



Roj: **SAP PO 3017/2011 - ECLI:ES:APPO:2011:3017**

Id Cendoj: **36038370012011100640**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2011**

Nº de Recurso: **701/2011**

Nº de Resolución: **621/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00621/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 701/11

Asunto: ORDINARIO 8/11

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 PONTEVEDRA

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.621

En Pontevedra a uno de diciembre de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 8/11, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 701/11, en los que aparece como parte apelante-demandado: D. Narciso , D. Octavio representado por el procurador D. LOURDES MARTÍNEZ CABRERA, y asistido por el Letrado D. TERESA LORENZO TARREIRO, y como parte apelado-demandante: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EDIFICIO000 , representado por el Procurador D. ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, y asistido por el Letrado D. MARIA JESUS TABOADA PERIANES, sobre acción de responsabilidad de administradores, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 23 mayo 2011, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"ESTIMO LA DEMANDA formulada por la representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000 sito en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 - NUM002 de Caldas de Reis contra D. Octavio y D. Narciso , como administradores solidarios de la mercantil CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CALDAS DE



REYES SL y condeno a los demandados a abonar al actor la cantidad de 118.341,60 euros con los intereses legales desde la interpelación judicial.

Con imposición de las costas causadas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Narciso , D. Octavio , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día nueve de noviembre para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

Fundamentos de derecho

PRIMERO .- Es objeto de recurso la sentencia dictada en primera instancia por la que se estima la demanda deducida por la comunidad de propietarios accionante contra los administradores de la entidad CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CALDAS DE REIS, S.L., en exigencia de la responsabilidad por deudas.

La sentencia ha fundamentado su decisión en el incumplimiento por los administradores demandados de su obligación de disolver la sociedad o promover el concurso en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución consistente en el cese de actividad durante tres años consecutivos. La falta de actividad resulta constatada, a criterio de la juez de primer grado, desde el cierre del ejercicio 2004, tal como se desprende del informe pericial aportado a las actuaciones. Por tal motivo sitúa la fecha de la concurrencia de la causa prevista en el apartado d) del art. 104.1 de la previgente LSRL el día 31.12.2007, y la fecha del conocimiento por los administradores demandados de tal circunstancia el día 31.3.2008. Sobre dicha base, la sentencia considera que la deuda de la sociedad nació frente a la entidad accionante el día 2.2.2009, fecha en la que se declaró su existencia a medio de un pronunciamiento judicial que ganó firmeza, por lo que concurren todos los requisitos para la exigencia de responsabilidad.

El recurso comienza cuestionando la apreciación judicial relativa a la existencia misma del cese de actividad. Los recurrentes consideran que las conclusiones del informe pericial resultan inciertas, especialmente atendiendo a la naturaleza de la actividad propia del objeto social. Junto a ello, el núcleo del recurso se dedica a razonar que la deuda nació con anterioridad a la existencia de la causa de disolución, por lo que la norma invocada como fundamento de la pretensión resulta inaplicable.

La parte demandante insiste en sus posiciones de principio, ratificadas por el dictamen del perito, y solicita la confirmación de la sentencia combatida por sus mismos argumentos, tras incidir en el hecho de la concurrencia de la causa de disolución y en la circunstancia de que la deuda no nace sino con el pronunciamiento judicial declarativo.

SEGUNDO .- Como venimos reiterando desde esta sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra con competencias exclusivas en la materia mercantil, el art. 105.5 LSRL (actual art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital), -delimitado en sus contornos por una numerosísima jurisprudencia y objeto de un sin número de comentarios doctrinales, desde la implantación de esta singular forma de responsabilidad en diciembre de 1985, con ocasión de la adaptación de las Directivas Comunitarias en materia de sociedades-, establece una obligación ex lege, que surge por el incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad concurriendo causa legal y dentro del plazo establecido. Trátase de una responsabilidad que presenta un carácter marcadamente objetivo, -con todas las matizaciones que se quiera-, basada en un acto omisivo, por más que se exija el requisito general de la imputabilidad. Como no deja de repetirse en la doctrina jurisprudencial, no resulta preciso para el éxito de esta acción, -y a diferencia de lo que sucede en el marco de otras acciones de responsabilidad, de naturaleza indemnizatoria, como las de los arts. 134 y 135 TRLSA , también ejercitadas en este proceso-, la acreditación de la relación de causalidad entre no disolución y daño patrimonial.

Concurriendo estos presupuestos legales, el Derecho impone al administrador incumplidor de sus deberes una obligación de responder, vinculando solidariamente su patrimonio con el de la sociedad incumplidora, a resultas de las deudas sociales. La deuda es la misma, pero ex lege se sitúa otro patrimonio responsable, de suerte que el actor puede ejercitar su demanda por el todo contra cualquiera de los deudores. La sentencia obtenida en la reclamación de la deuda no es un pronunciamiento constitutivo. La sentencia no cambia la naturaleza de la deuda ni hace surgir una nueva obligación, sino que declara una responsabilidad existente, por motivo del incumplimiento de una obligación, nacida de cualquiera de las fuentes que la legislación permite.

