

Audiencia Provincial

de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia num. 162/2016 de 31 marzo

[JUR\2016\88383](#)



Sociedades.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación 50/2016

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00162/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 50/16

Asunto: VERBAL 76/15

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 1 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.162

En Pontevedra a treinta y uno marzo de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento verbal 76/15, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 50/16, en los que aparece como parte apelante-demandado: Urbano , representado por el Procurador D. LOURDES MARTINEZ CABRERA, y asistido por el Letrado D. MARIA BALTAR ABALO, y como parte apelado-demandante: ESCAYOLAS BASILIO SL, representado por el Procurador D. MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, y asistido por el Letrado D. MILAGROS FERNANDEZ CASTRO, 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. 1 de Pontevedra, con fecha 2 octubre 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por la representación procesal de Escayolas Basilio, SLU frente a Urbano , condeno al demandado a abonar a la actora la suma de 2.530,09 euros en la forma y con el interés expresado en el fundamento jurídico 4º de la presente.

Sin expresa imposición de las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Urbano , 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

. - La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda en que se ejercita acción de responsabilidad de administrador de sociedad de capital por no haber procedido a actuar conforme a la ley cuando la sociedad administrada estaba incurso en causa de disolución y, en consecuencia, condena al administrador al pago de una deuda social sobre la que ya existía pronunciamiento de los tribunales de instancia al ser reclamada en sede judicial a la propia sociedad.

Contra dicha sentencia se interponer recurso de apelación por el demandado alegando prescripción de la acción y diversas cuestiones de fondo.

SEGUNDO

. - Con carácter previo señalar que la parte apelada cuestiona la admisibilidad del recurso de apelación al considerar que se trata de un juicio verbal de cuantía no superior a 3.000 euros, por lo que la sentencia que le pone fin estaría excepcionada del recurso conforme al [art. 455.1 LEC](#).

No puede admitirse tal interpretación cuando la demanda se interpone reclamando una cantidad superior a 3.000 euros, por más que, durante el proceso, y concretamente en la vista, la parte actora renuncie a una de sus pretensiones económicas, lo que efectivamente hace que la reclamación final que se mantiene no supere los 3.000 euros. Pero tal alteración no puede afectar a los efectos propios de la litispendencia y a la *perpetuatio iurisdictionis* , que se mantienen en el estado de cosas al inicio del proceso por más que su objeto, como es el caso, sufra alguna modificación. La cuantía del proceso, en lo que ahora interesa, y que también afecta al tipo de proceso y sus diversas fases, debe ser considerada tal y como se planteó en su inicio, desde la interposición de la demanda ([arts. 410 y 411 LEC](#)).

TERCERO

. - El primer motivo del recurso se centra en la falta de congruencia de la sentencia al no haberse pronunciado sobre la excepción de prescripción. Ciertamente la sentencia infringe el [art. 218 LEC](#) al no haberse pronunciado sobre la excepción de prescripción planteada en el acto de la vista por la parte demandada, defecto que debe ser solventado ahora en esta instancia dando respuesta a tal cuestión.

Debe tenerse en cuenta que la sentencia estima la pretensión a través de la que se ejercita la acción

de responsabilidad por deudas que, atendiendo a la fecha de los hechos, mayo de 2010, aún estaba en vigor la [LSRL](#) y concretamente su [art. 105.5 LSRL](#) , ahora [art. 367 LSC](#) que entró en vigor el 1 septiembre de 2010, al no establecer el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, normas de derecho transitorio, debiendo acudirse al [art. 2.1 CC](#) .

En todo caso, la regulación de dicha responsabilidad sigue siendo la misma con una y otra legislación.

A pesar de ello la parte apelante pretende que se aplique retroactivamente el [art. 241 bis LSC](#) que establece una nueva regulación de la prescripción, según el cual: La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse . Norma introducida por la [Ley 31/2014, de 3 de diciembre](#) , que entró en vigor el 24 diciembre 2014.

