

Id Cendoj: 28079110012009100660
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 199/2005
 Nº de Resolución: 667/2009
 Procedimiento: Casación
 Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD x
- x ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD x
- x RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR x
- x PRESCRIPCIÓN x
- x INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN x
- x SUPUESTO DE LA CUESTIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CIVIL) x

Resumen:

Acciones individual y subsidiaria social de responsabilidad ejercitadas por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada contra los tres administradores solidarios, por actos defraudatorios. Prescripción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Octubre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto por D. Eulalio , representado por la Procurador D^a. Amparo Ramírez Plaza; y como parte recurrida D. Justiniano , D. Romeo y D^a. Nicolasa , representados por la Procurador D^a. Natalia Martín de Vidales Llorente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D^a. Amparo Ramírez Plaza, en nombre y representación de D. Eulalio , interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Madrid, siendo parte demandada D. Justiniano , D. Romeo y D^a. Nicolasa , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando a la Sala dictase en su día Sentencia "por la que: 1º.- Se condene solidariamente a los demandados, como consecuencia de la acción individual de responsabilidad, a pagar a mi mandante la cantidad de 28.267.964 ptas. más la parte proporcional que corresponda por los beneficios obtenidos por FRANS MAAS SPAIN, S.A. en el ejercicio de 2.000, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios a él directamente causados. 2º.- Subsidiariamente, para el supuesto que no se estime la procedencia de la acción individual, se condene solidariamente a los demandados, como consecuencia de la acción social de responsabilidad, a pagar a la entidad CV IMPORT, S.L. la cantidad de 280.714.636 ptas. más la parte proporcional que corresponda por los beneficios obtenidos por FRANS MAAS SPAIN, S.A. en el ejercicio de 2.000, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados al interés social. 3º.- Se condene solidariamente a los demandados al pago de los intereses legales que correspondan. 4º.- Se condene solidariamente a los demandados al pago de las costas causadas y se causen en este procedimiento.".

2.- La Procurador D^a. Natalia Martín de Vidales y Llorente, en nombre y representación de D. Justiniano , D. Romeo y D^a. Nicolasa , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimando

la excepción de prescripción opuesta o, subsidiariamente, desestimando la demanda y absolviendo a mis mandantes de todos sus pedimentos e imponiendo expresamente las costas al actor, por la interposición de su temeraria demanda."

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dieciséis de Madrid, dictó Sentencia con fecha 26 de marzo de 2.002 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta en nombre de D. Eulalio , en ejercicio de las acciones individual y social de responsabilidad contra administradores absuelvo de ella a los demandados D. Justiniano , D. Romeo y D^a. Nicolasa , todo ello con imposición de costas al demandante."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Eulalio , la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, dictó Sentencia con fecha 21 de julio de 2.004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: QUE CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de Don Eulalio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid en fecha 26 de Marzo de 2.002, en autos de Juicio Ordinario 342/01, de que dimana el presente rollo, debemos CONFIRMAR la expresada resolución, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada."

TERCERO.- 1.- La Procurador D^a. Amparo Ramírez Plaza, en nombre y representación de D. Eulalio , interpuso recurso de casación, ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, respecto la Sentencia dictada en grado de apelación de fecha 21 de julio de 2.004 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.-** Se alega infracción por aplicación indebida del *art. 949 del Código de Comercio*. **SEGUNDO.-** Se alega infracción por inaplicación de los apartados 1 y 4 del *art. 21 del Código de Comercio de 1.885*. **TERCERO.-** Se alega infracción por inaplicación del *art. 1.737 del Código Civil*. **CUARTO .-** Se alega infracción por aplicación indebida, del *art. 134.4 de la Ley de Sociedades Anónimas* .

CUARTO.- Por Providencia de fecha 20 de enero de 2.005, se tuvo por interpuesto el recurso de casación anterior y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala comparecen, como parte recurrente, D. Eulalio , representado por la Procurador D^a. Amparo Ramírez Plaza; y como parte recurrida, D. Justiniano , D. Romeo y D^a. Nicolasa , representados por la Procurador D^a. Natalia Martín de Vidales Llorente.

SEXTO.- Por Auto de esta Sala de 11 de marzo de 2.008 , se admitió el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Eulalio contra la Sentencia dictada con fecha 21 de julio de 2.004, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20^a .

