



Roj: **STS 2387/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2387**

Id Cendoj: **28079110012019100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2019**

Nº de Recurso: **3654/2016**

Nº de Resolución: **420/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 958/2016,**  
**STS 2387/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 420/2019**

Fecha de sentencia: 15/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3654/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE NAVARRA SECCION N. 3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3654/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 420/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 15 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.<sup>a</sup> Flora , D.<sup>a</sup> Gema y D.<sup>a</sup> Gracia , representadas por el procurador D. José M.<sup>a</sup> Ayala Leoz, bajo la dirección letrada de D. Miguel Azcona Santacilia y el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Lina y D.<sup>a</sup> Loreto , representadas por el procurador D. Noel Alain de Dorremochea Guiot, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Álvarez González contra la sentencia núm. 389/2016, de 2 de septiembre, dictada por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Navarra, en el recurso de apelación núm. 854/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 328/2014, acumulado con el procedimiento ordinario n.º 400/2014 ambos del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona. Sobre responsabilidad de administradores. Ha sido parte recurrida D. Luis Alberto , representado por el procurador D. Marcos Calleja García y bajo la dirección letrada de D. José María Unceta Morales.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Andrea Leache López, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Lina y de D.<sup>a</sup> Loreto , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luis Alberto , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que, con estimación de la demanda, condene a D. Luis Alberto a pagar a Doña Lina la cantidad de 65.852,27 euros y a Doña Loreto , la cantidad de 56.989,62 euros, en ambos casos con los intereses legales desde la interpelación judicial, y con expresa condena en costas a la parte demandada, si se opusiera a la reclamación."

2.- El procurador D. José María Ayala Leoz, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Flora , D.<sup>a</sup> Gema y de D.<sup>a</sup> Gracia , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luis Alberto , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que, estimando íntegramente las pretensiones de mis representadas, se declare la responsabilidad del demandado en la administración dolosamente perjudicial de la sociedad anónima CENTRO DE FORMACION POLITECNICA para con Flora , Gema Y D.<sup>a</sup> Gracia y, consecuentemente, se condene a D. Luis Alberto a pagar a la demandante Flora , la suma de 35.077,77 € a la demandante Gema la suma de 37.836,48 € y la demandante D.<sup>a</sup> Gracia la suma de 41.068,15 € y en todos los casos más intereses y costas por ser de justicia que pido."

3.- Las demandas fueron presentadas el 30 de julio de 2014 y el 3 de octubre de 2014, respectivamente, y repartidas ambas al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona, se registraron con los núms. 328/2014 y 400/2014 . Una vez admitidas a trámite, se emplazó a la parte demandada.

4.- En ambos procedimientos, la procuradora D.<sup>a</sup> Arancha Pérez Ruíz, en representación de D. Luis Alberto , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de las costas a las demandantes.

5.- Por auto de 13 de mayo de 2015 se acordó la acumulación de los dos procedimientos.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona dictó sentencia n.º 130/2015, de 30 de julio , con la siguiente parte dispositiva:

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Lina y Loreto , representadas por la Procuradora de los Tribunales ANDREA LEACHE LOPEZ, y la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Flora , Gema , y Gracia , representadas por el Procurador de los Tribunales JOSE MARIA AYALA LEOZ contra Luis Alberto representado por la Procuradora de los Tribunales ARANCHA PÉEZ RUIZ, condenándole al pago de las siguientes cantidades:

a) 65.852,27 euros para la Sra. Lina , y 56.989,62 euros para la Sra. Loreto , más los intereses devengados desde la interpelación judicial;

b) 35.077,77 euros para la Sra. Flora , 37.836,48 euros para la Sra. Gema , y 41.068,15 euros, para la Sra. Gracia , más los intereses legales desde la fecha de la presente resolución.

Se condena al pago de las costas a la parte demandada".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Luis Alberto .



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, que lo tramitó con el número de rollo 854/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 2 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

"La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona , en el juicio ordinario 130/2015, la cual se deja sin efecto y, en su lugar, se desestima la demanda, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las instancias".

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Andrea Leache López, en representación de D.ª Lina y de D.ª Loreto , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción, por inaplicación, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la naturaleza "quasi-objetiva" de la responsabilidad de los administradores, al exigir la Sentencia recurrida la acreditación por parte de mis representadas de que el administrador demandado actuó "a sabiendas" de la situación de insolvencia de la Sociedad en el momento de contraer la deuda.

