



Roj: **SAP IB 2965/2012 - ECLI: ES:APIB:2012:2965**

Id Cendoj: **07040370052012100524**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **27/12/2012**

Nº de Recurso: **439/2012**

Nº de Resolución: **543/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SANTIAGO OLIVER BARCELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION NN. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00543/2012

**SENTENCIA nº 543**

Ilmos. Sres.:

Presidente acctal.:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Magistrados:

Dª. COVADONGA SOLA RUIZ

Dª. MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En Palma de Mallorca, a veintisiete de diciembre de dos mil doce.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, los Autos de Procedimiento Ordinario 444/2010, procedentes del Juzgado de Lo Mercantil Nº. 2 de Palma de Mallorca, a los que ha correspondido el Rollo de Sala 439/2012, entre partes, de una como demandado apelante D. Fausto , representado por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ ANTONIO CABOT LLAMBIAS y asistido por el Letrado D. PEDRO GELABERT ROTGER; y de otra, como parte actora apelada, la entidad T.Q. TECNOL S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. JUAN MARQUÉS ROCA y asistido por el Letrado D. PEDRO GARAU FORTUNY.

Es PONENTE el Ilmo. Magistrado Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Juez sustituta en funciones de refuerzo del Juzgado de Lo Mercantil nº. 2 de Palma de Mallorca, se dictó Sentencia nº 124 en fecha 26 de abril de 2012 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta a instancia de T.Q. TECNOL S.A., contra D. Fausto , DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado, como administrador solidario de la entidad "CONSTRUCCIONS I REHABILITACIONS ESTIL RESIDENCIAL SL", AL PAGO DE:*

- *OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (8.491'82 €);*

- *MÁS OTROS NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON VEINTICUATRO CÉNTIMOS (978'24 €) que derivan de las costas tasadas en el ETJ 667/10 de referencia,*



- *MÁS el pago de LOS INTERESES LEGALES que se fijen judicialmente en el MONITORIO 67/10 Y POSTERIOR ETJ 667/10 seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE PALMA, que deberán ser liquidados en el órgano de referencia.*

*CON imposición de las COSTAS de este juicio a la parte demandada".*

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandada y, seguido el recurso por sus trámites, se deliberó y votó en fecha 28 de noviembre de 2012, quedando el mismo pendiente de dictar la presente.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han seguido las prescripciones legales salvo el plazo para dictar Sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador, por parte de la entidad "T.Q. Tecnol, SA" contra D. Fausto , en su condición de administrador solidario de la entidad "Construcciones i Rehabilitaciones Estil Residencial, SL", en suplico de que "se dicte Sentencia, por la que, estimándose esta Demanda se condene a D. Fausto , como Administrador Solidario de la sociedad "CONSTRUCCIONES I REHABILITACIONES ESTIL RESIDENCIAL, S.L." al pago de OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CENTIMOS (8.491,82 €) así como las costas procesales e intereses devengados a resultas de la interposición del procedimiento juicio monitorio autos 67/2010 y ETJ 667/2010 que se hallan pendientes de tasación de costas y cálculo de intereses por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Palma " , fue contestada y opuesta por éste último; y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, recayó Sentencia a 26 de abril de 2012 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta a instancia de T.Q. TECNOL S.A., contra D. Fausto , DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado, como administrador solidario de la entidad "CONSTRUCCIONES I REHABILITACIONES ESTIL RESIDENCIAL SL", AL PAGO DE:

- OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS (8.491'82 €);

- *MÁS OTROS NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON VEINTICUATRO CÉNTIMOS (978'24 €) que derivan de las costas tasadas en el ETJ 667/10 de referencia,*

- *MÁS el pago de LOS INTERESES LEGALES que se fijen judicialmente en el MONITORIO 67/10 Y POSTERIOR ETJ 667/10 seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE PALMA, que deberán ser liquidados en el órgano de referencia.*