SEPTIMO.- Dado traslado, la Procurador D^a. Natalia Martín de Vidales y Llorente, en representación de D. Justiniano y otros, presentó escrito de impugnación al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de septiembre de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus **Corbal** Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de proceso versa sobre acciones individual y social de responsabilidad ejercitadas por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada contra los tres administradores solidarios. El acto defraudatorio afirmado como fundamento consiste en que los administradores solidarios se deshicieron del patrimonio social, pues formado éste únicamente por las acciones de una sociedad anónima (dedicada al sector de transportes), sucede que el capital no desembolsado por la adquisición de dichas acciones (que había de consistir en aportaciones no dinerarias de mobiliario y material de oficina e informático) fue aportado por una tercera sociedad que tiene como únicos socios a dichos administradores, y en cuanto a la parte de capital desembolsado (aportación dineraria) se alega que ya no figura en la sociedad porque las acciones pertenecen a la sociedad anónima antes indicada. Por lo que respecta a la sociedad objeto de controversia, desde el año 1994 no ha presentado cuentas ni convocado Juntas Generales.

Por Dn. Eulalio se dedujo demanda contra Dn. Justiniano , Dn. Romeo y Dña. Nicolasa por la que

solicitó, con carácter principal, se condenase solidariamente a los demandados como consecuencia de la acción individual de responsabilidad a pagar la cantidad de 28.267. 964 pesetas, más la parte proporcional que corresponda por los beneficios obtenidos por FRANS MAAS SPAIN, S.A., en el ejercicio de 2.000, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios a él directamente causados. Y, subsidiariamente, para el supuesto de que no se estime la procedencia de la acción individual, se condenase solidariamente a los demandados, como consecuencia de la acción social de responsabilidad a pagar a la entidad CV IMPORT, S.L., la cantidad de 280.714.636 pesetas, más la parte proporcional que corresponda por los beneficios obtenidos por FRANS MAAS SPAIN, S.L.A., en el ejercicio de 2000, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados al interés social, en ambos casos más intereses legales y costas.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 16 de Madrid el 26 de Marzo de 2.002, en los autos de juicio ordinario número 342 de 2.001, desestimó la demanda y absolvió a los demandados. La "ratio decidendi" se concreta en la prescripción de la acción individual ejercitada con carácter principal y la falta de legitimación del demandante en cuanto a la acción social ejercitada con carácter subsidiario por no cumplir los requisitos que exige el *art. 134.4 LSA* .

La Sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de julio de 2.004, en el Rollo número 808 de 2.002, desestimó el recurso de apelación y confirma la resolución recurrida. La "ratio decidendi" es prácticamente la misma de la Sentencia de primera instancia: la prescripción extintiva de la acción individual sea el plazo de prescripción el de un año, o el de cuatro años; y que no se ha acreditado la solicitud por el actor de la convocatoria de la Junta a los efectos del *art. 134.4 LSA* "de forma eficiente para lograr el acuerdo al respecto" en cuanto a la acción de responsabilidad social.

Contra esta última Sentencia se interpuso por Dn. Eulalio *recurso de casación* articulado en cuatro motivos, que fue admitido por Auto de esta Sala de 11 de marzo de 2.008, rectificado por el de 24 de marzo siguiente, en los que se denuncia infracción, por aplicación indebida, del *art. 949 del Código de Comercio (motivo primero)*; infracción, por inaplicación de lo dispuesto en los *apartados 1 y 4 del art. 21 del Código de Comercio* , y *art. 91 del Reglamento del Registro Mercantil (motivo segundo)*; infracción, por inaplicación, del *art. 1.737 del Código Civil (motivo tercero)*; e infracción, por aplicación indebida, del *artículo 134.4 de la Ley de Sociedades Anónimas (motivo cuarto)* .

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos del recurso , que se refieren a la acción individual de responsabilidad (*arts. 69.1 LSRL y 133 y 135 LSA*), carecen de consistencia por lo que deben desestimarse, aparte de que, incluso con independencia del mayor o menor acierto de la argumentación de las sentencias dictadas en primera instancia y apelación, la pretensión de que se trata resulta absolutamente improsperable.

Las razones en que se sustenta la apreciación expuesta se resumen en las siguientes consideraciones:

1ª. Aunque el "dies a quo" del cómputo del plazo de cuatro años de prescripción extintiva del *art. 949 del Código de Comercio* no sea el del acto lesivo en que se fundamenta la acción, como estima la resolución recurrida, sino el del cese de los administradores, a los efectos de dicha prescripción de la acción el cese se produjo con la renuncia de los administradores solidarios en el año 1.995 (7 y 8 de agosto), la cual fue comunicada fehacientemente a la sociedad, en tanto que declaración de voluntad recepticia, pero que no precisa de la aceptación de la Junta. La apreciación se deduce del *art. 949 C . Com.* que establece que la acción contra los Administradores de las Compañías o Sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que *por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la Administración*.