"Segundo.- Infracción, por aplicación indebida al caso, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la buena fe en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital . La sentencia recurrida infringe la citada doctrina jurisprudencial al apreciar mala fe en el ejercicio de la acción por parte de mis representadas, cuando no se dan los requisitos jurisprudenciales exigidos para ello.

"Tercero.- Infracción, por inaplicación, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que declara que el nombramiento de un apoderado general, con amplias facultades de administración, no exonera de responsabilidad al administrador de derecho".

2.- El procurador D. José M.ª Ayala Leoz, en representación de D.ª Flora , D.ª Gema y D.ª Gracia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2ª LEC , por falta de motivación de la sentencia recurrida y por incongruencia interna en relación con la responsabilidad de los administradores contemplada en el artículo 367 de la LSC .

Se denuncia la infracción de lo establecido en los artículos 216 y 456.1 LEC , por infracción de los arts. 208.2 , 209 , 218 y 465.5 LEC y 120.3 CE y 248.3 de la LOPJ .

"Segundo.- Se denuncia la valoración arbitraria e ilógica de la prueba y por tanto infracción de lo dispuesto en el artículo 316 y 176 de la LEC " .

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 367 de la LSC por no acordar la disolución de la sociedad al concurrir las causas del artículo 363 LSC . Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la desarrolla en cuanto que declara la existencia de una responsabilidad "objetiva o quasi-objetiva".

"Segundo.- Vulneración por inaplicación en la sentencia recurrida del principio de buena fe en el ejercicio de la acción de responsabilidad del artículo 367 LSC ."

3.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Lina y D.ª Loreto y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Flora , D.ª Gema y D.ª Gracia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Tercera) de fecha 2 de septiembre de 2016, en el rollo de apelación núm. 854/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 328/2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona.

2º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Flora , D.ª Gema y D.ª Gracia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Tercera) de fecha 2 de septiembre de 2016, en el rollo de apelación núm. 854/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 328/2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona.

3º) Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente".



4.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

5.- Por providencia de 14 de junio de 2019 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 4 de julio de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- Centro de Formación Politécnica S.A. era una sociedad dedicada a la enseñanza en el ramo de la formación profesional y estaba acogida a los conciertos educativos del Departamento de Educación de la Comunidad Foral de Navarra.

D. Luis Alberto era único socio y también administrador único de la mencionada sociedad.

Dña. Lina , Dña. Loreto , Dña. Flora , Dña. Gema y Dña. Gracia eran empleadas de Centro de Formación Politécnica S.A.

2.- En el año 2013, las trabajadoras de la empresa contactaron con la familia del Sr. Luis Alberto para buscar una solución para la continuidad de la actividad, porque el administrador no estaba en condiciones de gestionar la sociedad, y le ofrecieron adquirir el negocio.

3.- En mayo de 2013, se diagnosticó al Sr. Luis Alberto una probable enfermedad de Alzheimer e infartos corticales de evolución crónica.

Ante dicha situación, el 3 de junio de ese año, el Sr. Luis Alberto otorgó un poder general a su hijo Victorio , que se hizo cargo de la gestión de la sociedad.

4.- El 4 de junio de 2013, la empresa comunicó a las trabajadoras la apertura de un expediente de regulación de empleo (ERE) para la extinción de todos los contratos de trabajo de la plantilla.

En el ERE, la empresa aportó un balance de situación, a 30 de abril de 2013, en el que figuraba un patrimonio neto de 8.333,94 € y un capital social de 63.106,27 €.

En el periodo de consultas del ERE, dos de las trabajadoras, las Sras. Lina y Loreto , realizaron una oferta de 108.000 € por la adquisición de las acciones, que fue rechazada. Ante ello, las trabajadoras solicitaron una moratoria en la tramitación del expediente, que también fue denegada.

5.- Ante la falta de acuerdo, el 20 de junio de 2013, la sociedad comunicó el despido a todas las trabajadoras, por no existir fondos propios para el mantenimiento de la actividad empresarial y encontrarse el administrador y socio único imposibilitado para aportar más capital.

En la carta de despido, constaba que no se abonaría la indemnización legalmente prevista, por no disponer la empresa de solvencia económica.

6.- Al tiempo que se comunicaban los despidos, la empresa solicitó del Gobierno de Navarra la extinción del concierto educativo, dado que iba a cerrar el centro.

7.- La jurisdicción social declaró nulos los despidos y ordenó la readmisión de las trabajadoras, con derecho al cobro de los salarios de tramitación.

Al constatarse en la ejecución que no era posible la readmisión en la empresa, por haberse clausurado el centro de trabajo, el juzgado de lo social declaró extinguidas las relaciones laborales y ordenó el pago de unas indemnizaciones sustitutorias, que no fueron abonadas, al declararse en la misma ejecución la insolvencia de la sociedad.