*CON imposición de las COSTAS de este juicio a la parte demandada" .*

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal del Sr. Fausto , alegando infracción de las reglas de distribución del "onus probandi" en cuanto la actora, consciente de la precaria situación económica de la entidad "Estil", siguió suministrando mercaderías, lo que no le autoriza para dirigirse contra los administradores, durante el año 2008, cuando las cuentas del ejercicio anterior arrojaban pérdidas, siendo que la actora no consultó los registros públicos; por todo lo cual interesa que se "dicte sentencia que revoque la de instancia y resolviendo sobre la cuestión que es objeto del proceso, desestime en su integridad la demanda, absolviendo de sus pedimentos a mi mandante, con expresa condena en costas" .

La representación procesal de la entidad "T.Q. Tecnol, SA" se opone al recurso formalizado de adverso, alegando que la sociedad "Estil" ya estaba en causa de disolución por pérdidas desde el ejercicio 2007, y no se convocó Junta General para disolverla o solicitar el concurso; que "Estil" ejecutaba obras normalmente y no daba signos externos de insolvencia; que "Estil" no había depositado las cuentas anuales del ejercicio 2008 y posteriores y que, por concurrir la causa de disolución antes de los suministros, la responsabilidad debe extenderse al administrador de "Construcciones Estil Residencial"; por todo lo cual interesa que "se dicte Sentencia por las que se desestime el recurso formulado de adverso y confirme la de instancia con imposición a la recurrente de las costas de ambas instancias" .

No se discuten los suministros, facturas, intereses y costas, sino la responsabilidad del administrador por tales deudas **sociales**, directa y solidariamente.

**SEGUNDO.-** Sobre la **responsabilidad de los administradores** por deudas **sociales**, y en supuestos similares al presente, este Tribunal ha reseñado de forma reiterada que: " respecto del administrador persona jurídica , se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

1. *Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .*



2. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y sus socios.
4. Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

**Responsabilidad:**

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores **sociales** del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.
2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.
3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.
4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general".

Al mismo tiempo, y, tal como acertadamente se señala en la sentencia recurrida, atendido un principio de facilidad probatoria, correspondía a la demandada acreditar la situación económica de la sociedad, su actividad, contabilidad, etc, todos ellos hechos extintivos de la pretensión procesal de la actora, cuya carga de la prueba incumbía a la demandada, llamando la atención que las cuentas anuales ni siquiera consta hayan sido presentadas ante el Registro Mercantil, y que la deuda reclamada por sí sola ya supera la mitad del capital **social**, y no consta ni la disolución de la entidad ni el incremento del capital **social**.

Y dice el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de abril de 2011 que siempre que se ha cuestionado en casación la naturaleza del sistema de responsabilidad que dimana del art. 262.5 LSA, y los presupuestos que han de concurrir para que se dé el supuesto de hecho previsto por la norma al que se liga el efecto de hacer al administrador solidariamente responsable de las deudas contraídas por la sociedad, esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que el 262.5 LSA regula una acción y una responsabilidad de carácter formal, calificada en ocasiones como objetiva o cuasi objetiva ( SSTS de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 de abril de 2006, 28 de abril de 2006 -de Pleno-, y 26 de mayo de 2006, entre otras), que se resume en que su declaración no exige la concurrencia de más negligencia que la consistente en el incumplimiento de la obligación de promover la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial, en su caso -y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo-. La norma, por tanto, no exige una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto (STSS de 20 de febrero de 2004, 23 de febrero de 2004 y de 28 de abril de 2006), ni otro enlace causal que el preestablecido en la propia norma ( STS de 28 de abril de 2006 ), de lo que se sigue que es bastante para su apreciación, la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad, de las previstas en los números 3, 4, 5 y 7 del apartado uno del artículo 260 LSA y el incumplimiento por parte del administrador de sus deberes legales, que le imponen convocar Junta para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas, o solicitar judicialmente la disolución en el término de dos meses, a lo que la más reciente jurisprudencia añade los requisitos de imputabilidad al administrador de la conducta pasiva e inexistencia de causa justificadora de la omisión ( STS de 10 de noviembre de 2010 [RC n1 791/2007 ]).

