

Roj: **STS 468/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:468**Id Cendoj: **28079110012010100059**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/02/2010**Nº de Recurso: **279/2006**Nº de Resolución: **14/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Móstoles; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador D<sup>a</sup>. María José Bueno Ramírez; y como parte recurrida, D. Baltasar y D. Fulgencio , representados por el Procurador D. José Antonio Beneit Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** 1.- El Procurador D<sup>a</sup>. Leonor Guillén Casado, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso demanda de Juicio Ordinario en reclamación de cantidad, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Móstoles, siendo parte demandada D. Baltasar y D. Fulgencio ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que: 1º) Se declare que DON Baltasar y DON Fulgencio han incumplido como **administradores** de la compañía mercantil Embutidos Simón, S.L. las obligaciones legales inherentes a su cargo. 2º) Se declare la responsabilidad solidaria de los codemandados en las deudas de la compañía Embutidos Simón S.L. al haber incumplido su obligación de disolver la sociedad al amparo de lo dispuesto en los arts. 104 e) en relación al 105.5º de la LSRL y, en su virtud, condene solidariamente a los demandados DON Baltasar y DON Fulgencio a abonar a mi mandante las siguientes cantidades: 2.1.- La suma de 388.657,71 € (TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y UN CENTIMOS) correspondiente al saldo adeudado. 2.2.- Las costas que se devenguen en el presente procedimiento de juicio ordinario."

2.- La Procurador D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Pilar Poveda Guerra, en nombre y representación de D. Baltasar y D. Fulgencio , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "absolviendo a mi parte de los pedimentos de la actora, con expresa condena en costas a la contraparte y los demás procedente en derecho."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Tres de Móstoles, dictó Sentencia con fecha 14 de diciembre de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando, íntegramente, la demanda formulada por la Procuradora Doña Leonor María Guillen Casado, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra DON Baltasar Y DON Fulgencio , debo declarar y declaro que los demandados han incumplido como **administradores** de la entidad mercantil Embutidos Simón, S.L., las obligaciones inherentes a su cargo por lo que debo condenar y condeno a los demandados a que, solidariamente, abonen a la actora la cantidad de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y UN CENTIMOS (388.657,71 euros) e imponiendo a los condenados las costas procesales causadas."



4.- Instada la Aclaración de la anterior resolución, se dictó Auto de fecha 19 de enero de 2.005 , cuya parte dispositiva es como sigue: "DECIDO: Aclarar la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2.004 en el sentido de que en el fundamento de derecho tercero se debe entender que las costas se aplican de conformidad con lo establecido en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que la ser estimada íntegramente la demanda se imponen a los demandados."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Baltasar y D. Fulgencio , la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, dictó Sentencia con fecha 10 de octubre de 2.005 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: ESTIMANDO el recurso de apelación planteado por D. Baltasar y D. Fulgencio , representados por el Sr. Procurador D. José Antonio Beneit Martínez, contra sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Móstoles , en autos de Juicio Ordinario nº 420-04, promovidos a instancia de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la Sra. Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS, la referida resolución, que queda sin efecto, y en su lugar, DESESTIMANDO, la demanda planteada por Banco Bilbao Vizcaya, S.A., DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los codemandados D. Baltasar , y D. Fulgencio , de todas las pretensiones contra los mismos deducidas en el escrito de demanda. Procede imponer las costas procesales, causadas en primera instancia a la parte actora, sin que proceda especial pronunciamiento sobre las generadas en esta alzada."

**TERCERO.-** El Procurador D<sup>a</sup>. María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 10 de octubre de 2.005 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO: UNICO.-** Al amparo del art. 479.3 de la LEC , se alega infracción de los arts. 104 e) en relación al artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1.995 y doctrina jurisprudencial interpretadora de los mismos.

**CUARTO.-** Mediante Providencia de fecha 30 de enero de 2.006, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrida, la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador D<sup>a</sup>. María José Bueno Ramírez; y como parte recurrida, D. Baltasar y D. Fulgencio , representados por el Procurador D. José Antonio Beneit Martínez.

**SEXTO.-** Por esta Sala se dictó Auto de fecha 8 de julio de 2.008 , cuya parte dispositiva es como sigue: "1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A, contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de octubre de 2005, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), en el rollo de apelación nº 273/2005, dimanante de los autos de juicio de ordinario nº 420/2004 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Móstoles."

**SEPTIMO.-** El Procurador D. José Antonio Beneit Martínez, en nombre de D. Baltasar y D. Fulgencio , presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

**OCTAVO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de enero de 2.010, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus Corbal Fernandez,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del proceso versa sobre la exigencia de responsabilidad de unos **administradores** sociales por deuda de la entidad con base en no haber convocado Junta para disolver la sociedad de responsabilidad limitada cuando el patrimonio contable social se había reducido a menos de la mitad del capital social, todo ello de conformidad con los arts. 104.1,e) y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1.995, de 23 de marzo .