8.- Dña. Lina , Dña. Loreto , Dña. Flora , Dña. Gema y Dña. Gracia presentaron unas demandas (posteriormente acumuladas) en las que ejercitaron la acción de responsabilidad por deudas contra el administrador Sr. Luis Alberto y solicitaron su condena al pago de las cantidades debidas por las indemnizaciones no abonadas.

9.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revocó dicha resolución y desestimó la demanda por las siguientes y resumidas razones: (i) las demandantes conocían la situación económica y patrimonial de la sociedad; (ii) también conocían las limitaciones de salud del demandado y sus dificultades para la gestión y liquidación de la sociedad.



**SEGUNDO.-** *Planteamiento de los motivos de ambos motivos de casación. Admisibilidad. Tratamiento conjunto de los admisibles*

1.- Dña. Flora , Dña. Gema y Dña. Gracia presentaron un recurso de casación basado en dos motivos.

El primero denuncia la infracción del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), al no haber acordado el administrador la disolución de la sociedad, pese a concurrir causa legal para ello.

En el segundo, denuncian la vulneración, por inaplicación, del principio de buena fe en el ejercicio de la acción de responsabilidad del art. 367 LSC .

2.- Dña. Lina y Dña. Loreto interpusieron un recurso de casación basado en tres motivos.

El primero no cita la disposición que se considera infringida y denuncia la infracción, por inaplicación, de la jurisprudencia sobre la naturaleza cuasi-objetiva de la responsabilidad de los administradores, al exigir la sentencia recurrida la acreditación de que el administrador había omitido a sabiendas el cumplimiento de sus deberes legales.

El segundo motivo denuncia la infracción del art. 367 LSC y de la jurisprudencia interpretativa de la buena fe en el ejercicio de la acción prevista en dicho artículo.

El tercer motivo, que tampoco cita la disposición infringida, denuncia la inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que el nombramiento de un apoderado general, con amplias facultades de administración, no exonera de responsabilidad al administrador de derecho.

3.- Los motivos primero y tercero del recurso de las Sras. Lina y Loreto son inadmisibles, por no citar la disposición legal infringida. Según hemos declarado, por ejemplo, en las sentencias 108/2017, de 17 de febrero , y 91/2018, de 19 de febrero , el recurso de casación, conforme al art 477 LEC , ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica sustantiva aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.

Esta causa de inadmisión deviene, en este momento procesal, en causa de desestimación ( sentencias 97/2011 , de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre , 564/2013, de 1 de octubre , y 146/2017, de 1 de marzo ).

4.- No obstante, en la medida en que los intereses de todas las demandantes son comunes, el análisis y eventual estimación de alguno de los motivos del recurso de las otras recurrentes, podría aprovechar a las Sras. Lina y Loreto , por el denominado efecto expansivo del recurso de casación ( sentencias 21/2005, de 28 enero , 200/2010, de 30 marzo , 448/2010, de 6 de julio , y 395/2012, de 18 de junio ).

5.- Finalmente, como los motivos segundos de ambos recursos de casación son sustancialmente idénticos, se tratarán conjuntamente.

**TERCERO.-** *Primer motivo de casación. Responsabilidad por deudas. Requisitos*

1.- Conforme al art. 367.1 LSC , los administradores "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución". El artículo 367.2 LSC precisa que las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

2.- Para que los administradores sociales deban responder al amparo de lo dispuesto en el art. 367 LSC , se requieren los siguientes requisitos ( sentencias 942/2011, de 29 de diciembre , y 395/2012, de 18 de junio): 1 ) la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el art. 363.1 LSC ; 2) la omisión por los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas, o de la solicitud de concurso, o la disolución judicial; 3) el transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución o desde la fecha de la junta contraria a la disolución; 4) la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y 5) la inexistencia de causa justificadora de la omisión.

El análisis comparativo de los requisitos exigibles para las acciones individual y social pone en evidencia que la responsabilidad solidaria frente a los acreedores por deuda social regulada en el art. 367 LSC genera una acción diferente de las previstas en la propia LSC en los artículos 238 -acción social por daño a la sociedad- y 241 -acción individual por daño a socios y terceros- ( sentencia 669/2011, de 4 de octubre ). En concreto, cuando se trata de la acción prevista en el art. 367 LSC no es precisa la existencia de daño. Más aún, su objeto no es la indemnización por daño -por más que en ocasiones se identifiquen el daño con el importe de la deuda impagada- y ni siquiera es preciso que la sociedad esté en situación de insolvencia -de hecho, se trata de una institución preconcursal dirigida a la liquidación societaria-.