De esta doctrina pacífica y constante son claro ejemplo, además de las citadas, las STSS de 31 de enero de 2007, 10 de julio de 2008 (RC nº 4059/2001), 11 de julio de 2008 (RC nº 3675/2001), 10 de marzo de 2010 (RC nº 1435/2005) y 30 de junio de 2010, (RC nº 1337/2006), entre muchísimas más. Idem las Sentencias de esta Sala de fechas 18 de marzo de 2011, 12 de marzo de 2009, por la cual "establece el **art. 133** de la L.S.A. que:

"1.- Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores **sociales** del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

2.- Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución,

desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3.- En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general."

Y establece el **art. 260** de la L.S.A . que:

"Causas de disolución:

1.- La sociedad anónima de se disolverá:

1º Por acuerdo de la junta general adoptado con arreglo al artículo 103.

2º Por cumplimiento del término fijado en los estatutos.

3º Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin **social** o por la paralización de los órganos óciales, de modo que resulte imposible su funcionamiento.

4º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital **social**, a no ser que éste aumente o se reduzca en la medida suficiente.

5º Por reducción del capital **social** por debajo del mínimo legal.

6º Por la fusión o escisión total de la sociedad.

7º Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2.- La quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare".

Y asimismo el **art. 262** de la L.S.A . que:

"1.- Cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3º, 4º,5º y 7º del apartado 1 del artículo 260, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general constituida con arreglo al artículo 102.

2.- Los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la junta sí, a su juicio, existe causa legítima para la disolución.

3.- En el caso de que la junta solicitud no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.

4.- Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo **social** fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.

5.- Responderán solidariamente de las obligaciones **sociales** los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución."

A su vez, el **art. 69** de la L.R.L. que:

"1.- La **responsabilidad de los administradores** de la sociedad de responsabilidad limitada se regirá por lo establecido para los administradores de la sociedad anónima.

2.- El acuerdo de la Junta General que decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad requerirá la mayoría prevista en el apartado 1 del artículo 53, que no podrá ser modificada por los estatutos."

Y los **artículos 104 y 105** de la L.R.L. que:

"Art. 104. Causas de disolución.-

1.- La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá:

a.- Por cumplimiento del término fijado en los estatutos de conformidad con lo establecido en el artículo 107.

b.- Por acuerdo de la Junta General adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos.

c.- Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin **social**, o la paralización de los órganos **sociales** de modo que resulte imposible su funcionamiento.



- d.- Por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto **social** durante tres años consecutivos.
- e.- 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.
- f.- Por reducción del capital **social** por debajo del mínimo legal. Cuando la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley se estará a lo dispuesto en el art. 108.
- g.- Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

2.- La quiebra de la sociedad no determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare."

"Art. 105.- Acuerdo de disolución.-

1.- En los casos previstos en las letras c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier socio podrá solicitar sí a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución.

2.- la Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa.

3.- Si la Junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptará alguno de los acuerdos previstos en el apartado anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el Juez de Primera Instancia del domicilio **social**. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.

4.- Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo **social** fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

5.- El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disposición judicial determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas **sociales**."

Por otra parte, la Ley Concursal modificó los artículos 260 y 262 de la L.S.A . en el sentido de que " *El apartado 2 del art. 260 queda redactado de la forma siguiente:*

"La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal".

*Y el nº 4º del apartado 1 del art. 260 tendrá la siguiente redacción:*

"Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital **social**, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal".

*El apartado 2 del art. 262 pasa a contener la siguiente redacción:*

"Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución.

Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital **social**, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempes que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal .

Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta sí, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso".

*El apartado 4 del art. 262 tendrá la siguiente redacción:*

"Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo **social** fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado."



*El apartado 5 del art. 262 tendrá la siguiente redacción:*

"Responderán solidariamente de las obligaciones **sociales** los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso."

