

SEXTO.- Oportunamente la parte recurrida ha presentado escrito de impugnación de los recursos.

SEPTIMO.- Para votación y fallo se señaló el día 30 de abril de 2009, fecha en la que efectivamente tuvo lugar, continuándose en días sucesivos.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Herminia presentó **demanda** contra D. Leopoldo y otros en reclamación de la cantidad de 44.432.545 pesetas, más intereses legales desde el 2 de septiembre de 1996. Se solicitaba que los demandados fueran condenados solidariamente al pago como Administradores de la compañía mercantil UNION Y GESTION FINANCIERA, S.A. (UGF) por razón de que tenían el deber de disolver la sociedad, que se encontraba en causa de disolución al hallarse en estado de insolvencia, habiendo cesado en toda actividad y estando desaparecida de su domicilio social, en base a la responsabilidad prevista en el artículo 262.5 LSA . La demanda fue repartida al Juzgado e Primera Instancia nº 63 de los de Madrid, dando lugar al Juicio de Menor Cuantía 863/1997 .

La mayor parte de los demandados fueron declarados en rebeldía. Sólo dos de ellos, los Sres. Juan Francisco y Teofilo sostuvieron el litigio.

Los demandados opusieron las excepciones de **prescripción** , señalando que habían cesado en enero de 1994 y en febrero de 1995, respectivamente.

El Sr. Teofilo formuló **reconvención** , para que se declarara que la actora actuaba con **abuso del derecho** al pretender cobrar la cantidad que ahora reclama cuando ya había sido reclamada en un litigio anterior frente a los antiguos administradores de la sociedad, que entonces se denominaba CMO, S.A., SOCIEDAD DE VALORES y frente Sres. Emiliano , Jenaro y Roman , habiendo sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián nº 4, en Autos de Juicio de Menor Cuantía nº 439/97 .

En realidad, se trata del tercer litigio entablado por Dª Herminia en reclamación de la indicada cantidad :

(a) En los Autos 278/3 del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián nº 4, la Sra . Herminia demanda a la sociedad, entonces denominada CMO, S.A. SOCIEDAD DE VALORES, ejercitando las acciones derivadas de una comisión mercantil convenida entre las partes. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipúzkoa de 30 de junio de 1994 condenó, en definitiva, a la sociedad, y un posterior Auto del Juzgado nº 4 de San Sebastián fijó la cantidad a pagar.

(b) En los Autos 439/97 del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián nº 4 , la reclamación, por la indicada cifra, se dirige contra los que eran administradores de la sociedad entonces aún denominada CMO, ejercitando la acción de responsabilidad individual del artículo 81 LSA 1951 . La demanda fue estimada por el Juzgado. La Audiencia Provincial de Gipúzkoa, sin embargo, por sentencia de 8 de mayo de 1999 , la revocó, y, considerando que la acción había prescrito, absolvió a los demandados. Se recurrió en casación (RC 2909/1999), pero el Auto de esta Sala de 5 de febrero de 2002 inadmitió el recurso.

(c) Antes de que recayera Sentencia firme en este último procedimiento, la Sra. Herminia presenta demanda contra los administradores de la sociedad, ya llamada UGF, en base al artículo 262.5 LSA , sin indicar que está pendiente la otra reclamación, dando lugar al presente litigio (Menor cuantía 863/97 del Juzgado de Primera Instancia nº 63 de Madrid).

SEGUNDO.- La **Sentencia de primera instancia** , dictada en 31 de mayo de 2001 :

(a) Desestimó la excepción de prescripción, aplicando el plazo de 4 años del artículo 949 CCom..

(b) Fijó la naturaleza de la responsabilidad como "solidaria pasiva externa legal" y se extendió sobre su carácter cuasi-objetivo y su no subordinación a la concurrencia de nexo causal entre el comportamiento de los administradores y el daño cuya reparación se reclama.

(c) Analizó la prueba practicada y señaló que ha quedado acreditada la deuda, así como la imposibilidad de la actora para obtener el pago al haber desaparecido la sociedad de su domicilio social, como acredita la diligencia negativa de embargo, estimó también acreditada la condición de administradores de dicha sociedad



de los hoy demandados cuando ya la situación de la sociedad exigía la disolución. Más adelante estima la sentencia que la sociedad estaba en causa legal de disolución "por falta de actividad, por imposibilidad del objeto social y por reducción de su patrimonio social". Estima también la posible insolvencia, que dice deducir por presunciones de los hechos antes señalados.