**3.-** Frente a lo afirmado en el primer motivo del recurso de casación de las Sras. Flora , Gema y Gracia , la responsabilidad del art. 367 LSC no es cuasi-objetiva, sino una "responsabilidad por deudas" ( sentencias 923/2011, de 26 de noviembre ; 104/2012, de 5 de marzo ; 225/2012, de 13 de abril ; 818/2012, de 11 de enero ; 414/2013, de 21 de junio ; 590/2013, de 15 de octubre ; 367/2014, de 10 de julio ; 246/2015, de 14 de mayo ; y 650/2017, de 29 de noviembre ).

Como recuerda la sentencia citada en último lugar, se trata de una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege* , en cuanto que su fuente -hecho determinante- es su previsión legal. Se fundamenta en una conducta omisiva del sujeto al que, por su específica condición de administrador, se le exige un determinado hacer y cuya inactividad se presume imputable -reprochable-, salvo que acredite una causa razonable que justifique o explique adecuadamente el no hacer.

Es decir, este género de responsabilidad se funda en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de este administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Con lo que se pretende garantizar los derechos de los acreedores y de los socios.

**4.-** Pese a ello, sí llevan razón las recurrentes al afirmar que para apreciar la responsabilidad del administrador no es necesario que éste haya actuado dolosamente -a sabiendas-, pese a conocer la situación de insolvencia. Como hemos explicado, debe concurrir la omisión de la conducta exigida legalmente, la imputación al administrador de dicha pasividad y la inexistencia de causa justificativa.

**5.-** En este caso, constan tales requisitos. La sociedad estaba incurso en la causa de disolución prevista en el art. 363.1 e) LSC -pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social-; el administrador dejó transcurrir los plazos legales sin tomar ninguna de las medidas previstas legalmente ante dicha situación; y los créditos de las demandantes eran posteriores a la fecha del acaecimiento de la causa legal de disolución.

En consecuencia, el primer motivo de casación del recurso de las Sras. Flora , Gema y Gracia debe ser estimado.

**CUARTO.-** *Segundo motivo de casación. Irrelevancia del conocimiento por parte de las acreedoras demandantes de la situación económica de la sociedad deudora*

**1.-** La jurisprudencia de esta sala, representada por las sentencias 557/2010, de 27 de septiembre ; 173/2011, de 17 de marzo ; 826/2011, de 23 de noviembre ; 942/2011, de 29 de diciembre ; 225/2012, de 13 de abril ; 395/2012, de 18 de junio ; y 733/2013, de 4 de diciembre , establece que el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 367 LSC . Por el contrario, al contratar en esas circunstancias, conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello.

En la citada sentencia 395/2012, de 18 de junio , después de reconocer que "la buena fe es exigible en el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas, por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de aquella", se concluía que no cabía "oponer frente al acreedor la mala fe derivada exclusivamente de su conocimiento de la precaria situación de la sociedad". Términos muy similares a los empleados en la sentencia 225/2012, de 13 de abril , al razonar que "para entender concurrente la mala fe no es suficiente que el acreedor tenga conocimiento de que la sociedad se halla en situación delicada".

Como afirman las sentencias 733/2013, de 4 de diciembre , y 207/2018, de 11 de abril , la actual postura de la jurisprudencia se vio reforzada por la regulación posterior a la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, a partir de la cual los administradores sólo responden de los créditos nacidos con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. De tal manera que si se admitiera que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, se vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que no tiene por qué ir asociada a la insolvencia, pero en la mayor parte de los casos sí va ligada a ella, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica.

**2.-** Que las demandantes conocieran la enfermedad del Sr. Luis Alberto , que pese a ello permanecieran en la empresa y que intentaran adquirirla, no exonera al administrador social de su obligación de disolver y liquidar la sociedad cuando concurrió causa legal para ello, en este caso, la existencia de pérdidas cualificadas, en los términos del art. 363.1 e) LSC .



Y la decisión de la Audiencia Provincial que así lo aprecia infringe la jurisprudencia antes citada, por lo que el segundo motivo de ambos recursos de casación debe ser estimado.

**QUINTO.- Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación**

1.- Al haber estimado los recursos de casación, esta sala debe asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de primera instancia.