Y asimismo los artículos 104 y 105 de la L.R.L. así:

*El párrafo e) del apartado 1 del artículo 104 quedará redactada como sigue:*

"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, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme lo dispuesto en la Ley Concursal".

*El apartado 2 del art. 104 queda redactado de la forma siguiente:*

"La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal."

*Los apartados 1 y 5 del art. 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada quedan redactados de la forma siguiente:*

"1.- En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el art. 3 de la Ley Concursal. 5.- El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas **sociales**."

El primer deber es el de convocatoria de la Junta General para que adopte el acuerdo de disolución. El segundo deber, se configura con carácter subsidiario: si el acuerdo de la Junta fuese contrario a la disolución o si ese acuerdo no pudiera ser logrado, los Administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad. El incumplimiento de cualquiera de esos dos deberes se sanciona con la **responsabilidad de los Administradores** de las obligaciones **sociales**.

El sistema legal consiste en imponer a los Administradores la responsabilidad solidaria por las deudas como consecuencia del incumplimiento de deberes legales específicamente dispuestos para conseguir la disolución o declaración de concurso. La Ley pues está imponiendo una sanción específica por el incumplimiento de un deber igualmente específico. Los Administradores responden así de obligaciones ajenas como pena civil, como así lo viene indicando el TS desde sentencia de 15.7.97.

Se trata pues de la asunción de responsabilidad ex lege: a la responsabilidad de la sociedad deudora se añade por ministerio de la Ley de **responsabilidad de los Administradores** sancionados.

Sin ser deudores, se convierten en responsables de las deudas **sociales**, constituyéndose por ministerio de la Ley de garantías solidarias. Por ello no es aceptable la tesis según la cual estarían legitimados para ejercer la acción no sólo los acreedores **sociales**, sino también la sociedad y los accionistas. Ello sin perjuicio de que éstos puedan ejercitar contra los Administradores una acción de responsabilidad por los daños que su actuación haya podido causar a la sociedad o a los socios.

La naturaleza sancionadora es pues claramente diferenciada de la responsabilidad por daños.

El TS que en un principio exigía un perjuicio a los acreedores para hacer responsables a los Administradores ( STS 15/07/97 ), ha ido modificando su posición. Y así la sentencia de 3/4/1998 no aludía ya a la exigencia de perjuicio sino a la prueba de la concurrencia de la causa de disolución y del incumplimiento del deber de los Administradores.

La de 21/9/99 se refería a las diferencias entre la acción individual de responsabilidad del art. 135 y la acción derivada de la sanción del art. 262.5, insistiendo en el carácter indemnizatorio de la primera que sin embargo no tiene la segunda. Línea que se consolidaría con la sentencia de 30/10/00 que sostuvo expresamente que "no



se requiere por lo tanto ni nexo causal entre el crédito y la inactividad de los Administradores, ni otra negligencia de éstos que la que valora o toma en cuenta la propia normal legal. En el mismo sentido la de 31/05/01 que insiste que "está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del Administrador cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en el plazo de dos meses en la Junta...".

La sentencia de TS de 20/07/01 resumió la doctrina, del Alto Tribunal, señalando que "se rechaza su identificación con la fundada en negligencia en los arts. 133 a 135 LSA por no ser necesaria ni una relación de causalidad entre la omisión de los Administradores y la deuda, ni una negligencia distinta a la prevista en el propio precepto". En ese mismo sentido, desarrollando esta distinción, la sentencia de 23/02/04 que afirmaba, frente a la acción derivada del art. 135 LSA , "... Mientras que la acción ex art. 262.5 no requiere ninguna **culpa** en el Administrador ni relación de causalidad alguna con el daño, basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones que la LSA impone específicamente al Administrador **social** par que se desencadene el efecto sancionador."

En la misma línea se mueve la sentencia de 2.3.04 y la de 16.12.04 que señala que: "se trata de una responsabilidad carente de las notas conceptuales de la responsabilidad aquiliana y que no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción."