Como se ha dicho, esta nueva norma no estaba en vigor en el momento a tener como referente para determinar el derecho aplicable. Pero además deben señalarse dos consideraciones. La primera, que no se puede acudir a la Disposición transitoria tercera del CC para pretender su carácter retroactivo sobre la base de la naturaleza sancionadora de la norma. A pesar de que esta Sala sostuvo reiteradamente el carácter retroactivo de la primera reforma relevante en la materia en el año 2005 al reformarse el [art. 105 LSRL](#) , en cuanto más beneficiosa en una materia que se consideraba tenía un carácter sancionador, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma algo imprecisa en un inicio, sin embargo desde la STS de 30 junio 2010 , ha rechazado tal carácter sancionador *stricto sensu* , impidiendo el carácter retroactivo de la reforma por cuanto nada en la misma se establece sobre tal cuestión. Dice la meritada sentencia, referida al art. 262 [LSA](#) , pero igualmente aplicable al [art. 105 LSRL](#) , que:

Rechazado que la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónima *tenga* naturaleza punitiva y constatado que atribuye a los acreedores de la sociedad la facultad de exigir a los acreedores que respondan solidariamente de las obligaciones sociales, la retroactividad de las normas que limitan la extensión de la responsabilidad no puede analizarse exclusivamente desde la perspectiva de las normas sancionatorias, ya que, como afirma la referida sentencia 953/2007, de 16 de septiembre : "esa correlación entre los efectos negativo y positivo de la medida para los administradores y los acreedores sociales, respectivamente, y, al fin, esa función protectora de los intereses de estos últimos que cumple el [artículo 105.5](#) de la Ley 2/1995 -así como el 262.5 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas - impide calificar a la referida norma como sancionadora, lo que, consecuentemente, se traduce en que no corresponda considerar llamado el conjunto de reglas jurídicas que la [Constitución Española](#) vincula a las de aquella naturaleza.

El alto Tribunal ha matizado que cuando en este ámbito se habla de responsabilidad por deudas como una responsabilidad sanción no lo es en sentido propio, sino impropio, a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento legal. En esta línea pueden citarse, entre otras, las SSTS 23 febrero y 17 marzo 2011 .

Más recientemente, puede citarse la STS 10 julio 2014 según la cual:

El principio general que inspira nuestro ordenamiento "tempus regit actum" supone la irretroactividad de las normas, tal como proclama el [art. 2.3 CC](#) (LA LEY 1/1889) en aras al principio de seguridad jurídica que informa nuestra constitución (art. 9.3) que impide someter a su imperio las relaciones jurídicas anteriores, ni cabe una interpretación extensiva a supuestos no expresamente comprendidos en ellas (SSTS 7 de julio de 1987 , 19 de abril de 1988 , 3 de junio de 1995 , 24 de noviembre de 2006

, 30 de junio de 2010 y 22 de julio de 2010), por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (STS de 17 de noviembre de 2006).

Así también, la Disposición Transitoria Tercera del CC (LA LEY 1/1889) establece una excepción cuando la nueva norma sanciona con penalidad civil o privación de derechos, actos y omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores cuando se ejecutó el acto o cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, aplicándose en este supuesto la disposición o norma más benigna.

2. Se trata en el presente supuesto si debe ser aplicado el [art. 105.5 LSRL](#) vigente en el momento en que tuvo lugar los hechos originadores de la responsabilidad societaria por deudas o, por el contrario, la misma norma modificada por la [Ley 19/2005, de 14 de noviembre](#) (LA LEY 1577/2005), sobre sociedad anónima europea domiciliada en España (que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005).

En su redacción originaria el [art. 105.5 LSRL](#) decía: "5. El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales". Tras la modificación, el precepto quedó redactado en los siguientes términos, idénticos al previsto en el vigente [art. 367](#) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010): "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administrados 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 ...".

Las sentencias de instancia han entendido que debe aplicarse la norma más beneficiosa que es la que entró en vigor tras la modificación operada por la Ley 19/2005, pero por distintas razones. La de primer grado porque entendía que rige la norma vigente en el momento de ejercitarse la acción, la sentencia recurrida porque entendió que el precepto no deja de ser considerado como una pena civil, interpretando, dice, la STS de 9 de enero de 2006 y otras anteriores.