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Móstoles el 14 de diciembre de 2.004, en los autos de juicio ordinario número 420 de 2.004, estimó la demanda formulada por el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra Dn. Baltasar y Dn. Fulgencio , y, después de declarar que los demandados han incumplido como **administradores** de la entidad mercantil Embutidos Simón, S.L. las obligaciones inherentes a su cargo, les condena a que, solidariamente, abonen a la actora la cantidad de trescientos ochenta y ocho mil, seiscientos cincuenta y siete euros con setenta y un céntimos -388.657,71 euros-, y al pago de las costas procesales causadas.

La Sentencia dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 10 de octubre de 2.005, en el Rollo número 273 de 2.005, estima el recurso de apelación de los demandados, revoca la resolución de



primera instancia, y desestima la demanda, absolviendo a los codemandados. Además, impone las costas de la primera instancia a la parte actora y no hace especial pronunciamiento respecto de las de la alzada.

Por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. se interpuso *recurso de casación* articulado en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 104,e) y 105 LSRL, que fue admitido por Auto de esta Sala de 8 de julio de 2.008.

**SEGUNDO.-** En el único motivo del recurso de casación, en el que se denuncia la infracción del art. 104.1 ,e) en relación con el art. 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la redacción vigente al tiempo de los hechos (año 2.000), se formulan diversas alegaciones en orden a desvirtuar los argumentos de la resolución recurrida.

El motivo debe ser estimado porque, resultando incuestionable que al menos desde finales del año 1.999 la entidad mercantil Embutidos Simón, S.L. se hallaba incurso en la causa de disolución prevista en el art. 104.1,e) de la LSRL 2/1.995, de 23 de marzo, con arreglo al que "se disolverá [la sociedad] por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente", sin embargo "los **administradores** no convocaron la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución" (art. 105.1 LSRL), por lo que resulta aplicable la norma del art. 105.5 LSRL que dispone que "el incumplimiento de la obligación de convocar Junta General [o de solicitar la disolución judicial, en su caso] determinará la responsabilidad solidaria de los **administradores** por todas las deudas sociales", sin que concurra circunstancia con entidad jurídica bastante para justificar la omisión.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia había argumentado ampliamente acerca de los hechos y derecho aplicable. La Sentencia de la Audiencia se limita a "no aceptar los fundamentos de derecho de la resolución objeto del recurso" (fto. primero), recoger las alegaciones de la parte apelante (fto. segundo); y a reproducir algunas de dichas alegaciones como argumentos para estimar el recurso de apelación (fto. tercero). Sin embargo, ninguna de las razones acogidas por la Sentencia recurrida tiene entidad para excluir la responsabilidad de los **administradores**.

Se sostiene, en primer lugar, que por los **administradores** se acordaron diversas medidas orientadas a reflotar la situación económica de la sociedad, acometiéndose distintas actuaciones a tal fin, que no dieron resultado.

Es cierto que la doctrina de esta Sala viene admitiendo la posibilidad de excluir la responsabilidad de los **administradores** en supuesto de desequilibrio patrimonial cuando por los mismos se adoptaron medidas para restablecer el equilibrio entre el patrimonio contable y el capital social o reflotar la empresa, sin que el simple hecho de resultar las mismas infructuosas sea razón suficiente para declarar la responsabilidad de los arts. 105.5 LSRL y 262.5 LSA (entre otras, SS. 20 de julio de 2.001 y 4 de febrero de 2.009). Pero en el caso de resultado negativo la jurisprudencia ha venido exigiendo para poder exonerar la demostración de una acción significativa para evitar el daño (SS. 28 de abril de 2.006, 20 de noviembre de 2.008, 1 de junio de 2.009, entre otras).

En el caso sucede que se habla de "haberse adoptado medidas y acometido actuaciones para reflotar la situación económica de la empresa", pero no se especifican cuales, ni se razona su idoneidad; ni existe un informe pericial que las reputa lógicas o razonables. La alusión de la parte recurrida a un intento de regularizar la situación financiera mediante alianzas con otras entidades destacadas del sector no pasa de ser una mera excusa que no se compadece con la grave crisis financiera de la entidad Embutidos Simón S.L., ni justifica que no se adopte ninguna medida efectiva hasta más de un año y medio después en que se acuerda solicitar la declaración de quiebra.