Se trata pues al fin de una sanción civil. O si se prefiere, de una responsabilidad-garantía legal y no de una responsabilidad- indemnización por daños. La sanción de la **responsabilidad de los Administradores** trata de provocar la eliminación de una situación anormal de gravedad y peligros para los intereses de los acreedores y no indemnizara éstos por daños causados.

No obstante es evidente que se trata de una sanción que puede acumularse a la eventual responsabilidad por daños. De modo que, ante un supuesto concreto, se aplicarían simultáneamente los dos regímenes ( SSTS 18.9.03 y 23.2.04 ). Los Administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores **sociales** por los daños producidos en el patrimonio **social** o individual por el incumplimiento de sus obligaciones legales, cuando medie relación de causalidad entre su conducta y el daño ( art. 133 a 135 LSA y 69.1 LSRL ) y además se les impone, como sanción, la responsabilidad por las obligaciones y deudas de la sociedad.

Y, siguiendo la mejor doctrina, el supuesto de responsabilidad contractual de los administradores es su actuación orgánica, es decir, el ejercicio de sus competencias. La lesión a la sociedad se produce por un acto o acuerdo lesivo de los administradores, actuando en cuanto tales.

La lesión se produce por actos, de los administradores contrarios a la ley o a los estatutos o realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo ( art. 133-1LSA ). Esto es, produciéndose un incumplimiento del deber de administrar la sociedad en los términos de diligencia exigibles, que viene determinados en el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas : la diligencia propia de un "ordenado empresario" y de un "representante leal".

Se produce, por tanto, el daño por el actuar antijurídico en la esfera competencial de los administradores, ya por violación de deberes específicos impuestos por la ley o los estatutos, ya por falta de diligencia en la gestión o representación de la empresa.

El deber genérico de administrar comporta dos facetas, cuales son la gestión y la representación **social**.

La **responsabilidad de los administradores** deriva de la relación que les une con la sociedad y que cabe calificar de "contrato específico de administración", constituido por la aceptación del nombramiento, como negocio bilateral.

En realidad se está ante un negocio típico del Derecho de sociedades en el que los deberes a cargo del administrador, aunque configurados principalmente por la Ley, nacen de la aceptación del cargo, si bien -como deberes jurídicos- son sancionados por la Ley para caso de incumplimiento.

Por tanto, las obligaciones del administrador se enmarcan en la regulación y régimen legal de las relaciones interorgánicas.

Por tanto, responden los administradores en su actuación orgánica, pero el origen de tal responsabilidad es contractual. El incumplimiento de otras relaciones contractuales posibles tendrá su propio régimen, distinto del establecido par la relación orgánica de administrador. Igualmente, tendrá su propio régimen la causación de daño a la sociedad por actuación particular, fuera del propio ejercicio del cargo de administrador.

El problema que ahora se nos plantea es si basta la titularidad oficial del cargo para ser responsable, o si además se requiere el ejercicio efectivo del mismo, es decir, si la responsabilidad está ceñida exclusivamente a los administradores activos (ejecutivos) o si también debe hacerse extensiva a los meramente pasivos (durmientes).



En el ámbito de las respectivas facultades todos los administradores siguen sujetos al cumplimiento de los deberes generales (deber de vigilancia, deber de informarse y deber de investigar), tanto los administradores formales como los de hecho.

Bajo el nuevo régimen el administrador, en determinados supuestos, responderá no sólo por "daño" derivado en relación de causa a efecto de un comportamiento "malicioso", "abusivo" o "gravemente negligente", sino incluso por "deuda ajena" y con carácter "cuasi-objetivo", en función de la concurrencia de ciertas situaciones en cuyo fondo subyace la infracción de algún deber.