2ª. Frente a lo anterior no cabe aceptar las alegaciones en sentido contrario de la parte recurrente porque (a) conoció las renunciaciones (según explícitamente consta en la sentencia de apelación), y, en cualquier caso, un eventual desconocimiento sería imputable a su conducta de incuria y total desentendimiento de la sociedad, (b) no obsta a que se inicie y transcurra el tiempo de la prescripción la responsabilidad que proceda exigir de los administradores que renuncian a la administración sin proveer a la vacante dejando abandonada la gestión y representación social, porque no existe relación entre esta infracción del deber de diligencia y su responsabilidad por hechos anteriores al cese, que son los que determinan la acción individual; y (c), finalmente, no cabe estimar que hubo interrupción alguna de la prescripción porque al tiempo del requerimiento notarial de 21 de noviembre de 2.000 ya había transcurrido el plazo de cuatro años, y además tampoco podía producir efecto interruptivo dicho requerimiento al no ser ninguno de sus objetivos la acción individual que se examina.

3ª. En cualquier caso ("ad omnem eventum"), y aunque por las razones expuestas ya no cabe discurrir sobre una eventual casación con subsiguiente asunción de la instancia, sin embargo, a modo de

refuerzo de la desestimación de la pretensión actora, debe decirse que nunca podría prosperar porque el *art. 135 LSA (al que se remite el 69.1 LSRL)* exige daño "directo", y el acto lesivo aquí denunciado (venta de patrimonio social) no constituye un daño directo, sino "indirecto". Efectivamente, la incidencia negativa (objeto de denuncia) en el patrimonio del actor (socio) se produce por un daño al patrimonio social que repercute en su participación como socio, y no por una relación directa del acto ilícito (hipotético) con su patrimonio personal. Ello puede explicar la interposición de una acción social, pero es ajeno a una acción individual *ex art. 135 LSA*.

TERCERO.- Desestimada la acción ejercitada con carácter principal en la demanda -individual de responsabilidad (*arts. 69.1 LSRL y 135 LSA*)- procede examinar la acción social ejercitada con carácter subsidiario (*arts. 69.1 LSRL y 135 LSA*), a la que se refieren los motivos tercero y cuarto del recurso de casación.

La resolución recurrida resuelve el tema rechazando la legitimación de la actora para ejercitar la acción social con base en que no queda acreditada la solicitud verificada por la actora a este respecto, de forma eficiente para lograrlo, máxime si tomamos en consideración lo acaecido con los requerimientos notariales y con el hecho de que a la fecha de los mismos el actor conocía desde, al menos tres años antes, la caducidad del cargo de los administradores de los hoy demandantes.

La parte recurrente trata de combatir la decisión de la sentencia recurrida argumentando que la renuncia al cargo no exime al administrador de seguir desempeñando sus funciones hasta el nombramiento de quien haya de sucederle y que el requerimiento notarial para que los administradores convocaran la Junta en los efectos del *art. 134 LSA* (decidir sobre el ejercicio de la acción social) fue recepcionado por los mismos, sin que hayan procedido a la convocatoria.

Con carácter prioritario debe señalarse, en línea de principio, que, tanto la renuncia -declaración unilateral notificada fehacientemente a la sociedad (*arts. 147 RRM y 1732 CC*)-, como la caducidad por transcurso del plazo de duración correspondiente (*arts. 60.2 LSR y 145 RRM*), producen la extinción del cargo de administrador social. Sin embargo, si no hay otro administrador titular, o suplente (*arts. 59.1 LSRL*), el administrador renunciante o cesante está obligado a convocar la Junta para cubrir la vacante y atender, en el interregno, a las necesidades de la gestión y representación. Se entiende que subsiste transitoriamente su cargo, y como consecuencia su responsabilidad, para evitar el daño que a la sociedad pueda producir la paralización del órgano de administración. Así resulta del deber de diligencia (*arts. 61.1 y 69.1 LSRL, 127 y 133 LSA; 1737 CC*), y en dicho sentido de "continuar en el ejercicio del cargo hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a tal situación" se manifiesta la doctrina de la DGR y N (por todas, Res. 15 de enero de 2.002, y las que cita) con base en que es contrario a dicho deber dejar a la sociedad sin órgano de administración.

Dicho lo anterior, y ya en análisis del asunto, debe señalarse que si bien los administradores sociales renunciaron al cargo en el año 1.995, y en cualquier caso, se produjo (o habría producido) la caducidad el 30 de junio de 1.997, no proveyeron a la normal provisión de la vacante convocando la Junta al efecto. Habida cuenta tal situación no resulta dudoso que en principio incumplieron el deber de diligencia, y están sujetos a la responsabilidad conexas a su situación.