(d) Consideró que la existencia de diversos litigios , al no existir identidad entre ellos, puesto que estima que son compatibles, por ser distintas las personas y las causas de pedir no quedan de ningún modo afectados por la cosa juzgada ni se produce incompatibilidad entre ellos. Por el tenor literal, la sentencia parece decir que los administradores demandados en el primer litigio y los demandados en el segundo son solidarios entre sí.

En consecuencia, estima la demanda, con costas. Y desestima la reconvenición.

La **Sentencia de apelación**, dictada en 21 de mayo de 2004 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª-Ter, Rollo 60/2004 :

(a) Denegó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la concurrencia de sentencias contradictorias en pleitos diferentes, alegada por los recurrentes, y consideró que no existía vínculo de solidaridad ere los administradores demandados en el primer litigio y los ahora demandados.

(b) Desestimó asimismo la excepción de prescripción, aplicando el artículo 949 CCom .

(c) Rechazó la alegación de haberse producido infracción del artículo 133.2º LSA , señalando que los administradores omitieron las más elementales obligaciones de proceder a una ordenada y adecuada liquidación.

(d) Consideró acreditada la deuda, y la condición de administradores de los demandados que cesaron cuando ya se había producido la causa de liquidación.

(e) En cuanto a la alegada convocatoria de la Junta General, la Sala estimó que no consta la celebración de la Junta ni la dimisión del recurrente después de convocada.

En consecuencia, desestimó el recurso, confirmó la Sentencia e impuso las costas.

TERCERO.- El recurso interpuesto por el Sr. Teofilo presenta un Único motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 7 del Código civil, en sus apartados 1 y 2 , y la de los artículos 11.2 LOPJ y 247, ap. 1,2 y 3 , de la LEC. El Auto de 18 de septiembre de 2007 , según antes se ha visto, dejó reducido el motivo al problema de infracción del artículo 7, apartados 1 y 2, del Código civil .

La razón de proponer que se estime el abuso de derecho estriba en la preexistencia del litigio antes mencionado contra los antiguos administradores de la sociedad. Cree el recurrente que la causa de pedir es la misma en ambos, que el litigio presente y el anterior tienen el mismo objeto, y que la actora, que cuando interpuso el presente pleito nada dijo de la existencia del anterior, que entonces estaba en curso con resolución de primera instancia favorable a la actora, trata de cobrar dos veces la deuda.

En el Recurso interpuesto por el Sr. Juan Francisco se presentan dos motivos:

En el primero, se denuncia la infracción de los artículos 1968-2º y 1969 del código civil , estimando que rigen la prescripción de la acción entablada.

En el segundo, se denuncia la infracción del artículo 133.2 LSA , pues el recurrente - dice - no era administrador y no se le puede aplicar la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA .

I. RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR LA REPRESENTACION DE D. Teofilo .-

CUARTO.- En el Recurso interpuesto por el Sr. Teofilo , reducido a la cuestión que suscita sobre la infracción del artículo 7, apartados 1 y 2, del Código civil , la razón de proponer que se estime el abuso de derecho se encuentra en la preexistencia del litigio antes mencionado contra los antiguos administradores de la sociedad. Cree el recurrente que la causa de pedir es la misma en ambos, que el litigio presente y el anterior tienen el mismo objeto, y que la actora, que cuando interpuso el presente pleito nada dijo de la existencia del anterior, que entonces estaba en curso con resolución de primera instancia favorable a la actora, trata de cobrar dos veces la deuda.

El recurrente omite que los dos litigios anteriores no dieron satisfacción a la actora, según ha quedado expuesto en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia. En el primero se condenó a la sociedad, determinándose el importe de la deuda en ejecución de sentencia, pero la sociedad había desaparecido del tráfico y se hallaba, por tanto, en situación de la que cabía deducir un estado de insolvencia total. En el segundo, se consideró prescrita la acción entablada contra los Administradores en base al artículo 81 del texto entonces vigente de la Ley de Sociedades Anónimas , que hoy sería la acción de responsabilidad llamada individual de los



artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). En el presente litigio, se ejercita la acción especial de responsabilidad de los artículos 260 y 262.5 LSA , en la versión que les dio el precitado Texto Refundido, antes de las reformas producidas por la Ley Concursal y por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre .

El motivo ha de ser desestimado.

Ante todo, el recurrente se enfrenta con la estimación de los hechos realizada por la Sala de Instancia, según es de ver en el Fundamento Jurídico Segundo, apartados c), d) y e) de esta misma sentencia, en los que se expone que la Sentencia de apelación apreció que los administradores omitieron las más elementales obligaciones de proceder a una ordenada y adecuada liquidación, en tanto que consideró acreditada la deuda, y la condición de administradores de los demandados que cesaron cuando ya se había producido la causa de liquidación y en cuanto a la alegada convocatoria de la Junta General, la Sala estimó que no consta la celebración de la Junta ni la dimisión del recurrente después de convocada. En la posición del recurrente subyace un intento de revisión de la prueba que no se ajusta a las posibilidades de modificación, pues no se suscita un error de Derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del precepto valorativo que pudiera haber sido infringido, seguido del razonamiento adecuado para demostrar que, de haber sido aplicado correctamente, cabría sentar la base fáctica precisa para obtener el efecto jurídico pretendido (SSTS 11 de abril de 2000, 16 de marzo y 20 de junio de 2001, 10 de febrero, 29 de abril, 9 y 23 de mayo de 2005 , etc.) o bien la doctrina constitucional sobre el error patente, que está lejos de poder ser aplicada en este caso.

Esta Sala ha distinguido entre las acciones de responsabilidad individual de los Administradores, basadas en los artículos 133 y 135 LSA , y las que se dirigen a establecer la responsabilidad especial que impone a los administradores el artículo 262.5 de la propia LSA por no promover la liquidación (o, en los términos de la actual redacción, el concurso) de la sociedad. Son acciones se tienen por distintas, aunque puedan ser acumuladas (SSTS 17 de octubre y 30 de noviembre de 2005, 9 y 22 de marzo y 23 de junio de 2006, 14 de marzo de 2007, 15 y 25 de marzo de 2009 , etc.) ya que, en régimen de concurso ideal, cuando la insolvencia de la sociedad provocada por la negligencia de los administradores causa una lesión directa a los acreedores se puede dar paso a la responsabilidad individual, que comprende la acción y la omisión (SSTS 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004, 14 de marzo de 2007 , etc.). No se puede aceptar, pues, que la ahora recurrida haya ejercitada la misma acción en este litigio que en el pleito anterior, como se expone el Fundamento Jurídico de esta Sentencia.

El objeto de cada uno de los pleitos es, por otra parte, distinto, aunque en definitiva se traduzca en una doble posibilidad de obtener reparación del daño sufrido por el impago del crédito por parte de la sociedad deudora, pues lo que aquí se ha planteado, y no se había suscitado en los juicios anteriores, es si los administradores de la sociedad son responsables por incumplimiento de los deberes que imponen los preceptos contenidos en los artículos 262.1 y 2 de la LSA , con las consecuencias que señalaba, en el texto vigente cuando se produjeron los eventos de que se trata, el artículo 262.5 de la propia LSA .

El motivo, pues, cae por su base.

No puede aceptarse, finalmente, que la actuación de la ahora recurrida, en el ejercicio legítimo de su derecho, aun cuando es cierto que presenta la demanda que da lugar a este litigio antes de que haya recaído sentencia firme en el anterior, pero cuando su pretensión había sido ya desestimada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sea contraria a la buena fe, sino que se trata de un comportamiento justo, leal, honrado y lógico (SSTS 2 de octubre de 2000, 22 de febrero de 2001 , etc) en todo caso orientado por los valores de lealtad y probidad (SSTS 20 de junio de 2006, 3 de enero de 2007 , etc) toda vez que tiene a su disposición la posibilidad de reclamación de la cantidad adeudada en base a la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA . Otra consideración podría merecer, que hubiera recaído condena de los demandados en el litigio anterior, y aún entonces se habría de determinar si eran los mismos demandados y si se intentaba ejecutar ambas condenas. Pero tal y como se han producido los acontecimientos, el ejercicio del derecho en el caso no sobrepasa los límites del derecho que se ejercita ni incide en una desviación del poder (SSTS 14 de mayo de 2002, 28 de enero de 2005, 21 de septiembre de 2007 , etc).