El Régimen jurídico de la **responsabilidad de los administradores** presenta las siguientes notas:

- 1.- Es personal, universal o ilimitada, y solidaria: recae directamente sobre todos y cada uno de los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su configuración. Alcanza a todos los bienes de cada administrador ( art. 1.911 del Código Civil ).
- 2.- Debido a su carácter solidario, el acreedor dispondrá del "ius eligendi" y del "ius variandi", pudiendo dirigirse indistintamente contra cada uno o contra todos a la vez, sin que las reclamaciones entabladas contra uno agoten su derecho mientras no resulte cobrada la deuda por completo ( arts. 1.141 y 1.144 del Código Civil ).
- 3.- Es directa: no se subordina a la insuficiencia patrimonial de la sociedad, sino que se presenta como una sanción a los administradores por el incumplimiento de una obligación legal. Los acreedores **sociales** pueden exigir el cumplimiento no sólo a su deudor (la sociedad), sino también a cualquiera de los sujetos responsables (administradores).
- 4.- Afecta exclusivamente a los administradores.
- 5.- Abarca la totalidad de las obligaciones **sociales**: no se limita a las obligaciones asumidas con posterioridad al incumplimiento de la obligación, ni a las pérdidas; sino que se extiende a todas las deudas u obligaciones que ya tuviera la sociedad en el momento del incumplimiento, y también a las que pudiera contraer con posterioridad.
- 6.- Es compatible con otras causas de responsabilidad en que pueden incurrir los administradores, tanto respecto de los supuestos que se contemplan en el régimen general acerca de los mismos por los arts. 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (que también se aplican íntegramente a los administradores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en virtud de la expresa remisión que efectúa el art. 69 de su Ley Reguladora ).

En el art. 133 se está ante una norma que impone la responsabilidad civil de los administradores por actos propios, cuando causen daños a la sociedad. Se parte, por consiguiente, de la responsabilidad personal de los administradores, que no deriva simplemente de actos que sean lesivos para la sociedad, ya que pueden producirse pérdidas importantes en el patrimonio **social** debidos a la gestión de los administradores de las que no serán responsables. Porque una cosa es el riesgo de empresa, que necesariamente ha de asumir la sociedad, aunque tenga como resultado pérdidas cuantiosas, y otra, el riesgo de una gestión negligente de los administradores, los cuales, por incumplir con sus obligaciones legales o estatutarias, pueden ocasionar daños a la Sociedad, de los que los administradores deben responder. Para que tal responsabilidad surja es necesario que concurren otros presupuestos, además del daño, cual es que se produzca un acto ilícito de los administradores (contrario a la Ley, a los estatutos o sin la diligencia debida) y que exista una relación de causalidad entre el acto de los administradores y el daño.

La Ley se refiere, en primer lugar, a "actos", ya que necesariamente la responsabilidad ha de derivar de un hecho humano; concretamente de la actuación de las personas que ocupan el cargo en el órgano administrativo, pues se trata de una responsabilidad personal de los titulares del órgano.

La **responsabilidad de los administradores** presupone, además, que han incumplido sus obligaciones. Según ha quedado dicho, el art. 127 nos indica el deber genérico de diligencia con el que han de desempeñar los administradores su cargo, estableciendo la Ley, en diversos puntos, una serie de deberes y obligaciones concretos de los administradores. La Ley menciona este presupuesto diciendo que responderán: "por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

La responsabilidad recae, por tanto, sobre los administradores por actos lesivos realizados por ellos incumpliendo los deberes impuestos por las normas legales o estatutarias. Por consiguiente, ha de tratarse de actos realizados por los administradores con motivo del ejercicio de sus funciones.

Los actos de los administradores han de ser "contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin diligencia con la que deben desempeñar el cargo".





El tercer supuesto enunciado por el art. 133.1 es el de los actos de los administradores "realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo". Tal diligencia es la enunciada en el art. 127, con la precisión de que la diligencia propia del administrador "de un ordenado empresario y de un representante leal" entraña, junto a otros supuestos, el cumplimiento de los deberes que le imponen la Ley y los estatutos. Ahora bien, en este tercer supuesto, el art. 133.1 ha querido hacer referencia al deber genérico de diligencia enunciado en el art. 137, tratando de completar de esta forma los otros dos supuestos mencionados en ese apartado y a los que hemos hecho referencia ("actos contrarios a la Ley o a los Estatutos"), que enuncian determinados deberes específicos". Idem Sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 2004 , de 8 de marzo de 2005 , 14 de julio de 2003 y 15 de abril de 2002 , por no convocar Junta General en forma y plazo para adoptar el acuerdo de disolución y por falta de ejercicio de la actividad; entre otras muchas.