En este sentido, la STS de 4.4.2011 afirma: " Siempre que se ha cuestionado en casación la naturaleza del sistema de responsabilidad que dimana del artículo 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 (RJ 2002, 4159), 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9762), 6 de abril de 2006 (RJ 2006, 1892), 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4087) -de Pleno -, y 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3319), 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 (RJ 2004, 838), 23 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1138) y de 28 de abril de 2006 (RJ 2006, 4087)), 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 (JUR 2010, 411029) (RC n.º 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 (RJ 2008, 3356) (RC n.º 4059/2001), 11 de julio de 2008 (RJ 2008, 3360) (RC n.º 3675/2001), 10 de marzo de 2010 SIC (RJ 2010, 2345), (RC n.º 1435/2005) y 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 5694), (RC n.º 1337/2006) entre muchísimas más. Por otra parte, esta Sala, apoyándose en el carácter no punitivo de la norma aplicada, y, sobre todo, en el artículo 2.3 CC (LEG 1889, 27), ha rechazado tanto la aplicación retroactiva de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal , como la retroactividad de la reforma del régimen jurídico de las sociedades anónimas operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre (RCL 2005, 2199), sobre Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España (SSTS de número 961/2008, de 15 octubre (RJ 2008, 125), reproduciendo la de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8136) , y de 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 5694) (RC n.º 1337/2006)). En consecuencia, los hechos deben regirse por la norma vigente al tiempo de producirse, sin que a los ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del 2005 les sea aplicable lo dispuesto en esta, sobre la limitación de responsabilidad a las deudas contraídas después del acaecimiento de la causa de disolución, sino el texto vigente hasta la reforma, que alude a responsabilidad por deudas sociales, sin hacer distinción entre anteriores o posteriores a dicha fecha (SSTS de 30 de junio de 2010, (RC n.º 1337/2006) y de 10 de noviembre de 2010, (RC n.º 791/2007)). A lo que cabe añadir que el último inciso del artículo 262.5º LSA establece una presunción iuris tantum (solo de derecho, susceptible de prueba en contrario) de que la deuda reclamada es de fecha posterior al acaecimiento de la causa de disolución, que corresponde a los administradores controvertir mediante prueba en contrario sobre su carácter anterior."

Partiendo de estas premisas, la resolución del litigio obliga a centrar el análisis sobre dos cuestiones esenciales, a saber, la concurrencia o no de la causa de disolución apreciada en la sentencia recurrida, y la determinación del momento de nacimiento de la deuda, en el sentido de la legislación reformada.

TERCERO .- La sentencia de primera instancia ha estimado la concurrencia de la causa de disolución prevista en el apartado d) del art. 104.1 de la LSRL , considerando que la sociedad CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES CALDAS DE REIS, S.L. no desempeñaba actividad alguna de las incluidas en su objeto social desde el final del ejercicio 2004. Para ello analiza las conclusiones del dictamen elaborado por el perito Sr. Fabio , aportado por la parte demandante; singularmente se atiende al dato de la falta de variación de las existencias durante todo el ejercicio de 2003, dato indicativo de la ausencia de obra en curso, junto con otros datos complementarios.

El perito ha analizado las cuentas correspondientes a los ejercicios 2003 a 2008 y concluyó con rotundidad que la sociedad no desarrollaba las operaciones propias del objeto social, -la promoción inmobiliaria-, desde 2004; el dictamen informa sobre las magnitudes contables propias de una empresa dedicada a tal tipo de actividad y analiza en detalle cada uno de los ejercicios. El dictamen informa de que en 2004 ya no había variación de existencias (que permanecen inalterables en la cifra de 1.200 euros), hasta 2008; tampoco existen saldos relevantes con acreedores a largo o a corto plazo desde el ejercicio de 2003, efecto predicable también de los gastos por aprovisionamiento. Resulta llamativa la inexistencia de facturación por ventas desde el ejercicio de 2003. De estos datos obtiene el perito la fundada conclusión de que el ejercicio 2004 resulta indicativo de la falta de actividad, concluyendo que aparenta más tratarse de un ejercicio de liquidación (con operaciones de cancelación de saldos e inversiones financieras).

Frente a tales afirmaciones no se aprecia ningún otro elemento probatorio que permita cuestionar las conclusiones del técnico. Los razonamientos del recurrente relativos a que la especificidad del objeto social justifica los datos contables señalados, resultan claramente infundados; no existen datos que permitan afirmar que los registros contables sean indicativos de la continuación de la actividad. La comparación de los balances resulta suficientemente indicativa de la realidad que el perito aprecia y frente a ello los demandados no han articulado prueba alguna que permita convencer de lo contrario. El motivo se desestima.