2.- En primer lugar, discute la parte recurrente que las deudas sociales fueran posteriores a la fecha en que concurría la causa de disolución. Según la documentación obrante en las actuaciones, la causa de disolución por pérdidas cualificadas existía y era conocida por el administrador, como mínimo, desde la fecha del balance de situación presentado en el ERE (30 de abril de 2013). A su vez, las deudas sociales consistentes en los créditos de las trabajadoras no se concretaron hasta que el juzgado de lo social transformó la condena a su readmisión en una indemnización sustitutoria, lo que tuvo lugar mediante sendos autos de 11 de abril de 2014.

Como recuerda la sentencia de esta sala 473/2016, de 13 de julio, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado que la sentencia del juzgado de lo social que acuerda la extinción del contrato de trabajo por incumplimientos graves del empleador reviste carácter constitutivo. Por tal razón, tanto la extinción de la relación laboral como el nacimiento del crédito indemnizatorio correspondiente operan con carácter *ex nunc* desde la sentencia firme que lo acuerda ( sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 1497/1990, de 21 de diciembre , 22 de junio de 2011 , 20 de julio de 2012 , y 285/2016, de 13 de abril , y las en ellas citadas). Hasta el momento mismo de dictarse la sentencia, sigue existiendo la relación jurídica laboral entre el empleador y el trabajador; de ahí que, para el cálculo de la indemnización, se tome en cuenta el periodo temporal existente entre el inicio de la relación laboral y el momento en que se dicta la sentencia.

En consecuencia, las obligaciones sociales objeto de litigio eran posteriores a la causa de disolución, por lo que este primer motivo de apelación debe ser desestimado.

3.- Respecto a que D. Luis Alberto estuviese retirado de la administración y gestión de la sociedad y fuese, en todo caso, su hijo, nombrado apoderado general, quien gestionara la empresa, no empece a que quien debe asumir las obligaciones legales en orden a la convocatoria de la junta general es el administrador formalmente designado ( arts. 166 y 167 LSC ). La sentencia 721/2012, de 4 de diciembre , declaró que:

"[a]unque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho -singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento-, como regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho ( Sentencias 261/2007, de 14 marzo ; 55/2008, de 8 de febrero ), ya que, como afirman las Sentencias 509/1999, de 7 de junio , y 222/2004, de 22 de marzo , "al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad". Máxime cuando la responsabilidad pretende derivarse de la omisión de una conducta cuyo cumplimiento no está al alcance del administrador de hecho [...]"

La convocatoria de la junta general para acordar algunas de las medidas enervadoras de la situación de pérdidas cualificadas [ arts. 363.1 e) y 365 LSC ] corresponde al administrador social y no al apoderado general.

Si el Sr. Luis Alberto conservaba capacidad para acudir a una notaría y otorgar un poder de representación, también la conservaba para un acto tan sencillo como convocar una junta general.

Por lo que este motivo de apelación también debe ser desestimado.

4.- Las alegaciones relativas a que las demandantes actuaron con mala fe, porque conocían la situación de la empresa y pese a ello permanecieron en ella (generando las obligaciones sociales que ahora reclaman), deben ser desestimadas por remisión a lo expuesto en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.

Además, en este caso no se trata de profesionales o empresarios que deciden contratar o no con el deudor en situación comprometida, sino de trabajadoras de la empresa, a quienes las exigencias de la buena fe no compelen a renunciar a su puesto de trabajo con pérdida de sus derechos laborales.

5.- Respecto a los requisitos de la responsabilidad por deudas, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico tercero. En todo caso, no consta que el administrador social estuviera incapacitado para hacer la convocatoria de la junta general.

Asimismo, que Dña. Lina mantuviera la actividad académica del centro no la erige en administradora de hecho, ni relevaba al administrador único de sus obligaciones legales en orden a la disolución de la sociedad.



6.- Razones todas por las que el recurso de apelación debe ser desestimado, confirmándose la sentencia de primera instancia.

**SEXTO.- Costas y depósitos**

1.- Al haberse estimado los recursos de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ellos, según determina el artículo 398.2 LEC .

2.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en la segunda instancia.

3.- Procede igualmente acordar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación y la devolución de los prestados para los recursos de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .?

**FALLO**

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

1.º- Estimar los recursos de casación interpuestos por Dña. Lina , Dña. Loreto , Dña. Flora , Dña. Gema y Dña. Gracia contra la sentencia núm. 389/2016, de 2 de septiembre, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, en el recurso de apelación n.º 854/2015 , que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Alberto contra la sentencia núm. 130/2015, de 30 de julio, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pamplona , en el juicio ordinario núm. 328/2014, que confirmamos.

3.º- Imponer a D. Luis Alberto las costas del recurso de apelación.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de casación.

5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación y la devolución de los prestados para los recursos de casación.

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

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

Así se acuerda y firma.