



Roj: **SAP PO 2668/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:2668**

Id Cendoj: **36038370012015100474**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2015**

Nº de Recurso: **442/2015**

Nº de Resolución: **467/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00467/2015**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 442/15**

**Asunto: ORDINARIO 382/12**

**Procedencia: MERCANTIL NÚM. 3 PONTEVEDRA**

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

**D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**

**D. MANUEL ALMENAR BELENGUER**

**D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,**

**HA DICTADO**

**EN NOMBRE DEL REY**

**LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA NUM.467**

En Pontevedra a dieciséis de diciembre de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 382/12, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 442/15, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Blanca , representado por el Procurador D. CELSA MUÑOZ LEIRA, y asistido por el Letrado D. MARIA JESUS RIVAS PINTOS; apelante-demandado: D. Adolfo , representado por el Procurador D. MARIA JESUS NOGUEIRA FOS, y asistido del Letrado D. ENRIQUE FONTEBOA VILA, y como parte apelado-demandado: D. Amadeo , representado por el Procurador D. FEKUX HOMBRIA GESTOSO, y asistido por el Letrado D. D, MARIA BEGOÑA DIAZ PIÑEIRO, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con fecha 27 enero 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sra. Muñoz en la representación acreditada, DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Adolfo a satisfacer a la actora la cantidad de 13113 euros



intereses de mora procesal desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago, sin especial imposición de las costas causadas, ABSOVIENDO a D. Amadeo de las pretensiones contra el mismo formuladas, con imposición a la actora de las costas causadas a su instancia."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por D. Blanca , D. Adolfo , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .** - Se ejercitan en el presente proceso, de forma acumulada, acción de responsabilidad por deudas y **acción individual de responsabilidad** de los administradores de la PRONOVA 98 SL. El fundamento de dicha responsabilidad se busca en el incumplimiento del contrato de permuta que celebraron en octubre de 2006 la demandante y dicha sociedad, por el que la primera entregaba unas parcelas de su titularidad y, a cambio, la mencionada sociedad le entregaba una cantidad de dinero y una vivienda unifamiliar.

En el año 2009, cuando la PRONOVA 98 SL estaba acuciada por las deudas, convino con la demandante la entrega de la vivienda que le dijo estaba construida al 85,43%, si bien esta constató que solo estaba construida al 42,60%, llegando a terminar la obra por sus propios medios, reclamando ahora por tales hechos la cantidad de 107.720 euros.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda únicamente por la acción de responsabilidad por deudas y únicamente respecto del administrador de derecho.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación tanto por la demandante como por el administrador condenado.

**SEGUNDO .** - El administrador condenado insiste en que en el año 2009 la sociedad no estaba incurso aún en situación de pérdidas que implicara la existencia de causa de disolución de la misma. Sin embargo consideramos que en realidad no es esta la fecha a tener en cuenta, sino que la fecha a tener en cuenta para el examen de la responsabilidad por deudas cuando se proyecta sobre una concreta obligación, es el momento en que surge la obligación. El art. 105.5 LSRL aplicable al caso establece que:

*Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución 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.*

*En estos casos 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 .*

Es decir, sólo se responde de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. En el presente caso se pretende que se responda del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de permuta celebrado en octubre de 2006, año en que nadie cuestiona que no estuviera la sociedad incurso en causa de disolución. Por lo tanto, el hecho de que posteriormente haya incurrido en causa de disolución es irrelevante para intentar establecer la responsabilidad por obligaciones surgidas o nacidas con anterioridad a la ocurrencia de la causa de disolución.

El nacimiento de la obligación surge con el contrato en que se asume, sin perjuicio de que pueda quedar sometida a condición o a una ulterior determinación. Es el momento del nacimiento el relevante para examinar si en ese momento la sociedad está incurso en causa de disolución pues la finalidad de la norma, especialmente tras la reforma del año 2005 por la Ley 19/2005, que limita la responsabilidad por deudas de los administradores societarios a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, es sancionar la asunción de nuevas obligaciones cuando está en cuestión la propia viabilidad de la sociedad y por lo tanto la posibilidad de hacer frente a nuevas obligaciones. Por eso debe atenderse a la fecha del nacimiento y asunción de la obligación, no a momentos posteriores.

En el caso que nos ocupa la obligación se asume con el contrato de permuta que se concierta en el año 2006. Lo que ocurre en el año 2009 es un cumplimiento defectuoso o mas bien un incumplimiento, que se documenta con la única finalidad de transmitir la vivienda a la parte ahora demandante con intención de evitar que pudiera ser afectada por otros procesos judiciales en que la sociedad parece que figuraba como deudora. Que al hacer



dicha entrega se comprometiera a terminar la obra nada añade a la relación contractual, no surge aquí una nueva obligación, sino que la obligación de terminar la obra deriva del contrato de permuta concertado en el año 2006, siendo la entrega parcial e incompleta del año 2009 una mera ejecución de dicho contrato, además con la idea que late de sustraer dichos bienes a otros acreedores.

En consecuencia, no puede hacerse responsable al administrador social de obligaciones anteriores a la concurrencia de la causa legal de disolución, por lo que procede estimar el recurso del administrador.

**TERCERO** . - Excluida así, en este caso, la responsabilidad por deudas pretendida, queda sin objeto las alegaciones de la demandante- apelante en cuanto a los efectos de dicha responsabilidad en el administrador de hecho y la prueba sobre quién ostenta dicha condición.