**CUARTO** .- El momento de nacimiento de la obligación.

Hemos afirmado en anteriores ocasiones que la "responsabilidad-sanción" o más propiamente "responsabilidad por deudas", introducida por la Ley 19/89 no fue concebida, según general opinión, como derivada de la prohibición impuesta a la sociedad incurso en causa de disolución de contraer nuevas obligaciones (al modo que lo hacía el art. 2449 del Codice italiano), sino que fue entendida como norma preconcursal, que hacía derivar la responsabilidad del mero hecho del incumplimiento por los administradores del deber de disolver existiendo causa para ello (o de eliminar, en su caso, la causa de disolución); para la exoneración de responsabilidad no bastaba, pues, con no contraer nuevas obligaciones, sino que se exigía una conducta activa dirigida a convocar junta de disolución o, sucesivamente, solicitar la disolución judicial. La LSRL fue clara en este sentido, cuando expresamente extendió la responsabilidad a "todas las deudas sociales".

Pero la cuestión resultó intensamente modificada con la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley 19/2005, de 14 de noviembre, de introducción de la sociedad anónima europea domiciliada en España (y fue consecuencia, -según es sabido-, de la iniciativa del Grupo Socialista en el Congreso, enmienda nº 34, justificada crípticamente por sus autores por la " *finalidad de llevar a cabo la necesaria coordinación que en materia de responsabilidad de los administradores debe existir entre esta ley y la establecida en la Ley 22/2003, concursal* ", en referencia a que el nuevo art. 172.3 Ley Concursal establecía una responsabilidad de menor alcance) que, finalmente, a medio de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL , (según lo dispuesto en la disposición final 1ª, 8 y 2ª) limita el ámbito objetivo de la responsabilidad que ocupa a las *obligaciones posteriores a la concurrencia de la causa de disolución* , criterio legal que ha pasado al actual art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital .

En punto a la determinación del momento relevante para considerar nacida la obligación hemos considerado, como recuerda la parte apelada, que deberá atenderse a la teoría general sobre el nacimiento de las obligaciones, sin que haya lugar para predicar especialidad alguna cuando se trata de indagar sobre la responsabilidad de los administradores sociales. Las obligaciones nacen cuando nacen, conforme a la normativa general. Ni puede defenderse que nacen a su vencimiento, ni nacen en el momento en que se declare judicialmente su existencia, a salvo de excepcionales supuestos de pronunciamientos constitutivos. Los tribunales, normalmente, declaran una responsabilidad que nace de una obligación preexistente, surgida de cualquiera de las fuentes del art. 1091 del Código Civil (vid. por todas, sentencias de la sección 8ª AP Alicante de 11 de noviembre de 2009 y SAP Castellón, de 1.7.2008).

En el caso sometido a enjuiciamiento, la responsabilidad de la sociedad administrada por los demandados surgió de la constatación de la realidad de vicios o defectos de la construcción con entidad suficiente para ser considerados como incumplimiento de la obligación de entrega que como vendedora había asumido la sociedad demandada en el anterior proceso. Apreciada su existencia en la sentencia, se proclamó la vigencia de una obligación de hacer, tendente a su reparación (cfr. sentencia de esta misma sección de 28.6.2011 , en la que manifestamos que " *el art. 105.5 LSRL en la nueva redacción dada por la reforma de noviembre de 2005 establece el ámbito objetivo de la sanción ciñéndolo a las nuevas obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Tales obligaciones sociales pueden ser de diferente naturaleza (legal, contractual, extracontractual o cuasicontractual), pero no cabe duda alguna que su naturaleza no viene determinada por su reconocimiento en sentencia después de un proceso judicial. En este proceso judicial se reconoce la obligación social que en su día fue asumida y concertada por la sociedad. En el presente caso ostenta naturaleza contractual derivadas de contratos de suministro que se ejecutaron a finales de 2007 y principios de 2008...*", y añadíamos: " *Esta consideración deriva además del propio espíritu de la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre cuando al limitar la responsabilidad de los administradores a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución se refiere al nacimiento de las mismas, pues lo que se pretende en realidad es hacerles responsables de aquellas deudas que no debieron surgir por estar la sociedad incurso en causa de disolución que pudiera perjudicar a nuevos acreedores al contratar con la sociedad en una situación poco idónea para hacer frente a su cumplimiento, especialmente cuando nos enfrentamos a las causas de los apartados c) y e) del art. 104.1 LSRL , como es el caso* ").

En el presente supuesto, promovida la ejecución, fue preciso acudir al procedimiento de cuantificación previsto en el art. 706.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuantificándose definitivamente la deuda por auto de 1.2.2010, pero la obligación ya había nacido del acto de incumplimiento de la prestación asumida en el contrato de ejecución de obra. Las resoluciones judiciales declararon una responsabilidad ya nacida en un momento anterior, en el que todavía *no* se había manifestado la causa de disolución.

Por tal razón, el recurso se ha de ver estimado, con revocación de la recurrida.



QUINTO .- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , estimado el recurso, las costas de la primera instancia se imponen al demandante, vencido en juicio, sin especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Narciso , D. Octavio , y en su consecuencia revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra en autos de juicio ordinario 8/11, con imposición al demandante inicial de las costas devengadas en primera instancia.

Procedase a la devolución del depósito constituido para apelar.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