

Roj: **STS 121/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:121**Id Cendoj: **28079110012017100029**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/01/2017**Nº de Recurso: **1422/2014**Nº de Resolución: **27/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por Ezequias , Lorenzo , Custodia , Tomás y Abel , representados por el procurador Argimiro Vázquez Guillén. Es parte recurrida la entidad Suministros Plásticos Europeos S.A., representada por la procuradora Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Miquel Puig-Serra Santacana, en nombre y representación de la entidad Suministros Plásticos Europeos, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, contra la entidad Polextrupac S.A.L., Ezequias , Lorenzo , Custodia , Tomás y Abel , para que se dictase sentencia:

«por la que estimando la demanda en su totalidad, se condene, "solidariamente" a los demandados, a pagar a mi principal la suma, objeto de reclamación, más los intereses moratorios ya fijados y más todos aquellos que se devenguen hasta el efectivo pago y todo ello con expresa condena en costas».

2. La procuradora Francisca José Ruiz Fernández, en representación Ezequias , Lorenzo , Custodia , Tomás y Abel , contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestimando íntegramente los pedimentos de la actora, absolviendo a mis representados y con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. La entidad Polextrupac S.A.L., no contestó a la demanda en el plazo legal y fue declarada en rebeldía.

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Se desestima la demanda presentada por Suministros Plásticos Europeos S.A. contra Polextrupac S.A.L., Ezequias , Lorenzo , Custodia , Tomás y Abel , absolviendo a los demandados de los pedimentos de la actora, sin que haya lugar a efectuar especial condena al pago de las costas procesales causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Suministros Plásticos Europeos S.A.



2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia 4 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Suministros Plásticos Europeos, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil número Seis (sic) de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y dictamos otra por la que estimamos íntegramente la demanda formulada por Suministros Plásticos Europeos S.A. contra Ezequias y Custodia , Lorenzo , Tomás , Abel y Polextrupac SAL y condenamos a los demandados a que abonen solidariamente a la parte actora 111.302,85 euros, más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial, así como al pago de las costas de la primera instancia y todo ello sin imponer a parte alguna las devengadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido para recurrir».

### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Francisca José Ruiz Fernández, en representación de Ezequias , Lorenzo , Custodia , Tomás y Abel , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.<sup>a</sup>.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de la jurisprudencia sobre el art. 262.5 TRLSA , contenida en las Sentencias de 28 de abril de 2006 , 20 de noviembre de 2008 y 12 de febrero de 2010 ».

2. Por diligencia de ordenación de 16 de mayo de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.<sup>a</sup>, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Ezequias , Lorenzo , Custodia , Tomás y Abel , representados por el procurador Argimiro Vázquez Guillén; y como parte recurrida la entidad Suministros Plásticos Europeos S.A., representada por la procuradora Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld.

4. Esta sala dictó auto de fecha 22 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por Doña Custodia , Don Lorenzo , Don Abel , Don Tomás y Don Ezequias contra la sentencia dictada con fecha de 4 de abril de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº 306/2013 , dimanante del juicio ordinario nº 932/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Suministros Plásticos Europeos, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

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

Entre el 6 de octubre de 2009 y el 17 de diciembre de 2009, en el ejercicio de su actividad empresarial, la sociedad Polextrupac, S.A.L. contrajo con Suministros Plásticos Europeos, S.A. una deuda que ascendía inicialmente a 99.348,20 euros. Por gastos generados por el impago de esta deuda e intereses, al tiempo de la presentación de la demanda, la obligación ascendía a 111.302,85 euros.

En aquel momento formaban parte del consejo de administración de Polextrupac, S.A.L.: Custodia , Ezequias , Lorenzo , Tomás y Abel .

El ejercicio correspondiente al año 2008 de Polextrupac, S.A.L. se cerró con pérdidas, pero el patrimonio neto contable todavía era superior a la mitad de la cifra de capital social.

Polextrupac, S.A.L. no tiene depositadas en el Registro Mercantil las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

Polextrupac, S.A.L., en enero de 2009, presentó una primera propuesta de expediente de regulación de empleo, para reducir el trabajo de sus empleados a 180 días por año. Posteriormente fue presentada otra propuesta de ERE, que afectaba a todos los trabajadores de extinción de sus relaciones laborales, y que fue aprobado por la autoridad administrativa el 4 de mayo de 2010.



El 18 de marzo de 2010 hubo una cesión global de activos y pasivos a favor de Molival, S.A. En la escritura correspondiente aparece que en marzo de 2010 Polextrupac, S.A.L. tenía unas obligaciones sociales de tres millones de euros. Este pasivo no consta que fuera generado en los últimos meses.

2. Suministros Plásticos Europeos, S.A. formuló una demanda de responsabilidad contra los administradores de Polextrupac, S.A.L., en la que ejercitaba tanto la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) como la acción de responsabilidad basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución (art. 367 LSC).

3. Respecto de la acción ex art. 367 LSC, el juzgado entiende que no hay prueba de que Polextrupac, S.A.L., a primeros de octubre de 2009 estuviera incurso en una causa de disolución que obligara a los administradores a promover tal disolución.

Y la acción individual se desestima porque, a juicio de la sentencia de primera instancia, «la prueba practicada no permite concluir que ninguna de las acciones llevadas a cabo por el órgano de administración redundara, a la postre, en el incumplimiento de la obligación de pago debido, toda vez que ni la falta de llevanza en forma de la contabilidad es causa eficiente del impago de la deuda, ni la pretendida imposibilidad de alcanzar el fin social que la actora equipara a las dificultades de tesorería que atravesó la mercantil demandada en 2009 y 2010 constituye el motivo por el que no se pagó la deuda, máxime cuando consta acreditado que los administradores agotaron la diligencia debida adoptando medidas de diversa índole para evitar la incursión en causa de disolución».

4. La sentencia fue recurrida en apelación por la demandante. La Audiencia estima el recurso de apelación, al entender que concurrían los requisitos de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC. La sentencia de apelación entiende acreditado que a primeros de octubre ya concurría la causa de disolución por pérdidas que dejaban reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social. En consecuencia, el incumplimiento del deber de promover la disolución provoca la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución, en este caso las obligaciones cuyo pago reclamaba la demandante.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por los demandados, sobre la base de un único motivo.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo* . El motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia sobre el art. 262.5 TRLSA , precedente del actual 367 LSC, contenida en las Sentencias de 28 de abril de 2006 , 20 de noviembre de 2008 y 12 de febrero de 2010 .

El recurso entiende que, conforme a esta jurisprudencia, «aunque la sociedad presentase una situación "deficitaria", si se demuestra que los administradores no permanecieron impasibles, sino que, en vista de tal situación, optaron por reflotar o mejorar la situación económica de la entidad, adoptando a tal fin una serie de medidas lógicas y razonables (aumento de capital social, contención del gasto, venta de inmovilizado financiero...), podrían quedar exonerados de dicha responsabilidad». Los recurrentes razonan que el hecho de pedir los expedientes de regulación de empleo y la venta de activos y pasivos demuestra la actuación de los administradores de tratar de paliar la situación económica negativa de la sociedad.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . Hemos de partir de los hechos acreditados en la instancia, según los cuales Polextrupac, S.A.L. se encontraba en una situación de pérdidas que habían reducido su patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social a primeros de octubre de 2009, antes de que nacieran las obligaciones sociales cuyo pago la demandante reclama a los administraciones de Polextrupac, S.A.L.

Concurriendo esta causa legal de disolución, los concretos deberes que los arts. 365 y 366 LSC imponían a los administradores eran: i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta; y iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

En la instancia ha quedado acreditado que no se cumplió con estos deberes legales. La consecuencia legal prevista en el art. 367 LSC para el incumplimiento de estos deberes legales, es que los administradores «responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución». Como ya hemos adelantado, también ha quedado probado que en este caso las obligaciones sociales reclamadas son posteriores a la aparición de la causa de disolución.



En realidad, lo que cuestiona el recurso es si cabe amortiguar el rigor de esta responsabilidad cuando consta que los administradores no promovieron la disolución pero llevaron a cabo actuaciones tendentes a paliar la crisis económica de la compañía.

Propiamente, la ley no establece la ausencia de esta actuación como un requisito negativo para que proceda la responsabilidad del art. 367 LSC. Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya tenido en cuenta, en algún caso, la existencia de alguna causa que justificaba el incumplimiento de los deberes de promover la disolución. Esta jurisprudencia que aflora con la sentencia de Pleno de 28 de abril de 2006, trataba de mitigar el rigor de la norma en su redacción anterior a la Ley 19/2005 (en que se respondía solidariamente de todas las deudas sociales anteriores y posteriores), en algunos casos en que concurrían circunstancias que justificaban que no se imputara esa responsabilidad a los administradores cuando habían desarrollado una actuación significativa para evitar el daño. Esta doctrina fue reiterada en las sentencias posteriores de 20 de noviembre de 2008, 1 de junio de 2009 y 12 de febrero de 2010.

No apreciamos que, en este caso, el expediente de regulación de empleo, que acabó con la extinción de todas las relaciones laborales, y la posterior venta de activos y pasivos de la compañía, justificaran la omisión del deber de instar la disolución de la sociedad. Estas medidas no sólo eran compatibles con la disolución de la compañía, sino que además conducían a ella. El segundo ERE de extinción de relaciones laborales y la venta de activos y pasivos suponían de facto el cese por parte de la sociedad de su actividad empresarial, lo que ahondaba más en la necesidad de su disolución.

En realidad, y máxime con la regulación actual del art. 367 LSC, que reduce la responsabilidad respecto de las deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución, son muy excepcionales las causas que pudieran justificar el incumplimiento del deber legal de promover la disolución. Debe ser algo que ponga en evidencia que, en esas condiciones, a los administradores dejaba de serles exigible el deber de instar la disolución.

#### **TERCERO.** Costas

Desestimado el recurso de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas con su recurso ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso de casación formulado por Custodia, Ezequias, Lorenzo, Tomás y Abel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 4 de abril de 2014 (rollo núm. 306/2013), que conoció de la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de 25 de junio de 2012 (juicio ordinario 932/2010). **2.º-** Imponer las costas de la casación a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.