



Roj: **STS 711/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:711**

Id Cendoj: **28079110012017100126**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **2604/2014**

Nº de Resolución: **129/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 824/2012 por la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 60272010, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Eduardo Briones Méndez en nombre y representación de don Armando, don Erasmo, don Jorge y don Roman compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y el procurador doña María Macarena Rodríguez Ruiz en nombre y representación de Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Macarena Rodríguez Ruiz, en nombre y representación de la mercantil Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija interpuso demanda de juicio ordinario, asistido de la letrada doña Luz Stella Molano Rave contra don Armando, don Erasmo, don Benito, don Jorge y don Roman y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«[...] 1. A pagar a Asemas la cantidad de OCHENTA MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON OCHO CÉNTIMOS DE EURO, (80.973,08), en concepto de principal.

» 2. Al pago de la cantidad de VEINTICINCO MIL SETECIENTOS VEINTISIETE EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EUROS (25.727,25 ?), en concepto de intereses sobre la cuantía de (80.973,08 ?), calculados desde el 6 de julio de 2003 (fecha de pago por Asemas) hasta el 7 de octubre de 2010 (fecha de interposición de la demanda), de conformidad con lo establecido en el artículo 1145 Código Civil.

» 3. Al pago de intereses sobre la cantidad de OCHENTA MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON OCHO CÉNTIMOS DE EURO, 80.973,08 ?, desde la fecha de interposición de la demanda hasta el completo pago del principal.

» 4. La expresa condena en costas a los demandados».

SEGUNDO.- El procurador don Eduardo Codes Briones Méndez, en nombre y representación de don Armando, don Erasmo, don Benito, y asistido del letrado don Carlos Martín Alonso y don Adrián Dupuy López contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que.

« Se declare la desestimación de la demanda de la actora y en base a la temeridad demostrada se condenan expresamente en costas a la demandante».



TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que desestimando la demanda presentada por la procuradora doña Macarena Rodríguez Ruiz, en representación de la mercantil Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija contra: don Armando , don Erasmo , don Benito , don Jorge , don Roman , representados por el procurador don Eduardo Briones Méndez, en reclamación de cantidad, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pronunciamientos interesados en la demanda, con imposición de costas a la parte demandante».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de ASEMAS MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2012 por el juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el juicio ordinario nº 602/2010, por lo que revocamos dicha resolución y en su lugar acordamos:

1º) la estimación de la demanda promovida por ASEMAS MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA contra los demandados D. Armando , D. Erasmo , D. Jorge y D. Roman ;

2º) la condena solidaria a los mencionados demandados al pago a la parte demandante de los siguientes importes: a) la cantidad de 80.973,08 euros, incrementada con el interés legal devengado desde la interposición judicial; y b) la cantidad de 25.727,25 euros;

3º) la imposición a los referidos demandados de las costas ocasionadas a la parte actora en la primera instancia;

4º) la desestimación de la demanda promovida por ASEMAS MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA contra D. Benito y por ello la imposición a la actora de las costas ocasionadas a este último durante la primera instancia; y

4º) (...) La no expresa imposición de las costas correspondientes a la segunda instancia.

Procedase a la devolución del depósito que hubiese sido preciso constituir para poder recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de don Armando , don Erasmo , don Jorge y don Roman con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC , por infracción de los artículos 23 y 43 de la Ley del Contrato de Seguro , por infracción el artículo 1964 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Segundo.- Artículo 477.2.3.º LEC , por infracción de los artículos 43 de la Ley de Cooperativas , 262.5 del TRLSA , y 135 del TRLSA y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de mayo de 2016 se acordó: 1.º No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Armando , don Erasmo , don Jorge y don Roman . 2.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Armando , don Erasmo , don Jorge y don Roman . La procuradora doña María Macarena Rodríguez Ruiz presentó escrito de oposición al recurso planteado.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de enero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. Se plantea la procedencia de aplicar en este caso la acción individual de responsabilidad de los administradores (artículo 135 TRLSA , y en la actualidad artículo 241 LCS), contra los miembros del consejo rector de una sociedad cooperativa por el cierre de facto de la misma. Dicha acción la ejercita la entidad aseguradora del arquitecto de la obra que asumió la cuota de responsabilidad que incumbía a la cooperativa constructora a la que fue condenada en un anterior procedimiento (artículo 43 LCS).