Como ha quedado expuesto, la Ley de Sociedades Anónimas imponía e impone a los administradores el deber de pronta reacción ante pérdidas patrimoniales de cierta importancia y, además, precisa las conductas que deben seguirse a fin de evitar la presencia en el mercado de una sociedad incurso en causa de disolución, afirmándose en la sentencia número 205/2008 de 1 de diciembre "no es cualquier actuación tendente a resolver la situación económica de la empresa, como aquellas que se describen en el caso examinado, sino precisamente las encaminadas a promover la disolución de la sociedad, entre las cuales se excluye la solicitud de suspensión de pagos, por cuanto de lo que se trata es de evitar la liquidación desordenada o anárquica de la misma en perjuicio de unos u otros acreedores o de todos ellos.

Siendo cierto que la responsabilidad por deudas se produce con independencia de la causa de disolución que pueda concurrir, el supuesto que habitualmente se plantea ante los Tribunales de justicia hace referencia a la causa de disolución prevista en el art. 260.1.4º LSA y 104.1.e) LSRL (actualmente desde el 1 septiembre 2010 art. 353.1.d) Ley de sociedades de capital, Texto Refundido aprobado por RDLegis. 1/2010), es decir, pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital **social**, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Precisamente esta causa de disolución es la que más problemas ha planteado en orden a determinar el concreto momento de la existencia de las pérdidas, y por lo tanto, de la concurrencia de esta causa.

La solución que ha venido primando en la Jurisprudencia es la que atiende al momento en el que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de pérdidas ( SSTS 30.10.2000 y 20.7.2001 , 20.2.2007 , 4 y 16.7.2007 ). Resulta de interés la STS de 20 de febrero de 2007 , por cuanto sigue una tesis hasta cierto punto intermedia, en la que partiendo de que la base de que el hecho determinante del inicio del plazo es el conocimiento de las pérdidas por parte de los administradores, exige que eso tenga lugar en términos de normalidad económica y contable. La sentencia afirma que "aún cuando el acaecimiento objetivo de la causa de disolución se produjera con anterioridad, el hecho determinante del inicio del plazo es el conocimiento de dicha circunstancia por parte de los administradores, en términos de normalidad económica y contable...".

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba en la concurrencia de causa de disolución, en relación con la nueva presunción introducida por la ley 19/2005, 14 noviembre, puede concluirse, con alguna posibilidad de acierto que, los términos temporales de comparación de la citada presunción, la fecha de la causa de disolución y la fecha de la obligación, a fin de verificar si ésta es posterior o anterior a aquélla, deben ser probados, en caso de resultar discutidos, por el administrador que está gravado con la prueba en contrario frente a la presunción a fin de librarse de la responsabilidad que se le reclama".

Y la STS de 9 de enero de 2006 perfila los contornos básicos de la acción por **responsabilidad de los administradores** de una sociedad limitada, individual y por haber incumplido el deber de convocar la Junta en un supuesto de disolución por pérdidas, pero lo importante de la misma es que plantea la posible aplicación con carácter retroactivo de las sucesivas modificaciones que afectan a los preceptos cuya aplicación se postula en sentido más favorable para quienes habrían de ser sancionados con esta especial forma de responsabilidad. Concretamente, se trata de las modificaciones introducidas por la Ley 23/2003, de 9 de julio, Concursal, y por la más reciente Ley sobre SA europea domiciliada en España, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, y efectivamente, la resolución del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa concluye que se trataría de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable y atendiendo a que la Ley 19/2005 limita la **responsabilidad de los administradores**, tanto en el caso de las Sociedades Anónimas como en el de las limitadas, a las obligaciones **sociales** posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, determina la aplicación retroactiva de las modificaciones que se produzcan en este aspecto y que resulten más favorables para los administradores".