Pues bien, ni procede interpretar el [art. 2.3 CC](#) (LA LEY 1/1889) y la DT 3ª CC (LA LEY 1/1889) como lo interpreta el Juzgado de 1ª Instancia, ni tampoco es sostenible, por superada, la interpretación como pena civil del [art. 105.5 LSRL](#) , incluso en la STS que invoca, reproduciéndola, del 9 de enero de 2006 , que finalmente aplica la norma vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, de acuerdo con el Fundamento de Derecho cuarto, último párrafo, precisando que "referido al supuesto de responsabilidad por deudas, entendió que la jurisprudencia ha sufrido una evolución, pasando de entender que tal responsabilidad suponía una suerte de "pena civil" a entender que se fundamentaba en un "hecho objetivo" (no convocar) lo que suponía una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva". Esta es la más reciente y uniforme Jurisprudencia de esta Sala. Es una responsabilidad por deuda ajena "ex lege" que no tiene naturaleza de "sanción" o "pena civil", como señalan las STS 1063/2012, de 7 de marzo , de 14 de mayo de 2007, 13 de abril de 2012, 26 de noviembre de 2011, 30 de junio de 2010, 10 de noviembre de 2010, entre otras. Por ello, no cabe la retroactividad del precepto ([art. 105.5 LSRL](#)) tras la promulgación de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre (LA LEY 1577/2005), siendo de aplicación la originaria .

La segunda consideración a realizar es que, atendiendo tanto a la literalidad del nuevo [art. 241 bis LSC](#) como a su ubicación sistemática, difícilmente sería de aplicación a la responsabilidad por deudas que está regulada en el [art. 367 LSC](#) y no resulta mencionada en el [art. 241 bis LSC](#), además de tener en cuenta que el art. 949 CCo . sigue en vigor. En todo caso esta cuestión es objeto hoy de una viva discusión doctrinal.

CUARTO

. - Expuesto lo anterior y ya en orden al cómputo del plazo de prescripción, el art. 949 CCo . establece el plazo de cuatro años desde el cese del administrador. Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, entre ellas en las sentencias que cita la parte apelante, diciendo en nuestra sentencia de 27 junio 2014 (Pnte. Sr. Pérez Benítez):

Que las acciones tendentes a exigir responsabilidad a los administradores, en sus diversas formas, están sujetas al plazo prescriptivo cuatrienal previsto en el art. 949 del [Código de Comercio](#) , es cuestión pacífica en la doctrina jurisprudencial desde la conocida sentencia de 20 de julio de 2001 .

Así lo reiteran, sin ningún ánimo exhaustivo en la cita, las STS 12 de junio de 2009 y la de 6 de octubre de 2009 . La primera precisa que el plazo computa desde que el administrador cesa en el cargo, lo que se habrá de determinarse desde la inscripción del cese en el RMer (STS 26.5.06 , entre otras), "doctrina que ha de entenderse en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los administradores por falta de inscripción en el registro no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la existencia de dicha responsabilidad".

La cuestión de la interpretación del momento exacto del "cese del administrador" ha llegado con frecuencia a los tribunales, que la han resuelto en la forma que recoge la sentencia recurrida. La STS 14 de abril de 2009 entendió que el cese resultaba oponible a la parte actora, pese a no constar inscrito, porque era "tercero de mala fe", conocedor de la existencia real del cese. La sentencia del TS resuelve el problema partiendo de la diferenciación entre los efectos materiales y formales del cese, en línea con lo sostenido en la STS de 27 de noviembre de 2008 :

"En el plano sustantivo, tal y como se precisa en las SSTs 26 de junio de 2006 y 3 de julio de 2008 , la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador no comporta por sí misma la ampliación del lapso temporal en el que deben de estar comprendidas las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad, pues la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el Registro Mercantil (artículo 21.1 CCom , en relación con el artículo 22.2 CCom) no excusa la concurrencia de los requisitos exigibles en cada caso para apreciar la responsabilidad establecida por la ley. Únicamente cabe admitir que la falta de diligencia que comporta la falta de inscripción puede, en algunos casos, especialmente en supuesto de ejercicio de la acción individual del artículo 135 [LSA](#) , constituir uno de los elementos que se tengan en cuenta para apreciar la posible responsabilidad, en la medida en que la falta de inscripción pueda haber condicionado la conducta de los acreedores o terceros fundada en la confianza en quienes creían ser los administradores y ya habían cesado. La inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador carece de carácter constitutivo, de manera que ha de estarse al cese efectivo en orden a fijar la responsabilidad del administrador, lo que, en otras palabras, significa que sólo cabe extender la responsabilidad a los actos que tengan lugar hasta el momento en que cesó válidamente, y no pueden los terceros de buena fe ampararse en la falta de inscripción para demandar responsabilidades derivadas de actos ocurridos después del cese y antes de su inscripción en el Registro.