Se arguye, en segundo lugar, que no hubo negligencia de los **administradores** en el cumplimiento de sus obligaciones que justificaría su condena al pago de las deudas sociales.

El argumento de la resolución recurrida desconoce la doctrina jurisprudencial reiterada de que no se requiere la concurrencia del reproche culpabilístico (SS., entre otras, 28 de abril y 26 de mayo de 2.006, 20 de noviembre de 2.008, 1 de junio de 2.009), lo que debe entenderse sin perjuicio de que determinadas conductas en determinadas circunstancias, como se expuso, pueden dar lugar a una exoneración de responsabilidad, paliando los efectos de lo que se ha llegado a calificar como modalidad de responsabilidad objetiva o "quasi objetiva".

Se menciona también por la resolución recurrida como causa para desestimar la pretensión actora que en la Junta de la Sociedad celebrada en marzo de 2.001 se acordó solicitar la declaración de quiebra voluntaria, la que fue admitida a trámite por Auto de 26 de marzo, y se añade que el día 27 de marzo el Banco actor cerró las cuentas [cancelación anticipada de las pólizas] si bien no se certificó el saldo deudor hasta el día 7 de mayo de 2.001.



La presentación de la solicitud de quiebra voluntaria, al tiempo de los hechos, no era por sí sola suficiente para excluir la responsabilidad de los **administradores** (S. 29 de mayo de 2.009), y aún cuando pudiera haberse hecho ciertas matizaciones, éstas resultan estériles ante dos hechos relevantes: la gravedad de la situación financiera y la tardanza de más de año y medio en solicitar la declaración de quiebra, sin que excuse la alegación de haberse intentado medidas de reflote, pues las indicadas al respecto no revestían visos de éxito para lograr el reequilibrio patrimonial. Y por otro lado nada obsta a que por el Banco actor se cancelaran las pólizas al producirse la declaración de quiebra, pues los créditos existían y nada consta que impidiera el legítimo ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado.

Finalmente, sostiene la sentencia recurrida, recogiendo una alegación de la parte apelante, que "en el caso de prosperar la reclamación efectuada por la parte actora, efectivamente podría generarse una vulneración del principio «par conditio creditorum», en tanto acreedores también reconocidos, como la actora, podrían ver frustrada su posibilidad de cobro".

La verdad es que el argumento no resulta comprensible, pues no se advierte como el cobro de un crédito con cargo al patrimonio de unos **administradores** puede afectar, y menos perjudicar, el derecho de los acreedores sobre el patrimonio social.

Por todo ello se admite el motivo, ya que el cómputo de los dos meses para la convocatoria de la Junta de la sociedad tiene lugar desde que los **administradores** tuvieron o debieron tener conocimiento de la situación de desequilibrio (en menos de la mitad) entre el patrimonio contable y el capital social (SS., entre otras, 30 de octubre de 2.000, 16 de diciembre de 2.004, 9 de marzo de 2.006 y 17 de octubre de 2.008), estableciendo la normativa legal examinada una responsabilidad formal de carácter solidario a fin de garantizar la seguridad del mercado y los intereses de los accionistas y de los terceros acreedores (SS. 14 de mayo de 2.007 y 6 de noviembre de 2.008).

**TERCERO.-** La admisión del único del recurso conlleva:

a) Casar la sentencia recurrida;

b) Asumir la instancia, en cuyo trance procede desestimar el recurso de apelación entablado por la representación procesal de los demandados Dn. Baltasar y Dn. Fulgencio, confirmando la resolución del Juzgado de 1ª Instancia, que se acepta íntegramente (salvo en relación con las costas), sin que proceda acoger la excepción de litispendencia invocada en el escrito de contestación a la demanda por no existir entre los procedimientos de quiebra voluntaria de la sociedad mercantil deudora y de responsabilidad de los **administradores** sociales relación de prejudicialidad ni eventualidad de fallos contradictorios, como ya señaló la Sentencia de 29 de mayo de 2.009; y,

c) No hacer especial imposición de costas respecto de las causadas en las instancias por existir dudas razonables que justifican la aplicación de la exclusión del art. 394.1 LEC, al que se remite el art. 398.1 de la misma Ley; y respecto de las de este recurso, de conformidad con el art. 398.2 LEC.

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

## FALLAMOS

Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil BANCO DE BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 10 de octubre de 2.005, en el Rollo número 273 de 2.005, la cual casamos y anulamos, y confirmamos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Móstoles el 14 de diciembre de 2.004, en los autos de juicio ordinario número 420 de 2.004, salvo en lo relativo a las costas causadas en la primera instancia, en las que no hacemos especial imposición, como tampoco se hace especial condena respecto de las de la segunda instancia, ni de las del recurso de casación. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, 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.