Dicho lo cual procede entrar a examinar la acción de responsabilidad individual de administradores rechazada en la sentencia de instancia y cuestionada en esta alzada concretando la parte apelante que el daño directo que invoca no es el que refiere la sentencia de instancia (por la actuación negligente de los administradores consistente en una omisión concreta: a pesar de haber sido expresamente apoderados por la demandante para contraer créditos hipotecarios, las cantidades entregadas no fueron destinadas exclusivamente a la financiación de las viviendas), sino que debido al actuar culposo y negligente de los demandados, la sociedad se ha apropiado de una parte importante de la obra que estaba obligada a entregar en virtud del contrato de permuta, sustrayendo a la demandante una parte importante de la obra que debía entregarse como contraprestación derivada del contrato de permuta.

Es de recordar que la **acción individual de responsabilidad** presupone un comportamiento activo u omisivo, imputable al administrador y antijurídico, es decir, contrario a la ley, a los estatutos o realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, que no es otra que la exigible a un ordenado empresario ( arts. 133.1 , 135 y 127 LSA , a los que remite el art. 69.1 LSRL ). Causando un daño o lesión directa a los intereses del socio o de un tercero.

Es lo cierto que, de la prueba practicada ha de estimarse acreditada la existencia de la deuda de la sociedad con la demandante derivada del contrato de permuta celebrado en el año 2006 y que obligaba a la entrega de lo pactado en sus propios términos.. Pero el incumplimiento de una concreta obligación contractual no es incluíble, con carácter general, en la lesión directa a que se refiere el art. 135 LSA en relación causal con el supuesto comportamiento negligente de los administradores. Cuando un acreedor ve impagado su crédito o incumplida la prestación a que tiene derecho en virtud de un contrato, puede dirigirse contra la sociedad. Si carece de patrimonio suficiente, el daño que se produce en el patrimonio del acreedor no deriva de forma directa de una actuar u omisión del administrador tales como los que pretende la parte apelante, sino de la situación de insolvencia de la propia sociedad, y los supuestos en los que los administradores deben responder en estos casos están acotados por el art. 262 LSA , 105 LSRL y por la Ley Concursal. Así lo señala la STS de 28 abril 2006 (ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés) cuando dice que ese daño directo no puede consistir en la insolvencia de la sociedad, pues como ha señalado la doctrina, estos preceptos no convierten a los administradores en garantes de la sociedad, a diferencia de lo que se obtendría en una de las posibles lecturas posibles de la acción ex art. 265.2 LSA .

Siendo esta la regla jurisprudencial general ciertamente también se ha sostenido que, manteniendo la inexistencia de lesión directa, puede haber un riesgo o peligro de que, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores de la sociedad sufran el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor, la sociedad, cuyo patrimonio es en principio la única garantía, que por efecto de este precepto se ve reforzada con la de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo ( STS 26 mayo 2006 ). Pero este presupuesto debe ser debidamente acreditado, lo que no es el caso.

Ciertamente la Jurisprudencia, en el caso de terceros, ha declarado la responsabilidad individual de los administradores de sociedades económicamente insolventes que suministran información falsa o inexacta a terceros para inducirles a contratar, con plena conciencia de la incapacidad en que se encontrará la sociedad para atender en su día al cumplimiento de la obligación ( SSTS 30 noviembre 2001 o 9 noviembre 2002 , entre otras), así como de los administradores que dejan inactiva la sociedad sin seguir el procedimiento de disolución y liquidación (vg. STS 7 mayo 2004 ), supuestos que se solapan con la especial responsabilidad por deudas del art. 262 LSA y 105.5 LSRL , lo que ha determinado la reducción en la práctica de su ámbito operativo. No obstante, como señala la STS de 4 febrero 2009 , la asunción acumulativa de la deuda social por los administradores establecida en la Ley no puede llevarse hasta el extremo de hacerles responder también de los malos resultados de la empresa después de adoptarse los acuerdos precisos. No puede fundarse la responsabilidad en situaciones de un error razonable o en las consecuencias de un mal resultado económico,



pues una cosa es el riesgo de la empresa sometida a las reglas del mercado, y otra muy diferente el riesgo causado por una gestión negligente.

Por más que la parte apelante pretenda atribuir independencia o autonomía a una obligación que parece hacer derivar de la entrega de parte de la obra en el año 2009, diciendo que, como se atribuía un porcentaje de entrega de obra superior al real, la sociedad se apropiaba así de una parte de la obra -se supone que la diferencia- y este es el daño directo, lo cierto es que ni tiene tal independencia ni, en realidad, existe apropiación alguna de una cosa que no es propia, y lo único que se revela es el incumplimiento de la obligación de entrega que correspondía a la sociedad en virtud del contrato de permuta celebrado en el año 2006, lo que no puede generar la responsabilidad reclamada por lo ya expuesto. De forma que, la discusión de si el incumplimiento es mayor o menor en función del porcentaje de obra efectivamente entregado, tampoco puede servir para sustentar dicha responsabilidad.

**CUARTO** . - Las dudas de hecho y de derecho que se han evidenciado justifican la no imposición de costas en ninguna de las instancias.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Blanca , y, por el contrario, estimar el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Adolfo contra la sentencia dictada el 27 enero 2014 por el Juzgado de lo Mercantil 3 de Pontevedra en el juicio ordinario nº 382/12, y, en consecuencia, desestimar la demanda interpuesta por la primera, sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

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