Sin embargo, la problemática que se plantea no se encuentra directamente relacionada con tal conducta. El rechazo de la acción social por las sentencias de primera instancia y apelación (la de la segunda instancia, aparte de sus propios razonamientos, acepta expresamente los de la apelada) tiene como "ratio decidendi" la falta de legitimación del actor para ejercitar la acción social por no haber cumplido los requisitos del *art. 134 LSA* (Sentencia del Juzgado), "por no quedar acreditada la solicitud verificada por la actora a este respecto, de forma eficiente para lograrlo" (Sentencia de la Audiencia Provincial). Es decir, se considera que el actor no cumplió adecuadamente con la solicitud de Junta para poder entablar la acción.

Para desvirtuar el fundamento de la decisión, la parte recurrente invoca el requerimiento notarial a los administradores sociales el 21 de noviembre de 2.000 y la inactividad de los mismos, con infracción del *art. 1.737 CC* (tercer motivo del recurso), por lo que es suficiente, -a su juicio- para legitimarle para el ejercicio de la acción social conforme al *art. 134.4 LSA (motivo cuarto)*.

A la estimación del motivo se oponen dos obstáculos; uno, de carácter procesal, casacional; y un segundo, de naturaleza sustantiva.

El primer impedimento, eminentemente formal, consiste en que el recurso descuida el aspecto fáctico

y se comporta como si la casación fuera una instancia, pues, ante la falta en la sentencia impugnada de relación histórica al respecto del tema suscitado, monta su propia relación de hechos, por cierto parcial por subjetiva ("pro domo sua") e incompleta, con lo que desconoce la función de la casación, en la que la "cognitio" del Tribunal se circunscribe a la verificación jurídica de la base fáctica de la sentencia recurrida, sin que quepa otro desvío que la denominada "integración del factum" que se limita a constatar, incorporándolos, hechos de carácter complementario o accesorio de constancia necesaria para posibilitar la respuesta jurídica. Ante tal situación, al Tribunal sólo le queda la alternativa de dar por buena la versión fáctica de la parte recurrente, lo que es contrario al sistema, y, en concreto, al principio de igualdad procesal, generando indefensión para la contraparte, o entender que no es posible la respuesta casacional, por no haberse fijado previamente el presupuesto fáctico por el cauce adecuado del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que no resulta posible decir el derecho ("ex facto oritur ius").

El segundo obstáculo radica en que, aún en el caso de que fuere posible integrar el contenido de la sentencia recurrida (que comprende por asunción también el contenido de la apelada) con la existencia de un requerimiento notarial a los administradores para que convocasen la Junta a los efectos del *art. 134 LSA (al que se remite 69 LSRL)*, en el caso concurren una serie de circunstancias que impiden atribuir idoneidad a tal solicitud, tanto en la perspectiva de la diligencia y buena fe, e intereses de otros socios (no administradores), como del rigor en la aplicación de la normativa societaria, de modo que lo que debió haber hecho el socio (actor-recurrente) fue interesar la convocatoria judicial de la junta (*art. 45.2, 4 y 5 LSRL*). Las circunstancias del caso aludidas hacen referencia a la sociedad y al propio socio demandante.

En cuanto a la sociedad procede resaltar para la perspectiva expuesta que no celebró Junta alguna desde el año 1.994 en que cambió el domicilio a Guadalajara, no presentó cuentas en el Registro Mercantil desde hacía más de seis años, tenía bloqueado el acceso al Registro por razones fiscales y estaba prácticamente inoperante o inactiva pues no constar el desarrollo de ninguna actividad directa o indirecta en el tráfico. Y en cuanto al socio recurrente cabe destacar que observó un desentendimiento total de la sociedad pues ni siquiera asistió a la Junta de 1.994, pues conoció la constitución de la entidad LUMICAR S.L. y la compra por ésta de las acciones que CV Import S.L. tenía en LITO FM, S.A., adquisición que se dice dañosa para el actor, en los años 1.994 y 1.995, y asimismo conoció la renuncia de los administradores sociales, y reconoce que en siete años nunca pidió cuentas de la sociedad, solicitó celebración de junta de aprobación de las mismas, ni realizó ninguna gestión en defensa de sus derechos.

Por todo ello, los motivos tercero y cuarto también decaen.

CUARTO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo (*arts 398.1 y 394.1 LEC*).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dn. Eulalio contra la Sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de julio de 2.004, en el Rollo número 808 de 2.002, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus **Corbal** Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus **Corbal** Fernandez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.