Distinto es el efecto que debe atribuirse a la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador en el plano formal, cuando se trata de efectuar el cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a exigir su responsabilidad. Según se infiere de las citadas SSTs de 26 de junio de 2006 y 3 de julio de 2008 , cuya doctrina ha sido recogida en otras posteriores, si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la

inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento."

Más recientemente, la misma doctrina se reitera en la sentencia del TS de 19 de noviembre de 2013, dictada en conocimiento de un recurso de casación interpuesto frente a otra sentencia de esta misma sección de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que vuelve a afirmarse que "La relevancia a estos efectos de la constancia registral del cese del administrador ha sido precisada por esta Sala en ocasiones anteriores. En concreto las [sentencias núm. 700/2010, de 11 de noviembre](#), recurso núm. 1927/2006, y núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010, distinguen entre los efectos materiales o sustantivos que se siguen de la falta de inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil y los efectos formales que afectan al cómputo del plazo de prescripción. En el plano material, la falta de inscripción del cese no comporta por sí misma que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo. A meros efectos formales, y en orden a dilucidar si la acción ejercitada está o no prescrita, el criterio seguido por esta Sala es que si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento."

En consecuencia y en lo que en este proceso interesa, "si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento» ([sentencias núm. 184/2011, de 21 de marzo](#), recurso núm. 1456/2007, y núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010)".

Por tanto, en el caso de que, como aquí sucede, no exista constancia registral del cese, -lo que se sitúa en un marco de absoluta relajación en el cumplimiento de las obligaciones registrales por parte de los administradores demandados, que dejaron de presentar las cuentas anuales apenas constituida la sociedad-, serán el demandado el que deba probar que el actor conocía que había cesado en el ejercicio de sus funciones, no bastando claramente la afirmación general de que se trataba de empresas que operaban en el mismo sector de actividad.

Aplicando dicha doctrina al caso, el administrador apelante no había cesado en su cargo formalmente pues no constaba inscrito y no se ha probado mala fe de la parte demandante en orden a tener un conocimiento exacto y cabal de su cese como administrador en un momento anterior. En realidad, nada ha probado la parte apelante sobre esta cuestión. Además, en modo alguno se puede extraer como consecuencia inequívoca, notoria e indiscutible, como parece pretender la parte apelante, que por el cierre de un local en que se llevaba a cabo actividad de la empresa, se ha producido el cese de su administrador

QUINTO

. - Entrando ahora en el fondo del asunto, alega la parte apelante que en el momento de contraer la

deuda no estaba la sociedad incurso en causa de disolución y, de estar atravesando alguna dificultad económica, la parte demandante contrató con pleno conocimiento de la misma.

Frente a tales alegaciones debe tomarse en consideración la norma del [art. 105.5 LSRL](#) (ahora [art. 367.2 LSC](#)), según el que, en tales supuestos, *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*.

Presunción aplicable al caso por cuanto la parte apelante no ha practicado prueba alguna para enervar dicha presunción. Se limita a realizar meras alegaciones y valoraciones sin sustento probatorio alguno.

Además, la misma reconoce que las últimas cuentas anuales presentadas se corresponden con el ejercicio del año 2007, es decir, tres años antes de que se contrajeran las obligaciones que ahora se reclaman, y que además no han sido cuestionadas.

Olvida la parte apelante que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, es lo cierto que, invocada como causa de disolución, entre otras, el desbalance a que se refiere el art. 104.1 e) LSRL (ahora art. 363 e) LSC), la no presentación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios posteriores, es un indicio sobre la existencia de dicha causa que debe ser destruido por la prueba de la parte demandada que deberá acreditar la inexistencia de dicha causa de disolución, no solo por los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que establece el [art. 217.7 LEC](#), sino por la presunción legal antes transcrita, en cuanto a que las obligaciones sociales se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa de legal de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

SEXTO

. - Procede imponer las costas de este recurso a la parte apelante ([art. 398.1 LEC](#)).

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 D. Urbano contra la sentencia dictada el 2 octubre 2015 por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Pontevedra en el juicio ordinario nº 76/15, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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