2. De la relación de hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

l) La entidad aseguradora, Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, demandante y aquí recurrida, ha estado reclamando, de modo infructuoso, el pago de la deuda (80.973,08 euros) mediante diversos



requerimientos a la Sociedad Cooperativa Construcciones Cadarso. El primero, con fecha 24 de abril de 2007, mediante burofax enviado al domicilio social de la deudora, y posteriormente mediante nuevos envíos, con fechas de 17 de abril de 2008 y 14 de abril de 2009, que no pudieron ser entregados por resultar desconocido el domicilio del destinatario.

II) Don Armando , don Erasmo , don Jorge y don Roman , demandados y aquí recurrentes, son miembros del consejo rector de dicha sociedad cooperativa, sin que exista constancia de que hayan cesado en el ejercicio de su cargo.

III) Desde al menos el año 2008, dichos administradores han llevado a la entidad a una situación que merece la calificación de «cierre de facto de la empresa», sin que en la actualidad haya constancia de que la cooperativa cuente con activos relevantes y disponga de establecimiento comercial operativo. No está localizable en su domicilio social y no se ha justificado que tenga sede abierta en otro distinto.

3. Interpuesta la demanda por la aseguradora, la sentencia del juzgado de lo mercantil desestimó íntegramente la demanda. Consideró que no había base para una reclamación de responsabilidad en la medida en que la deuda que subyace ni tan siquiera podría ser reclamada a la entidad gestionada por las demandadas, al estar prescrita la acción para exigir su pago a tenor de lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación .

4. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso y con estimación de la demanda promovida contra los administradores declaró su condena solidaria al pago de la cantidad de 80.973,08 euros, más el interés legal, y al pago de la cantidad de 25.727,25 euros en concepto de intereses. Pero absolvió a don Benito , interventor de la sociedad cooperativa.

A los efectos que aquí interesan, tras considerar aplicable el plazo de prescripción de 15 años para las acciones de repetición o reembolso (artículo 1964 del Código Civil), declaró:

«[...] Una vez demostrado por la acreedora demandante que tenía un crédito a su favor y que se había producido el cierre de facto de la entidad que era su deudora (constatado en este caso mediante la imposibilidad de localizarla en el que era el domicilio social), incumbía a los miembros del consejo rector de la sociedad deudora no sólo haber alegado sino también demostrado, entre otras razones porque dispondrían de más facilidad para ello (artículo 217.7 de la LEC), que la situación no era tal o que la parte actora tenía a su disposición activos sociales con los que poder hacer efectivo el cobro de su derecho. Los demandados no han satisfecho, sin embargo, esta exigencia; es más, ni tan siquiera lo han intentado.

»En consecuencia, es justo que se les imponga el pago, en concepto de daños y perjuicios causados a la demandante, de una suma dineraria equivalente al importe del principal de 80.973,80 euros y de los intereses que corresponden según el artículo 1145 del C. Civil , todo lo cual ésta hubiera tenido derecho a cobrar a la entidad que, a efectos prácticos, simplemente se ha volatilizado del tráfico mercantil, lo que no es de recibo que los responsables de la misma hayan permitido que ocurra a costa de los derechos de terceros que han resultado desfavorablemente afectados».

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandados interponen recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Sociedad Cooperativa. «Cierre de facto» de la sociedad, sin previa disolución y liquidación de la misma. Acción individual de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector de la Sociedad Cooperativa (artículo 135 TRLSA , y en la actualidad artículo 241 LSC). Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. Los recurrentes, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta sala, interponen recurso de casación que articulan en dos motivos, de los que tan solo ha sido admitido el segundo.

2. En dicho motivo, los recurrente denuncian la infracción del artículo 43 de la Ley General de Cooperativas de 1999 , los artículos 262.5 y 135 del TRLSA y la doctrina jurisprudencial que los interpreta contenida en las SSTs de 17 de junio de 2014 , 18 de julio de 2002 y 30 de marzo de 2001 .