Así, en las Sentencias de fechas 25 de noviembre de 2011 , 22 de noviembre de 2011 , 27 de octubre de 2011 , 17 de octubre de 2011 , 18 de marzo de 2011 y 12 de marzo de 2009 , entre otras, con adaptación a la vigente ley de Sociedades de Capital; y asimismo, las STS de 25 de septiembre de 2007 , 9 de enero de 2006 , 21 de marzo de 2011 y 4 de abril de 2011 ; entre otras muchas.



Pues bien, a la luz de las precedentes enseñanzas jurisprudenciales y tras examinar las circunstancias objetivas concurrentes, este Tribunal concuerda las consideraciones y conclusiones que desgrana el Juzgador "a quo" en una resolución detallada e impecable, y que da como reproducidas por acertadas; y estima que el presente recurso tiene una finalidad dilatoria.

En efecto, a pesar de sufrir pérdidas, el demandado no instó en plazo la disolución de la sociedad, ni procuró aumentar el capital, ni solicitó la declaración de concurso para pagos ordenados a sus acreedores. Además no depositó las cuentas del ejercicio 2008 y posteriores; los suministros de referencia, y reclamados, dejaban reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital **social** (en el caso de 3.006,- Euros); que en otros procesos no han sido habidos bienes de la sociedad a embargar o ceder; que los suministros de referencia triplican la cifra del capital **social**; que las causas legales no han sido desvirtuadas por el administrador demandado, ni ha levantado la carga probatoria a pesar de su facilidad (libros, balances, cuentas, contabilidad, facturas, etc.); y que las obligaciones que se reclaman se presumen de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de la disolución de "Construcciones Estil Residencial", y son extensibles al administrador (antiguo art. 105; y actual art. 367); y que los suministros datan de octubre y noviembre de 2008, posteriores a la concurrencia de la causa de disolución a consecuencia de pérdidas que han reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital **social**.

**TERCERO.**- Por otra parte, la parte demandada no ha logrado acreditar la fecha real de presentación y depósito de sus cuentas en el Registro Mercantil, ni a qué ejercicios se refiere, por lo que difícilmente podía acudir al mismo la actora con anterioridad a los suministros realizados; amén de que, el supeditar las ventas al previo examen de las cuentas anuales del comprador, cuando éste es el que ha causado las pérdidas y es conocedor de su situación económica, roza lo esperpéntico y lo absurdo, máxime si se atiende a las fechas de las facturas (28 y 31 de octubre de 2008), al pretendido depósito de las cuentas correspondientes al año 2007, a las pérdidas hasta 9.865,- Euros que obligaban al demandado a, en plazo, convocar la Junta General para tomar una de las aludidas decisiones. Resulta relevante que la sociedad "Estil" cursó los pedidos, que fueron transportados por "DHL- Express", y suministrados a la compradora, sin objeción, protesta y/o reservas.

Por demás, el Registro Mercantil ha certificado, a 6 de abril de 2010, que la sociedad referenciada no había presentado para su depósito las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008 (f. 46 de autos); y, expedida certificación a 16 de noviembre de 2010 consta como último depósito contable 2007 (f. 74 a 88 de autos); y, si bien se reseñan pérdidas de 9.865,- Euros, los activos hacían prever que las facturas se abonarían sin dificultades (Tesorería: 65.144,- Euros; y Fondos Propios: 37.811,- Euros).

**CUARTO.**- La desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los art. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En atención a lo precedentemente expuesto, esta Sala de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

## FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José A. Cabot Llambías, en representación de D. Fausto , contra la Sentencia de fecha 26 de abril de 2012, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de esta Capital , en los autos de Juicio ordinario nº 444/2010; de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

2º) Confirmar la totalidad de pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a la parte demandada-apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.