II.- RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACION DE D. Juan Francisco .-

QUINTO.- En el primero de los motivos, se denuncia la infracción de los artículos 1968.2º y 1969 del Código civil , pues el recurrente entiende que la prescripción de la acción de reclamación frente a los administradores se rige por estos preceptos.

El motivo se desestima, pues es doctrina consolidada de esta Sala que la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades se rige por el artículo 949 del Código de comercio, regla especial que ha de ser aplicada con preferencia a las reglas generales, entre las cuales las



que cita el recurrente, y que el plazo de cuatro años se ha de computar, como señala el indicado precepto del Código de Comercio, desde el momento en que, por cualquier motivo, se cese en la administración (SSTS 26 de octubre de 2007, que recoge muchas otras anteriores, como las de 26 de mayo de 2004, 22 de marzo, 13 y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 y 9 de marzo, 23 y 26 de junio, 9 y 27 de octubre y 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero, 8 y 14 de marzo de 2007, doctrina que también se recoge en la STS de 1 de abril de 2009, etc.) El recurrente sostuvo la condición de administrador hasta enero de 1994, inscribiéndose su cese en el Registro Mercantil en julio de 1994 (Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida), y la demanda se presentó en 1997.

SEXTO.- En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 133.2 LSA. El recurrente se refiere al texto anterior a la Reforma operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, que ahora vendría a ser el artículo 133.3 LSA, para sostener que la "sanción" del artículo 262.5 LSA no se puede aplicar "a quienes no sean efectivamente administradores en el momento de cometerse la infracción". Según el recurso, los daños causados a la actora se produjeron en 1989, momento en que se produjo la condena de la sociedad.

El motivo se desestima.

La Sala de instancia (FJ 3º) tiene por acreditado, al valorar la prueba practicada, la existencia de la deuda, que nunca fue abonada, la condición de administradores de los ahora recurrentes y la falta de adopción de las medidas que impone el artículo 262.1 y 2 LSA. El recurrente, según ello, era administrador cuando se dio en la sociedad la circunstancia que determinaba la obligación de adoptar las medidas que señala el artículo 262.1 y 2 LSA y de ninguna manera ha probado que las impulsara o que se comportara de modo dirigido a evitar el daño, además de que en base al precepto del artículo 262 LSA no cabe valorar la mera diligencia a efectos de exonerar de la responsabilidad que impone, ya que numerosas Sentencias (3 de abril de 1998, 2º de abril y 22 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril y 14 de noviembre de 2002, 28 de abril de 2000 RC 4187/2000, etc.) señalan que la responsabilidad está basada en el hecho objetivo que consiste en la omisión de la promoción de la liquidación (o, ahora, del concurso) sin atender a la calificación de la conducta del administrador como culposa (lo que se requiere en la acción de responsabilidad individual de los artículos 133 y 135 LSA), si bien, como señalaba la Sentencia de 28 de abril de 2006 RC 3287/1999, sin apartarse totalmente de la lógica de la responsabilidad extracontractual, aunque en este régimen especial se relaciona de una manera laxa la existencia de un daño con el comportamiento omisivo de los administradores, esto es, con necesidad de aplicar las técnicas de imputación objetiva y subjetiva, que en este último caso requiere la demostración de una acción significativa para evitar el daño, que en el caso está lejos de haberse producido.

SEPTIMO.- La desestimación de los motivos conduce a la de los propios Recursos, en los términos prevenidos en el artículo 487.1 LEC, toda vez que se trata de recursos que han tenido acceso por el artículo 477.2.2º LEC, con las consecuencias respecto de las costas que se deducen de los artículos 398.1 y 394.1 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Francisco de las Alas Pumariño y Miranda, en representación de D. Teofilo y por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en representación de D. Juan Francisco, contra la Sentencia dictada en 21 de mayo de 2004 por la Sección 21-Ter de la Audiencia Provincial de Madrid en el Rollo de Apelación nº 60/2004, dimanante de los Autos de Juicio de Menor Cuantía nº 863/1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 63 de Madrid, por la confirmamos la sentencia recurrida e imponemos a cada uno de los recurrentes las costas de su respectivo recurso.

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.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Vicente Luis Montes Penades.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montes Penades, 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.