En el desarrollo del motivo se sustenta que la doctrina contenida en las sentencias citadas ha sido vulnerada por la sentencia recurrida en la medida en que las deudas sociales no pueden presentarse como daño, ni tampoco puede presentarse el incumplimiento del deber de disolución de la sociedad como causa de responsabilidad de las deudas sociales. La acción de responsabilidad individual requiere la concurrencia de una acción u omisión calificada de culposa o negligente, un daño y la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido, mientras que la responsabilidad solidaria que impone el artículo 262.5 del TRLSA a los administradores sociales no requieren más que la prueba de los hechos que son presupuesto de



la efectividad de la sanción legal. Por lo que se trata de una responsabilidad *ex lege* y, en consecuencia, no cabe presentar las deudas sociales como el daño a la sociedad exigido por la acción social y el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad como su causa.

3. El motivo debe ser desestimado.

La Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, aplicable al presente caso prevé una remisión a la normativa societaria en materia por responsabilidad por daño. En particular, su artículo 43 dispone lo siguiente: «La responsabilidad de los consejeros (...) por daños causados, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas (...)». La Ley de Sociedades Anónimas, vigente cuando se produjeron los hechos regulaba junto con la acción social de responsabilidad, la acción individual en el artículo 135 TRLSA . Norma que en la actualidad se halla en el artículo 241 TRLSC.

Aunque en alguna ocasión hemos admitido que pudiera ejercitarse la acción individual para solicitar la indemnización del daño que suponía para un deudor el impago de sus créditos como consecuencia del cierre de facto de la actividad empresarial de la sociedad (caso de la sentencia 261/2007, de 14 de marzo), recientemente hemos establecido algunas matizaciones en relación con los requisitos que deben concurrir.

Esta doctrina jurisprudencial se halla contenida en la sentencia del pleno 472/2016, de 13 de julio que, entre otros extremos, declaró lo siguiente:

«[...]Para ajustar de forma más adecuada el ejercicio de la acción individual en estos casos de cierre de hecho, resulta conveniente realizar algunas matizaciones en relación con el daño directo y la relación de causalidad.

» 2. En primer lugar, no debe obviarse que la acción individual de responsabilidad presupone, en contraposición con la acción social de responsabilidad, la existencia de un daño directo al tercero que la ejercita (en este caso un acreedor). Al respecto, sirva la distinción que respecto de una y otra acción se contiene en la sentencia 396/2013, de 20 de junio :

«La jurisprudencia y la doctrina han distinguido en el sistema legal de responsabilidad de los administradores sociales que los daños se causen a la sociedad, o se causen a socios o terceros, generalmente acreedores; y en este último caso, que la lesión sea directa, o que sea indirecta, en cuanto refleja de la causada directamente a la sociedad. [...]

»La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). [...]

»La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: "[n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos" (énfasis añadido).

»Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros. [...]

»Como resumen de lo expuesto, cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos previstos en tal precepto legal en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores.»

»De acuerdo con la reseñada distinción lógica, para que el ilícito orgánico que supone el cierre de hecho (incumplimiento de los deberes de disolución y liquidación de la sociedad) pueda dar lugar a una acción individual es preciso que el daño ocasionado sea directo al acreedor que la ejercita. Esto es: es necesario que el ilícito orgánico incida directamente en la insatisfacción del crédito.



»3. En este contexto, como ya hemos adelantado al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, para que pueda imputarse al administrador el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la acreedora demandante, debe existir un incumplimiento nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social.

»Es indudable que el incumplimiento de los deberes legales relativos a la disolución de la sociedad y a su liquidación, constituye un ilícito orgánico grave del administrador y, en su caso, del liquidador. Pero, para que prospere la acción individual en estos casos, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito.

»Como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico anterior, esto exige del acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento (sentencia 253/2016, de 18 de abril)».

En el presente caso, la sentencia recurrida sustenta la *ratio decidendi* de un modo concorde con la doctrina jurisprudencial expuesta. En este sentido, considera que la demanda no se limita a fundar la responsabilidad de los consejeros respecto del impago del crédito de la demandante en la falta de disolución y liquidación de la sociedad cooperativa, sino que anuda directamente dicho fundamento al cierre de facto que impidió el pago requerido.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Armando , don Erasmo , don Jorge y don Roman contra la sentencia dictada, con fecha 20 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª, en el rollo de apelación núm. 824/2012 . 2. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente. 3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso. Líbrese 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres