

Trabajo Fin de Máster

Máster universitario en abogacía

Dictamen elaborado por Ignacio PÉREZ GARCÍ

Con objeto de analizar la responsabilidad
de los administradores de una Sociedad
Municipal por la no ordenada disolución en
base al artículo 367 de la LSC

Directora:
Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho
Zaragoza, 13 de enero de 2017

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. ABREVIATURAS..... | 3 |
| II. ANTECEDENTES DE HECHO..... | 4 |
| 1. LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MUNICIPAL DE MACONDO, S.L.U. | 4 |
| 2. EL CONTRATO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y LA GESTIÓN CELEBRADO ENTRE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MUNICIPAL Y LA SOCIEDAD GESTORA..... | 7 |
| 3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO..... | 8 |
| 3.1. Demanda de la Sociedad Gestora | 8 |
| 3.2. Contestación por parte de la Sociedad Urbanística de Macondo | 10 |
| 3.3. Resolución judicial..... | 11 |
| 4. IMPOSIBILIDAD DE PAGO DE LA CONDENA POR LA SOCIEDAD MUNICIPAL | 13 |
| III. CUESTIONES JURÍDICAS DEBATIDAS..... | 16 |
| IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO..... | 17 |
| 1. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MUNICIPALES Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE..... | 17 |
| 2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA | 22 |
| 2.1. Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades municipales unipersonales | 22 |
| A) Régimen sustantivo | 22 |
| B) Régimen procesal | 28 |
| 3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL EN CASO DE CAUSA DE DISOLUCIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD..... | 29 |
| 3.1. Administradores responsables de la falta de promoción de la ordenada disolución mediando causa para ello. Eficacia constitutiva de la inscripción del cese de los administradores en el Registro Mercantil | 29 |
| 3.2. Deudas de las que deben responder los administradores: deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución..... | 34 |
| A) La calificación de las deudas como deudas posteriores. La relevancia de la fecha de devengo..... | 34 |
| B) Concurrencia de las causas de disolución y falta de su promoción | 40 |
| C) <i>Dies a quo</i> del acaecimiento de la causa de disolución por pérdidas | 42 |
| D) Imposibilidad de extinguir la responsabilidad por quedar superada la situación que provoca la causa de disolución | 49 |
| 3.3. Plazo de prescripción de la acción..... | 52 |
| 3.4. Exoneración por falta de buena fe del acreedor social..... | 56 |

| | |
|---|-----------|
| 4. LA IMPOSIBILIDAD DE DERIVAR LA RESPONSABILIDAD AL | |
| AYUNTAMIENTO DE MACONDO | 60 |
| V. CONCLUSIONES | 62 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA..... | 65 |

I. ABREVIATURAS

| | |
|-----------|---|
| Art. | Artículo |
| AP | Audiencia Provincial |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| BORME | Boletín Oficial del Registro Mercantil |
| CC | Código Civil |
| CCom | Código de Comercio |
| LALA | Ley de la Administración Local de Aragón |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LPAP | Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas |
| LRBRL | Ley Reguladora de Bases del Régimen Local |
| LRJAP-PAC | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| LRJSP | Ley del Régimen Jurídico del Sector Público |
| LSA | Ley de Sociedades Anónimas |
| LSC | Ley de Sociedades de Capital |
| LSRL | Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada |
| RBASOELA | Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón |
| RM | Registro Mercantil |
| RRM | Reglamento del Registro Mercantil |
| RSCL | Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales |
| SA | Sociedad Anónima |
| SL | Sociedad Limitada |
| SLU | Sociedad Limitada Unipersonal |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |

Para dejar constancia de la situación planteada y manifestaciones de parecer por mi parte, a la vista de la documentación aportada previamente por los administradores demandados y las reuniones mantenidas con los mismos, vengo a emitir el presente **DICTAMEN JURÍDICO:**

Se acude con la intención de que me pronuncia sobre las posibles vías de defensa para contestar a la demanda frente interpuesta por responsabilidad de los administradores por no promover la ordenada disolución de la Sociedad que administraban mientras esta estaba incurso en una causa de disolución.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

1. LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MUNICIPAL DE MACONDO, S.L.U.

La Sociedad Urbanística Municipal de Macondo, S.L.U. (en adelante Sociedad Urbanística) fue constituida en el año 2005 con domicilio social en el municipio de Macondo del que depende su actividad societaria, perteneciente a la Comunidad Autónoma de Aragón. La sociedad cuenta con un socio único, el Ayuntamiento de Macondo, que ostenta la totalidad de las participaciones. Por su parte, la Junta General queda integrada por el Pleno del Ayuntamiento, tal y como establecen los Estatutos de la Sociedad, que añaden que se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos a los preceptos de la Legislación Reguladora del Régimen Local.

El objeto social de esta sociedad, tal y como se refleja en el artículo 2º de sus estatutos, comprende:

- a) La elaboración, gestión y seguimiento del planeamiento urbanístico del Municipio.
- b) Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos, la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación, incluyendo el proceso de equidistribución de beneficios y cargas. Así como la redacción de proyectos de todo tipo de construcción.

- c) Actividad urbanizadora, que puede alcanzar tanto a la promoción como a la realización de obras de infraestructura urbana, y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
- d) La colaboración en la redacción y gestión de los expedientes de expropiación, salvo que ostente la condición de beneficiario.
- e) La gestión, explotación y conservación de todo tipo de bienes, obras y servicios resultantes de la ejecución de los planes y proyectos urbanísticos y de urbanización.
- f) La compraventa y promoción de viviendas, locales y naves, así como la transmisión a terceros de parcelas residenciales o industriales urbanizadas.
- g) La gestión integral del Patrimonio Público del Suelo, regulando el mercado de los terrenos, obteniendo reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitando la ejecución del planeamiento.
- h) La elaboración de cualquier otro documento técnico o jurídico que precise la Sociedad de Responsabilidad Limitada o la Administración para el ejercicio de sus facultades.

El artículo 10 de los Estatutos Sociales regula la forma de dirección de la sociedad a través del Órgano de Administración, que tendrá la forma de Consejo de Administración. En el artículo 12 de los Estatutos se establece que la duración en el cargo de los Consejeros es indefinida, sin perjuicio de que la Junta General pueda revocarlos en cualquier momento o, en su caso, confirmarlos al inicio de cada mandato corporativo.

A continuación se indican los nombres de las personas que integraron el Consejo de Administración desde la creación de la Sociedad Municipal, apareciendo subrayados los nombres de quienes, como posteriormente se explicará, han sido demandados por la Sociedad Gestora Ibérica Gestiones, S.L. (en adelante Sociedad Gestora) en aras a la derivación de responsabilidad por el impago de una deuda societaria.

Concretamente, en 2006, al constituirse la sociedad, figuran inscritos como Consejeros en el Registro Mercantil:

- Doña MC Antón. (Presidenta)
- Doña RM Bigote.

- Doña I Miranda
- Don JF Sanz
- Doña A Guerra
- Doña ML Torralba
- Don A Giménez
- Don O Escuer
- Don JA Olivares
- Doña MD Niza (Secretaria)

En 2009 se produce el cese y nombramiento de una serie de consejeros, quedando el Consejo de Administración como sigue, según consta en el Registro Mercantil:

- Doña MC Antón (Presidenta)
- Doña I Miranda
- Doña ML Torralba
- Doña M Rincón
- Doña MP González
- Don O Escuer
- Don JF Sanz
- Don S Pérez
- Don JA Olivares
- Doña MD Niza (Secretaria)

En junio de 2010, cesa la secretaria, pasando a ser nombrada Doña P Pla.

En junio de 2011, se produce un nuevo cese y nombramiento de administradores, pasando a ser la composición del Consejo de Administración como sigue:

- Doña MC Antón (Presidenta)
- Doña M Bueno
- Don JJ Biel
- Don J Marzo

- Don AR Roma
- Don A Marín
- Don F Yagüe
- Don J Gámez
- Doña RM Grande
- D. JL Lacambra (Secretario)

En septiembre de 2015, se vuelve a modificar el Consejo de Administración, pero a efectos del presente dictamen no es relevante quién lo integra, puesto que no serán demandados ninguno de los integrantes del mismo.

En cuanto a la forma de gestión de la sociedad, conviene ya adelantar que se encomendó completamente mediante el oportuno contrato a una sociedad externa, la Sociedad Gestora Ibérica de Gestiones, S.L., hoy demandante. El Consejo de Administración no desarrolló tarea alguna de gestión en relación con el funcionamiento de la Sociedad Urbanística.

2. EL CONTRATO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y LA GESTIÓN CELEBRADO ENTRE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA MUNICIPAL Y LA SOCIEDAD GESTORA

En 2006, la Sociedad Urbanística, contrató con una empresa externa, denominada Sociedad Gestora Ibérica Gestiones, S.L. (en adelante Sociedad Gestora), mediante un contrato de gestión de asistencia técnica, tanto la gestión integral de la Sociedad Urbanística como el desarrollo de su actividad.

En el contrato se pactó que la Sociedad Gestorase encargaría de la asistencia técnica y gestiones necesarias para el desarrollo urbanístico del término municipal, así como de la gestión y asesoramiento de la propia sociedad urbanística municipal y, en general, de cualquier otra actividad incluida en el objeto social. Se acordó que la Sociedad Gestora llevaría a cabo todo tipo de proyectos de planeamiento urbanístico, proyectos de urbanización, de obras de urbanización, o de proyectos de actividades clasificadas, construcción de naves, establecimiento del plan de obra, control de obra y ejecución material, verificación de la recepción en obra de los productos de construcción, control de medios humanos, etcétera, así como la adquisición de terrenos

para la sociedad urbanística, promoción y venta de viviendas, parcelas o naves industriales.

Por último, también se encargaría de la gestión económico-financiera de la sociedad y de la asesoría jurídica integral, comprendiendo estos últimos aspectos la elaboración de las actas de Consejo de Administración y las Asambleas Generales, la preparación y presentación de toda la documentación e informes necesarios para la obtención de préstamos hipotecarios y líneas de avales ante las entidades financieras, la contabilización y la elaboración de documentos contables de acuerdo con el Plan General Contable de empresas inmobiliarias, etcétera. Por tanto, la Sociedad Gestora tenía encomendado tanto el desarrollo de la actividad inmobiliaria urbanística de planeamiento y ejecución en cuanto a la construcción de viviendas, naves, locales comerciales, infraestructuras, carreteras, tendido eléctrico, etcétera, como aquellas actividades que posibilitaban el desarrollo de las anteriores, es decir, la gestión contable, asesoría jurídica, gestión de créditos y su obtención, negociación con terceros para el desarrollo y ejecución de obras, liquidación de impuestos, etcétera. En consecuencia, la gestión y dirección de la Sociedad Urbanística quedaba totalmente en manos de la Sociedad Gestora y, por ende, el desarrollo urbanístico del municipio.

3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El contrato al que se ha hecho referencia en el apartado anterior mantuvo su vigencia hasta diciembre de 2015, cuando, por decisión judicial, se declaró resuelto en virtud de una sentencia motivada por una demanda interpuesta por la Sociedad Gestora frente a la Sociedad Urbanística. En ella se considera que la causa de incumplimiento que motiva la resolución es imputable a la Sociedad Urbanística. No obstante, la elaboración de la documentación contable correspondió en exclusiva, desde el ejercicio de 2014, a la Sociedad Contable Balanceos S.L. (en adelante Sociedad Contable).

3.1. Demanda de la Sociedad Gestora

En el mes de marzo de 2015, la Sociedad Gestora interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando la resolución del contrato de gestión integral acordado entre las sociedades con fundamento en su incumplimiento por la sociedad demandada, es decir, la Sociedad Urbanística, por la imposibilidad sobrevenida de la

prestación, así como la consiguiente liquidación de las cantidades debidas por razón de los servicios prestados a causa del mismo. La demanda se tramitó a través del procedimiento civil y no administrativo en razón de lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), puesto que se trataba de la resolución de un contrato de naturaleza civil, y porque, tal y como refleja el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, como por ejemplo el Auto número 30/2012, de 25 de septiembre, emitido por la Sala de Conflictos (ROJ: ATS 10603/2012), este tipo de sociedades participadas por capital público no ejerce potestades administrativas, sin poder ser tenidas en cuenta como Administración pública a los efectos de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 2 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público)

A continuación se detallan los hechos que motivaron la interposición de la demanda:

- a) En el mes de diciembre de 2007 se acuerda entre las sociedades que la Sociedad Gestora lleve a cabo la redacción de un Plan Parcial de Ordenación Urbanística en un sector de la localidad, que incluya un proyecto de reparcelación y urbanización del sector, así como el estudio de seguridad y salud, y el ejercicio de la dirección facultativa de las obras. Con motivo de dar cumplimiento a tal encomienda, la Sociedad Gestora elaboró la documentación pertinente, siendo aprobada inicialmente por el Ayuntamiento en diciembre de 2007. Tras una serie de trámites administrativos, la Subdirección General de Conservación y Explotación de la Demarcación de Carreteras del Estado en la Comunidad Autónoma, emitió un informe favorable al documento de planeamiento de desarrollo en febrero de 2010, siendo necesaria únicamente la aprobación definitiva del Ayuntamiento para dar efectivo cumplimiento a lo encomendado. En mayo de 2010 y en diciembre de 2010 se presentaron por parte de la Sociedad Gestora en el Ayuntamiento una serie de documentos relacionados con el proyecto de urbanización y reparcelación encomendado en diciembre de 2007. No se produjo pago alguno por la elaboración de estos proyectos.

- b) La parte demandante considera que, dado el periodo de tiempo transcurrido desde la encomienda de la elaboración del Plan Parcial de Ordenación Urbanística (2007) hasta la finalización del mismo (2010) sin que haya recibido comunicación ni instrucción alguna por parte de la Sociedad Urbanística o por parte del Ayuntamiento, deriva en imposibilidad de dar cumplimiento al contrato suscrito en 2006, de gestión integral, así como de la encomienda de gestión aprobada por acuerdo del Consejo de Administración en 2007.
- c) Previamente a la interposición de la demanda, la Sociedad Gestora remitió un burofax a la Sociedad Urbanística en febrero de 2015 denunciando la actuación de esta e instando a la resolución anticipada del contrato por causa imputable a la misma, acompañando una propuesta de liquidación del contrato; advirtiendo asimismo que de no hacer frente a los pagos pendientes por la redacción de los proyectos realizados y por los trabajos de asistencia para la correcta gestión de la sociedad, la Sociedad Gestora interpondría las correspondientes acciones judiciales. Tales pagos pendientes fueron reclamados a la Sociedad Urbanística a través de una factura proforma en mayo de 2011, sin que estos fueran atendidos.

3.2. Contestación por parte de la Sociedad Urbanística de Macondo

Por su parte, la Sociedad Urbanística, contestó a las pretensiones de la parte demandante haciendo referencia, en primer lugar, a que la imposibilidad de incumplimiento contractual no es sobrevenida, sino que lo era ya en el propio momento de formalización del contrato, siendo consciente de ello la Sociedad Gestora, quien preparó los pliegos de contratación sin que el Ayuntamiento pudiera negociar extremo alguno.

Alega también que, desde la constitución de la Sociedad Urbanística no se ha efectuado aportación alguna por vía de los presupuestos del Ayuntamiento para nutrir los activos de la mercantil, más allá de cubrir los saldos negativos que arrojaban las cuentas en los ejercicios económicos.

En cuanto a cálculo de los honorarios, la demandada hace referencia a que se encuentran mal calculados, puesto que los relativos a los honorarios por la elaboración de los Proyectos son excesivos, ya que no tienen en consideración la rebaja del 50% a la que se hace referencia en el contrato de 2006, ni la aplicación de un coeficiente de 0,75 por ser suelo industrial la superficie objeto de desarrollo urbanístico. Además, en la memoria de las Cuentas Anuales de 2011 de la Sociedad Urbanística (redactadas por la propia Sociedad Gestora), se recoge que los honorarios de los proyectos no necesitan financiación puesto que se pagarán en el momento en que la sociedad obtenga ingresos.

En cuanto a las actuaciones de la Sociedad Gestora, la Sociedad Urbanística declara que se limitó a la mera presentación de las cuentas anuales en los ejercicios de 2007 a 2009, lo que no justifica la factura emitida en base a la gestión fiscal y contable de más de 70.000 €. En cuanto a la gestión urbanística, la demandada alega que la Sociedad Gestora no llevó a cabo ejecución de partida alguna de aquel planeamiento, ni movimiento alguno de tierras o replanteo del terreno, ni actividad alguna de construcción, edificación, promoción o venta de inmuebles, lo que motivó que tampoco se llevasen a cabo contratos, minutas notariales, préstamos hipotecarios, etcétera.

Si bien la Sociedad Gestora se limitó a la elaboración del Plan Parcial, sin llevar a cabo ejecución alguna del mismo, tal elaboración tuvo varios defectos que requirieron respectivas subsanaciones, de ahí la demora en la tramitación del proyecto. Pero no sólo por esto se considera que esta ha incumplido también el contrato, sino también por el hecho de que la única labor contable o fiscal ha sido la presentación de las cuentas anuales durante cuatro años en una sociedad que no tiene actividad ni trabajadores. No obstante, en cuanto a la petición de resolución contractual, del contrato de gestión integral, se muestra en absoluta conformidad con la misma.

3.3. Resolución judicial

En el Juzgado de Primera Instancia en que se tramitó el procedimiento se dictó sentencia en el mes de diciembre de 2015 por la que se resolvía el contrato de gestión por incumplimiento contractual por parte de la Sociedad Urbanística, puesto que no resulta controvertido, en su totalidad, que la Sociedad Gestora llevase a cabo

efectivamente la prestación de servicios que le había sido encomendada. Lo que sí resulta controvertido es la valoración económica de tal prestación, pero no la efectiva realización de los proyectos urbanísticos por los que reclama, así como la gestión contable y fiscal interna de la sociedad. La consecuencia de este incumplimiento es que no se le puede oponer la excepción de contrato incumplido, pues conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Fundamento Jurídico Tercero A), de la sentencia de 22 de diciembre de 2006, EDJ 2006/345566), tal incumplimiento debería tener la relevancia suficiente para ser tomado en consideración como determinante. Concluye el Juzgado que el incumplimiento del contrato es achacable a la parte demandada respecto al abono del precio correspondiente a los servicios prestados por la demandante, puesto que los defectos alegados por los que no se pudo llevar a cabo la ejecución de los planes urbanísticos eran subsanables o fueron subsanados, tales son:

- No constar el informe favorable de la Dirección General de Carreteras del Estado de la Comunidad Autónoma sobre el referido Plan. Tal defecto se subsanó en febrero de 2010, obteniendo en tal fecha el informe favorable.
- No justificar adecuadamente la ubicación de las infraestructuras considerando que no puede compatibilizarse dicho uso con el de zona verde. Se aporta junto con la demanda las adendas que la actora realizó para subsanar los defectos que el plan inicial planteaba.
- No aclarar el trazado de la red de saneamiento de aguas pluviales, por posponerse al momento del proyecto de urbanización. El Juzgado entiende que tal posposición no supone un defecto inherente a la confección del plan, sino que afectará a su desarrollo.

Por último, en cuanto a la liquidación de las cantidades devengadas por razón de los servicios prestados, el Juzgado considera que, como afirma la demanda, los honorarios deben ser reducidos a la cuantía que considera, puesto que no se habían redactado conforme a los criterios establecidos contractualmente. Por tanto, se condena al abono de los mismos a la Sociedad Urbanística, ascendiendo a la cantidad de 126.123,35 Euros más IVA.

La sentencia devino firme mediante Diligencia de Ordenación en enero de 2016, puesto que no hubo recurso alguno por las partes.

4. IMPOSIBILIDAD DE PAGO DE LA CONDENA POR LA SOCIEDAD MUNICIPAL

La Sociedad Urbanística no satisfizo la indemnización contemplada en la sentencia, porque no contaba con patrimonio suficiente. Se instó ejecución de la sentencia, pero al no contar con activos ni bien alguno con el que responder de la cuantía adeudada, no fue posible traba de embargo ni satisfacción de la deuda.

La Sociedad Gestora decide entonces derivar la responsabilidad a los administradores al amparo del artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), puesto que considera que existen ciertas causas de disolución desde enero de 2010, tales son en concreto: el cese de la actividad y la existencia de pérdidas que reducen el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

En este momento es cuando acuden los administradores a mi despacho, puesto que la Sociedad Gestora interpone una demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil con fecha 1 de septiembre de 2016, siéndoles notificada la misma en fecha 11 de octubre de 2016, en reclamación de cantidad por la deuda societaria a la que no podía hacer frente la Sociedad Urbanística. En el suplico de la demanda se pide al Juzgado que dicte sentencia por la que:

SE DECLARE la responsabilidad solidaria de los demandados en la deuda declarada judicialmente y existente de la Sociedad Urbanística frente a la Sociedad Gestora, en su condición de administradores de la Sociedad Urbanística, y por concurrir el supuesto previsto en el artículo 367.1 del TRLSC

SE CONDENE a los demandados solidariamente al pago a favor de la Sociedad Gestora de la suma de 152.656,44 €, más el interés devengado por dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda, en cuantía equivalente al interés legal del dinero.

La argumentación que sostiene la Sociedad Gestora es que la Sociedad Urbanística cesó su actividad y habiéndolo reconocido expresamente en la contestación a la demanda del procedimiento de resolución de contrato y reclamación de cantidad anteriormente explicado, al declarar que se trataba de una “sociedad inactiva, sin movimientos contables y sin trabajadores...”. Por tanto, sin perjuicio de las encomiendas que venía ejecutando la Sociedad Gestora, la Sociedad Urbanística cesó en su actividad efectivamente una vez concluido el ejercicio 2009, coincidiendo con el último depósito de cuentas anuales efectuado en el Registro Mercantil.

Además, la Sociedad Gestora arguye que la Sociedad Urbanística venía acumulando pérdidas y desequilibrio patrimonial desde el año 2007, teniendo en el año 2010 unos fondos propios inferiores a la mitad de la cifra del capital social.

Pese a la concurrencia de las causas legales de disolución, la Sociedad Gestora alega que no consta por parte del Consejo de Administración de la Sociedad Urbanística, ni por ninguno de sus consejeros, se proveyese el trámite de disolución y liquidación, hecho que desencadena la responsabilidad solidaria de los integrantes del consejo frente a la Sociedad Gestora por la deuda impagada por la Sociedad Urbanística.

Al margen de lo alegado en la demanda, los administradores codemandados son once: MC Antón, JF Sanz, ML Torralba, M Rincón, S Pérez, M Bueno, JJ Biel, J Marzo, AR Roma, A Marín y F Yagüe, de los cuales los cinco primeros aparecen en el Registro Mercantil como administradores de la sociedad inscritos en 2009, tal y como se ha expuesto en el apartado 3.1 del presente. De los seis restantes no se tiene constancia registral y según parece son los administradores actuales. La problemática reside en que los anteriores administradores cesaron en su cargo a través de escritura pública, pero no inscribieron en el Registro Mercantil tal cese, controversia que se analizará en el desarrollo del dictamen jurídico.

No obstante, sí que hay constancia de las Actas de las Juntas Generales celebradas desde 2006 hasta 2015, en las que se nombran y se cesan a los administradores de la sociedad. En concreto, aparecen nombrados los cinco que aparecen en el Registro Mercantil en 2009, siendo cesados (salvo una, la Presidenta) en

el Acta de 2011, que es precisamente donde se nombran a los seis restantes, que son cesados (salvo una, la Presidenta) en el Acta de 2015. Hay solamente uno que mantiene su cargo en el Consejo de Administración a lo largo de toda la existencia de la Sociedad Urbanística, ejerciendo la presidencia de la misma, puesto que es la Alcaldesa de Macondo.

Es relevante también el hecho de que la redacción de las Cuentas Anuales, como se ha explicado anteriormente, es llevada a cabo por la Sociedad Gestora hasta enero de 2014 momento en que deja de cumplir con sus obligaciones y la Sociedad Urbanística se ve obligada a contratar a una tercera sociedad, la Sociedad Contable para su llevanza. Mientras la contabilidad era llevada por la Sociedad Gestora, informaba del resultado de las Cuentas Anuales al Órgano de Administración en el momento de convocarse la Junta General. Tal y como se refleja en esta documentación relativa a los años 2009 a 2013, en ningún momento es informado el Órgano de Administración de la concurrencia de causa alguna de disolución a lo largo de la aprobación de las mismas o de su explicación. De la misma fuente observamos que la concurrencia de la causa disolutoria por pérdidas que reducen el patrimonio neto de la Sociedad Urbanística por debajo de la mitad del capital social se produce a lo largo de los ejercicios contables de 2010, 2011 y 2012, puesto que las Cuentas Anuales de 2013 arrojan un patrimonio neto incrementado por una partida presupuestaria derivada del Ayuntamiento a tal fin con fecha de junio de 2012.

III. CUESTIONES JURÍDICAS DEBATIDAS

La primera cuestión a la que nos enfrentamos es la de determinar el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores de las sociedades públicas municipales, puesto que su específica regulación contempla ciertas especialidades que comportan consecuencias diversas a las previstas en el régimen general. Para discernir esta cuestión analizaremos tanto el régimen jurídico de las sociedades municipales como el régimen de responsabilidad de los administradores de las mismas y examinaremos si existe posibilidad de derivar responsabilidad alguna al Ayuntamiento, en cuanto Ente Local.

En segundo lugar, abordaremos la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad por deudas del artículo 367 de la LSC, en supuestos de no promoción de alguna de las causas de disolución legal a las que hace referencia el artículo 363 del mismo, así como la concurrencia de los presupuestos para que prospere la acción. Dentro de este punto haremos referencia al momento a partir del cual debe considerarse producida la causa de disolución y la relevancia de la falta de conocimiento de la situación contable por parte de los administradores. En este apartado tiene especial relevancia determinar qué administradores deben responder de las deudas contraídas, por lo que habrá que analizar la eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil del cese y nombramiento de los Administradores, el plazo de prescripción de la acción, y la posibilidad de exonerar de responsabilidad a los administradores por la ausencia de buena fe del acreedor social, donde tendremos que tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo a tal efecto.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MUNICIPALES Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

A lo largo del periodo comprendido desde finales del siglo XX y hasta el año 2010 aproximadamente, el sector público municipal experimentó un proceso de descentralización y liberalización en los servicios que prestan las administraciones públicas municipales, que afectó al modelo organizativo de la administración local. La externalización de servicios y la creación de sociedades de capital mixto fueron muy frecuentes, en un intento de lograr un modelo de gestión más flexible que la gestión directa.

Las razones que subyacen a la proliferación de empresas municipales en dicha etapa son diversas. Por un lado, el incremento de las competencias asumidas por la administración local como consecuencia del traspaso de servicios y funciones procedentes de otras administraciones territoriales justificaba la incorporación de nuevas entidades para llevar a cabo estas actividades. La prestación de este tipo de servicios mediante empresas públicas participadas facilitó la intervención de la administración local en el desarrollo del servicio, al mismo tiempo que se aspiraba a mejorar la eficiencia mediante la aplicación de técnicas de gestión y estructuras jurídicas y organizativas propias de la empresa privada. Por otro lado, las pérdidas del sector público y la evolución de las cifras de endeudamiento en la administración local sugerían que la creación de algunas empresas respondía a una estrategia orientada a evitar determinadas restricciones legales impuestas a la Administración pública, dando lugar al fenómeno conocido como «huida del Derecho administrativo»¹.

¹Para un conocimiento en profundidad de la situación, evolución y desarrollo de las sociedades públicas municipales consúltese: MARTÍN VALLESPÍN, E., “El fenómeno de las sociedades municipales en España: un análisis de su evolución y gobernanza”, *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas, Contabilidad y Negocios*, Volumen 6, número 11, Fondo Editorial, Zaragoza, julio 2011; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBERO, B., *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2013, pp. 166 y ss.

La forma de gestión externa de los servicios competencia de las administraciones locales encuentra su fundamento legal en la capacidad que poseen para crear y participar en sociedades mercantiles. El artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), legitima la creación de empresas públicas para la gestión de servicios locales, puesto que dispone que podrán ser gestionados directamente a través de una entidad pública empresarial local o a través de una sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública.

No existe controversia para el caso que nos atañe sobre el carácter público de la Sociedad Urbanística, puesto que el Ayuntamiento de la localidad en la que va a desarrollar su actividad es el socio único y fundador de la misma. Por tanto, siendo que es una entidad local debemos aplicar lo dispuesto en el artículo 85 ter de la LRBRL, que establece que las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, debiendo adoptar una de las formas previstas en la LSC. También establece este precepto que los estatutos deberán determinar la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

En el mismo sentido se pronuncia la normativa aragonesa relativa al sector público local, que debemos aplicar al supuesto dado que la localidad de Macondo se encuentra en la Comunidad Autónoma de Aragón. El artículo 204 de la Ley 7/1999, de la Administración Local de Aragón (en adelante LALA), reconoce a las entidades locales la potestad de prestar los servicios o realizar las actividades económicas que estimen pertinentes para satisfacer las necesidades de los vecinos, que podrán realizarse en régimen de libre concurrencia o monopolio (respecto de actividades o servicios expresamente reservados por ley a las entidades locales). El artículo 206 del mismo texto establece las formas de gestión de los servicios públicos locales: directa o indirecta. En la gestión directa encontramos tres formas para llevarla a cabo: la gestión por la propia entidad local, la creación de un organismo autónomo local y la constitución de una sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegra o mayoritariamente a la entidad local. Si la participación en la sociedad mercantil es minoritaria por parte de la entidad local se considera que la gestión es indirecta, por lo que en nuestro caso estamos

ante una gestión directa. El artículo 209 de la LALA desarrolla la gestión directa mediante sociedad mercantil, remarcando la necesidad de que el capital social sea íntegra o mayoritariamente de la entidad local y estableciendo que la sociedad deberá adoptar alguna de las formas de responsabilidad limitada, actuando en régimen de empresa privada sujeta al Derecho mercantil, a excepción de las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. El apartado segundo de este precepto establece que en la escritura deberá constar el objeto de la misma, el capital aportado por la entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto en éste. También establece que el Pleno de la entidad asumirá las funciones de Junta General cuando el capital social pertenezca íntegramente a la entidad local, tal es nuestro caso.

En el artículo 231 del Decreto 347/2002, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón (en adelante, Reglamento BASOELA) se establece la misma potestad de gestión directa de servicios públicos locales a través de sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local. En los artículos 247 y siguientes del mismo Decreto se regula la creación de este tipo de sociedades, que deberán adoptar la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima y actuará en régimen de empresa privada sujeta al Derecho mercantil, excepto en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación de las Entidades locales, como hemos visto anteriormente. También se regulan en estos preceptos la forma de constitución, el procedimiento a seguir, los bienes y el inventario y registro de los mismos para la constitución de la sociedad. En el artículo 252 se establece que los órganos que ejercerán la dirección y la administración de la sociedad serán la junta general, el consejo de administración y el gerente. Asimismo, establece que la sociedad tendrá un Secretario al que, entre otras funciones, le corresponde extender las actas de los órganos colegiados. El siguiente precepto, el artículo 253, establece que el Pleno de la corporación, cuando actúe como Junta General, se regirá por lo dispuesto en la LALA en cuanto al régimen de reuniones y adopción de acuerdos, y respecto de las demás cuestiones comprendidas en el objeto social de la sociedad, por lo establecido en sus estatutos y en la legislación mercantil. Es importante también el artículo 260, que dispone que se regirán por las normas de

Derecho Administrativo el acuerdo de creación de la sociedad, los acuerdos de coordinación de ésta con la Entidad local de la que dependan y la supresión del servicio público correspondiente, así como los actos de aplicación del reglamento del servicio, en todo lo demás la sociedad quedará sujeta al Derecho privado. Por último, en el artículo 262 se recoge la forma de disolución de la sociedad, que remite a las causas establecidas en la legislación mercantil, añadiendo que también se producirá por la supresión del servicio acordada por la entidad local titular del mismo. El apartado 3 de este último precepto reza:

«Cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social se convocará la Junta General en el plazo de dos meses desde que el Consejo de Administración tenga conocimiento de esta situación, para que adopte las medidas procedentes.»

Es un precepto prácticamente similar al 365 de la LSC en cuanto al deber de convocatoria de junta general en el plazo de 2 meses, debido a la causa de disolución recogida en el apartado e) del artículo 363.1 de la LSC.

Además de estos preceptos, deberemos tomar en consideración lo dispuesto en la Disposición Adicional Novena de la LRBRL, introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, puesto que limita la adquisición, constitución y participación directa o indirecta en sociedades u otros entes económicos durante la vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. No obstante, el municipio de Macondo se encuentra en superávit desde hace años (incluso en el periodo de crisis económica más agudo), por lo que en ni en el momento de entrada en vigor de este límite ni en ninguno posterior es susceptible de ser aplicado a nuestro caso.

Es imprescindible hacer referencia también al Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL), en cuyo Título III, Capítulo III, sección 2ª, subsección 4ª (artículos 89 a 94), se establece que la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, adoptando la forma de sociedad limitada o anónima, y constituyéndose y actuando con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento.

En estos preceptos también se regula la dirección y administración de las sociedades mercantiles municipales a través de una junta general, del órgano de administración y de la gerencia; y su funcionamiento, que deberá acomodarse en cuanto a los preceptos de la Ley y del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales (actualmente deberíamos aplicar la LSC). El artículo 94 establece que el consejo de administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa, sin perjuicio de las que se reservaren a la entidad local como junta general y al gerente. Siendo que la Sociedad Gestora ejerce todo este tipo de facultades debemos plantearnos si está actuando como gerente o como administrador de hecho de la Sociedad Urbanística.

2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA

2.1. Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades municipales unipersonales

A) Régimen sustantivo

En primer lugar, debemos acudir al artículo 85 ter de la LRBRL, que establece que las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, excepto en materia presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación. A lo dispuesto en este precepto, se añade lo recogido en los artículos 209 de la LALA y 253 del Reglamento BASOELA, que como hemos visto en el apartado anterior, someten al ordenamiento jurídico privado el régimen de las sociedades mercantiles locales, por lo que el órgano de administración también queda sujeto al ordenamiento jurídico privado, ya que las únicas materias que se exceptúan del régimen privado en este tipo de sociedades son aquellas en las que se aplica la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

Si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), podemos plantear la posibilidad de aplicarlo por analogía. Dicho precepto establece en su apartado primero que la responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración en una sociedad mercantil estatal en el que ha sido designado por la Administración General del Estado será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó. De ser aplicable este precepto, debería asumir la responsabilidad por la mala o negligente actuación de los administradores el propio Ayuntamiento de Macondo, pero sólo se refiere a sociedades estatales, por lo que, al encontrarnos ante una sociedad municipal no podemos tomarlo en consideración.

También debemos hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece que los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido

instrucciones en los términos previstos en el artículo anterior (referido a las instrucciones que puede dar el Ministro al que corresponda la tutela de las sociedades previstas en el artículo 166.2 para que realicen determinadas actividades, siendo estas sociedades las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima cuyo capital sea en su totalidad de titularidad directa o indirecta de la Administración General del Estado) quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas si del cumplimiento de dichas instrucciones derivaren consecuencias lesivas.

Esta exoneración no es aplicable, a priori, a nuestro supuesto, puesto que no se trata de una sociedad anónima, ni el capital pertenece a la Administración General del Estado, ni se ha recibido instrucción de ningún tipo por parte de los administradores, sino que estamos ante una sociedad limitada perteneciente a una entidad local. No obstante, en el artículo 2.2 de la misma norma se establece el ámbito de aplicación de la misma, que lo extiende a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, pero sólo de aquellos artículos enumerados en la Disposición Final Segunda, entre los que no se encuentran los artículos 178 y 179, por lo que no serán de aplicación por no concurrir las causas objetivas de los mismos ni el ámbito de aplicación de la norma.

Por lo tanto, la posibilidad de remitir la responsabilidad a la Administración Pública que nombró como administradores a quienes lo son y que se contempla en la normativa expuesta no es aplicable al caso, puesto que lo que debemos aplicar es la normativa de derecho privado en la no hallamos tal supuesto recogido.

La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital es un tópico de extraordinaria complejidad regulado desde distintos sectores del ordenamiento como el Derecho de sociedades, el Derecho concursal, el Derecho administrativo, el Derecho tributario e, incluso, el Derecho penal. En relación con el caso que nos atañe nos interesa exclusivamente la responsabilidad civil de índole societaria que se compone básicamente de dos institutos: la responsabilidad por daños regulada en los artículos 236 y ss. LSC y la responsabilidad por incumplimiento de los deberes legales de la ordenada disolución recogida en el artículo 367 LSC. El artículo 236 de la LSC, establece que los

administradores son responsables frente a la sociedad, frente a los socios 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, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa; por su parte, el artículo 367 de la LSC, establece la responsabilidad de los administradores en caso de no instar la disolución de la sociedad cuando concurra una causa de disolución legal o estatutaria que les obligue a ello.

Mientras que la acción social (artículo 238 LSC) tiene por objeto la indemnización por los administradores del daño causado a la Sociedad y la reconstrucción del patrimonio de esta, la acción individual de responsabilidad (artículo 241 LSC) es reconocida a favor de los socios y terceros para obtener directamente la reparación de los daños derivados de la actuación de los administradores. Se trata por consiguiente de una acción directa y personal de los socios y terceros frente a aquellos administradores, cuyas notas características a tenor de la doctrina y la jurisprudencia son las siguientes: acto u omisión por parte de los administradores, ilicitud, culpabilidad, daño en el patrimonio de los socios o terceros y relación causal².

Por su parte, la responsabilidad derivada del artículo 367 de la LSC tiene un componente de responsabilidad objetiva que afecta a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Pero en cuanto a las notas características que diferencia a este tipo de responsabilidad de la anteriormente descrita debemos acudir a la Sentencia número 9191/2011 del Tribunal Supremo (ROJ: STS/9212/2011), en la que diferencia ambas de una manera muy clara:

«61. Ante todo, conviene poner de relieve que la demandante accionó con base en lo dispuesto en los artículos 135 - responsabilidad por daño "directo" a socios y terceros (sean o no acreedores)-, y 262.5 -responsabilidad por deuda- ambos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -.

62. Ante ello no estará de más recordar que, como apunta, entre otras muchas, la

²MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed., Barcelona, 2015, pp. 20 y ss.

sentencia 680/2010, de 10 de noviembre , para que surja el deber de responder por deudas sociales regulada en el artículo 262.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en las fechas en las que se desarrollaron los hechos - *"[r]esponderán 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 o que no soliciten la 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"*-, era preciso que concurriesen los siguientes requisitos:

- 1) Existencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad, previstas en los números 3, 4, 5 y 7 del apartado uno del artículo 260 de la propia Ley.
- 2) Omisión por los administradores de la convocatoria de junta General para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas
- 3) Transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución.
- 4) Imputabilidad al administrador de la conducta pasiva.
- 5) Inexistencia de causa justificadora de la omisión.
- 6) Existencia de crédito contra la sociedad -se trata de una acción reservada a los acreedores de la sociedad-.

63. Por el contrario, para que prospere la acción individual de responsabilidad prevista en la fecha en la que se desarrollaron los hechos en el 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y hoy en el 241 de la Ley de Sociedades de Capital - *"[n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos"*-, en las sentencias 312/2010, de 1 de junio , y 598/2010, de 14 de octubre , declaramos la necesidad de que concurran los siguientes requisitos:

- 1) Acción u omisión antijurídica -aunque, a diferencia del artículo 133 de la propia Ley de Sociedades Anónimas (hoy 236.1 de la LSC), la norma solo se refiere a "acción" del

administrador o administradores precisamente en tal calidad.

2) Daño directo al socio o tercero que demanda -tratándose de acreedores de la sociedad, sin perjuicio de que no pueden identificarse conceptualmente "daño" con impago de lo debido, tratándose de acreedores de la sociedad, como regla, el pretendido "daño" derivado del comportamiento del administrador sería indirecto o reflejo-.

3) Relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño.

64. El análisis comparativo de las diferentes finalidades contempladas por la norma - resarcimiento de daño directo y cobro de deuda no satisfecha-, y de los distintos requisitos exigibles en uno y otro caso, permite constatar que, si bien como señala la sentencia 634/2010, de 14 de octubre , comparten la característica de que no van dirigidas a incorporar activos al patrimonio social sino al de quienes son titulares de las mismas, existen importantes diferencias de entre las que destacaremos, como señalan las sentencias 408/2008, de 14 de mayo , 669/2008, de 3 de julio , y 710/2008, de 10 julio , el carácter cuasiobjetivo de la que regula el artículo 262 que no exige otro reproche culpabilístico que la imputabilidad de la conducta omisiva y no requiere "daño" derivado de tal pasividad ni, lógicamente, relación de causalidad entre el daño y la conducta del administrador.»

Un presupuesto común de ambos tipos de responsabilidad es el carácter solidario de la misma, señalando que todos los miembros del órgano de administración que hubieren adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo 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 aquel. Así como la inversión de la carga de la prueba, pues la normativa vigente opta claramente por un mecanismo en el que esta se integra armónicamente con la presunción de culpa de los administradores. La presunción de culpa de todos y cada uno de los administradores en caso de administración plural supone que al actor le bastará con alegar el incumplimiento por el administrador de las obligaciones propias del cargo. Por lo que el administrador demandado tiene la carga de demostrar que corresponde al demandante probar su responsabilidad. Esta fórmula permite de forma satisfactoria coordinar la exigencia de culpa con el sistema de administración colegiado. La aplicación de esta regla sin

embargo tiene cierta complejidad, derivada del hecho de que acreditar la culpa de cada uno de los administradores de la sociedad constituye una tarea poco menos que imposible. Ello no obsta para que la presunción de culpa y el carácter solidario de la responsabilidad constituyan, en el plano técnico, la respuesta correcta a este problema.

Debemos añadir que la responsabilidad puede no ser extensible a todos los administradores, puesto que es posible que alguno de ellos pruebe que la responsabilidad no le es imputable. La exigencia de culpa permite que queden exentos quienes hicieren todo lo conveniente para poner en marcha los remedios legales a la situación y quienes se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar junta para la disolución o de no solicitar la disolución judicial o el concurso de acreedores, tal y como dispone el artículo 237 de la LSC, aplicable también a los supuestos de responsabilidad del artículo 367 LSC³.

En el supuesto que motiva el presente dictamen, debemos tener en consideración lo dispuesto en el artículo 367 de la LSC de cuyo tenor literal se desprende el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores para el pago de las deudas sociales acaecidas con posterioridad a la causa legal de disolución en caso de haber incumplido la obligación de convocar, en el plazo de dos meses, la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución de la sociedad, o haber solicitado la disolución judicial o, si procede, 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.

Finalmente, descartamos la aplicación del artículo 241 de la misma norma puesto que no concurren en nuestro caso los presupuestos objetivos de este, ya que resulta claro tanto en atención a los antecedentes de hecho como a lo alegado por la parte contraria, que nos hallamos ante un caso en que los administradores no cumplieron con su deber legal de disolver la sociedad cuando concurrían sobre la misma las causas legales para hacerlo. Por tanto, para el caso que nos atañe es muy claro el

³VÍÑUELAS SANZ, M., *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 63.

régimen solidario de la responsabilidad de los administradores en virtud de lo establecido en este artículo 367 de la LSC, que contempla precisamente el supuesto objeto de análisis en el presente dictamen.

B) Régimen procesal

El artículo 86 ter.2.a) LOPJ otorga competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las cuestiones que sean de competencia del orden jurisdiccional civil respecto de las demandas relativas a cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles. No debemos olvidar en este punto que la demanda que interpone la Sociedad Gestora para derivar la responsabilidad a los administradores la interpone frente al Juzgado de lo Mercantil al amparo de este artículo y del Auto número 30/2012, de 25 de septiembre, emitido por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (ROJ: ATS 10603/2012). En este auto, el Tribunal Supremo declara que, pese a tener las participaciones totalmente desembolsadas por capital público, este tipo de sociedades no ejercen potestades administrativas, por lo que no pueden tenerse en cuenta como Administraciones públicas. El Tribunal Supremo está dando a entender que el régimen por el que se rigen estas sociedades es el jurídico privado, por lo que la responsabilidad de los administradores se regirá también por el régimen jurídico privado.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL EN CASO DE CAUSA DE DISOLUCIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD

Los artículos 362 y 363 LSC establecen el mandato a los administradores de sociedades mercantiles de promover la ordenada disolución de la sociedad cuando incurre en alguna de las causas de disolución legal o estatutaria. Asimismo, el artículo 367 del mismo texto legislativo dispone que los administradores responderán solidariamente de aquellas deudas que se originen por parte de la sociedad con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución si no han llevado a cabo el pertinente procedimiento para disolverla.

En el caso de la Sociedad Urbanística de Macondo, S.L., nos encontramos ante una sociedad que carece casi totalmente de actividad, pero mantiene un mínimo que le permite mantener su objeto social vigente. Tal, es el desarrollo del plan urbanístico que está llevando a cabo la Sociedad Gestora, que se mantiene hasta 2011. No obstante, en las Cuentas Anuales de los ejercicios de 2010 a 2012, ambos inclusive, se reflejan unos fondos propios inferiores a la mitad del capital social de la sociedad en las memorias anuales de cada año. Además, debemos tener en cuenta el cese de parte del órgano de administración en 2009, como se ha expuesto en los antecedentes de hecho.

Por tanto, debemos tratar cada una de estas cuestiones de manera separada:

3.1. Administradores responsables de la falta de promoción de la ordenada disolución mediando causa para ello. Eficacia constitutiva de la inscripción del cese de los administradores en el Registro Mercantil

Tal y como se explica en los antecedentes de hecho, hay una serie de ceses y nombramientos que modifican la constitución del órgano de administración, de los cuales tan sólo se inscriben en el Registro Mercantil los acaecidos en los años 2006 y 2009. Posteriormente, hubo dos modificaciones que no fueron inscritas, la primera no es relevante puesto que se cesó a la secretaria del Consejo, nombrando a uno nuevo, y ninguno de los dos ha tenido facultades de administración de la sociedad y, por tanto, no

son susceptibles de devengar responsabilidad alguna. La segunda modificación, llevada a cabo en junio de 2011, sí es relevante, puesto que se cesan a los administradores y se nombran unos nuevos, manteniéndose tan sólo la presidenta del Consejo.

Es especialmente relevante determinar si la no inscripción del cese en el Registro Mercantil es constitutiva, aunque este se haya producido efectivamente, puesto que la Sociedad Gestora interpone la demanda relativa al impago de honorarios en septiembre de 2016 y podríamos considerar que la acción que ejercita está prescrita. En las Actas de las juntas generales se establece claramente que se ha procedido al cese del Consejo de Administración y, en el mismo acto, al nombramiento del nuevo Consejo. No obstante, no se inscribe ni el cese del anterior Consejo ni el nombramiento del nuevo.

El artículo 9 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), establece que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. En relación con este artículo, el 147.1.3º del mismo RRM determina que en el documento en que se practique la inscripción de la dimisión del administrador deberá constar la fecha en que ésta se haya producido. Por tanto, al carecer de inscripción registral el cese de los administradores estaríamos ante un supuesto de clara inoponibilidad de tal cese frente al acreedor social. No obstante, esta inscripción no es constitutiva cuando nos encontramos ante un supuesto de cese efectivo de los administradores conocido por el acreedor social.

Debemos tener consciencia que no estamos ante una situación ordinaria de un proveedor que contrata con una sociedad de la que apenas tiene información más allá de la relación comercial que los une. Nos encontramos ante la anómala situación en que se está llevando a cabo una administración absoluta de la Sociedad Urbanística por quien pasa a ser acreedor de la misma. La extensa capacidad de gestión y administración de la Sociedad Urbanística que posee la Sociedad Gestora nos lleva a la conclusión de que esta es perfectamente conocedora en todo momento de la composición del Órgano de Administración de la primera y, por tanto, de quiénes son los administradores reales de la sociedad. Si bien es discutible que la inscripción debiese llevarse a cabo por los administradores o por la Sociedad Gestora, debido a las cláusulas contractuales que

remiten a la Sociedad Gestora la obligación de llevar a cabo todo tipo de actuaciones en el orden jurídico, contable o administrativo, lo cierto es que en cualquier caso esta conocía esa situación de cese en todo momento.

No obstante, pese a la necesidad de la inscripción del cese de los administradores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que tal inscripción no tiene carácter constitutivo. En concreto, acudimos a la Sentencia número 4188/2007, de 14 de junio (ROJ: STS 4188/2007), en cuyo Fundamento Jurídico 5º expone el Alto Tribunal:

«QUINTO.- La sentencia impugnada acoge la corriente que propugna la eficacia constitutiva de la inscripción del cese del administrador en el Registro mercantil, y que defiende la ineficacia frente a terceros de cualquier acto de cese mientras éste no accede al Registro , frente a la que defiende la eficacia relativa de la inscripción , que hace que ésta carezca de eficacia constitutiva.

Esta última posición es la que mantiene la Sala Primera de este Tribunal. Así en las sentencias de 10 de Mayo de 1999, 23 de Diciembre de 2002, 24 de Diciembre de 2002, 16 de Julio de 2004, 28 de Mayo de 2005, 7 de Febrero de 2007 y 22 de Marzo de 2007, al declarar que las inscripciones registrales de los acuerdos de cese no tienen carácter constitutivo, al no imponerlo así precepto alguno, correspondiendo el deber de inscribir a los nuevos administradores, sin que ninguna responsabilidad por falta de inscripción pueda exigirse a los cesados.

Además, el Pleno de dicha Sala Primera, en su sentencia de 28 de Abril de 2006, sentó la doctrina de que la oponibilidad a terceros de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, se presenta en punto al cese de los administradores (art. 21.1 Código de Comercio y 9 del Reglamento de Registro Mercantil) como un problema de eficacia respecto de la sociedad de actuaciones o gestiones realizadas por los administradores no inscritos, o que permanecen inscritos después de su cese.

Pues bien, ante esta doctrina, ha de admitirse, en el caso de cese en el cargo de administrador no inscrito en el Registro Mercantil, la prueba de cese por otros medios, por lo que si se acredita suficientemente esta circunstancia, antes de la cesación de actividad de la sociedad, debe quedar excluido de responsabilidad subsidiaria que examinamos.»

El Tribunal Supremo establece que el cese debe ser susceptible de prueba por otros medios además de la inscripción registral y que se pueda acreditar suficientemente para que se produzca la exclusión de la responsabilidad solidaria del administrador cuyo cese no fue inscrito. En nuestro caso, los administradores que cesaron en la junta general celebrada en 2009 y los que se nombraron en la misma no fueron inscritos, sin embargo esta circunstancia era perfectamente conocida por la Sociedad Gestora, por lo que debemos distinguir dos grupos de administradores responsables, los cesados en 2009 y los nombrados en el mismo año. Es muy importante esta distinción, puesto que las deudas de las que son susceptibles de responder solidariamente con la sociedad por no instar la ordenada disolución de la misma al incurrir en causa de disolución son aquellas que se generan con posterioridad al acaecimiento de la misma, como veremos posteriormente. Además esta responsabilidad se limita a las que se producen hasta el cese de los administradores, es decir, las devengadas con posterioridad al cese ya no son responsabilidad del administrador cesado sino del nombrado como nuevo administrador.

En este sentido se pronuncia de una manera clara y concisa, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo número 585/2013, de 14 de octubre (ROJ: STS/4932/2013):

«En cualquier caso, tanto antes como después de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, esta responsabilidad no alcanza a las obligaciones sociales posteriores al cese de los administradores. Los administradores sociales, aunque hubieran incumplido el deber de promover la disolución, una vez cesados de su cargo, no responden de las deudas que pudiera contraer la sociedad con posterioridad a su cese, sino tan sólo de las deudas que existían mientras eran administradores.»

Igualmente se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia número 328/2011, de 19 de mayo (ROJ: STS/4871/2011):

«Finalmente, conviene también recordar que la responsabilidad del administrador social concluye con su cese, por cualquier motivo válido para producirlo (SSTS de 23 de noviembre de 2010, (RC núm. 1151/2007) y 30 de noviembre de 2010, (RC núm. 855/2007), siendo ese el momento a tomar en cuenta para el cómputo del

plazo de prescripción del artículo 949 Ccom (SSTS de 18 de diciembre de 2007 (RC núm. 3550/2000), 3 de julio de 2008 (RC núm. 4186/2001, 14 de abril de 2009 (RC 1504 / 2004), 11 de marzo de 2010 (RC núm. 1239/2005) y 11 de noviembre de 2010 (1927/2006). La jurisprudencia declara que la determinación del dies a quo (día inicial) debe retrasarse al de la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe (artículos 21.1 y 22 del CCom y 9 del RRM), con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento. En consecuencia, este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero, ni en cualquier caso en que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo (SSTS, entre otras, de 26 de junio de 2006; 3 de julio de 2008, 27 de noviembre de 2008 (RC núm. 1050/2003), 4 de diciembre de 2008; 12 de febrero de 2009, 1 de abril de 2009, 14 de abril de 2009 (RC núm. 1504/2004), 2 de junio de 2009, (RC núm. 2352/2004), 12 de junio de 2009, 18 de junio de 2009 (RC núm. 2760/2004), 11 de marzo de 2010 (RC núm. 1239/2005), 15 de abril de 2010 (RC núm. 470/2006) y 30 de noviembre de 2010 (RC núm. 855/2007).»

La doctrina acoge este criterio del Tribunal Supremo, considerando que los administradores cesados no responderán de las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al cese, sino que sólo continuarán respondiendo de las anteriores y en tanto no finalice el plazo de prescripción de cuatro años contados a partir del cese. Sin embargo, en cuanto a la situación de los nuevos administradores, la doctrina no es unánime. Una parte considera que los mismos habrán de responder en solitario de las obligaciones sociales contraídas desde el momento en que, tras su nombramiento, incurren en responsabilidad, y solidariamente con los administradores anteriores de las contraídas con anterioridad a su nombramiento, a menos que se encuentre prescrita la acción de responsabilidad contra tales administradores precedentes, en cuyo caso los mismos desaparecen del ámbito subjetivo de responsables, que queda reducido al de los nuevos administradores, y siempre pendientes de que no hayan prescrito, a su vez, las obligaciones sociales que constituyen el ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores. Para que los nuevos administradores eviten la responsabilidad por las obligaciones sociales deberían actuar diligentemente e instar la disolución de la sociedad ante la causa de disolución legal en que esté incurso. En este sentido se pronuncia el profesor E. Beltrán Sánchez y los autores M^a I. Huerta Viescas y D.

Rodríguez Ruiz⁴, y la Sentencia número 398/2002, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 25 de abril (ROJ: STS/2968/2002). De otra forma se pronuncia I. Sancho Gargallo, que considera que los nuevos administradores deben responder de las deudas nacidas con posterioridad a la aceptación del cargo, sin perjuicio de que gocen del plazo de dos meses para cumplir con el deber legal de promover la disolución, lo que les exoneraría de responsabilidad. En nuestro caso, pese a lo establecido jurisprudencialmente, debemos decantarnos por la segunda opción por ser más favorable a los intereses del cliente⁵.

3.2. Deudas de las que deben responder los administradores: deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución

Los administradores sólo deben responder de aquellas deudas que sean posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, lo que en el caso que nos ocupa plantea dos cuestiones. La primera es si debemos atender a la fecha de nacimiento de la obligación o a la fecha de su exigibilidad, y la segunda es el momento en que surge la causa de disolución.

A) La calificación de las deudas como deudas posteriores. La relevancia de la fecha de devengo

En este punto, debemos examinar el momento en que surge la responsabilidad del artículo 367 LSC con respecto a la deuda social, es decir, la necesidad de que la deuda se produzca con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución o durante la vigencia de la misma, puesto que de lo contrario no habría posibilidad de derivación de responsabilidad alguna a los administradores.

⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, *La sociedad de responsabilidad limitada como forma jurídica para la pequeña empresa*, núm. 16, Aranzadi Civil, Madrid, 1997, p.177; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIASCAS, Mª I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis: (en las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 243;

⁵ SANCHO GARGALLO, I., “Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad”, *Órganos de las sociedades de capital*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1175.

Es muy importante el matiz que se introduce en el apartado segundo del artículo 367 LSC: «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.»

Se trata de una presunción *iuris tantum* que impone la carga de la prueba al administrador. Pero teniendo en cuenta esta presunción, debemos interpretar si la fecha a la que se refiere como posterior es la del nacimiento de la obligación o si, por el contrario, se incluye la del vencimiento de las obligaciones nacidas con anterioridad. La discusión surge por varios motivos, uno de ellos es el empeoramiento de la situación que se produce en los acreedores que quedan fuera de la protección que otorga esta norma y cuyo crédito puede ser anterior al de los acreedores protegidos por la misma, otro motivo es el riesgo de que se fomente el incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la responsabilidad de los administradores, al dejar abierta la posibilidad de evitar la sanción simplemente mediante su inactividad tras el acaecimiento de la causa legal de disolución, burlando con ello el fin de la norma.

Junto con los dos motivos anteriores, la falta de concreción de la norma ha conducido a algunos autores a sostener la ampliación de la responsabilidad a todas las obligaciones surgidas anteriormente, pero vencidas o exigibles después⁶. La interpretación propuesta resta sentido al segundopárrafo del artículo 367 LSC, que establece una presunción al respecto que sería de escasa utilidad si incluyéramos en la práctica, bajo el ámbito protector de la norma, todos los créditos cuyo pago, a priori, podría correr riesgo. Lo que la doctrina mayoritaria entiende es que lo que la norma pretende conseguir es que las sociedades endificultades se disolvieran, o adoptaran como alternativa medidas de saneamiento, o al menos, y es esta la clave, se abstuvieran de seguir operando en el tráfico a pesar de la concurrencia de la causa de disolución⁷.

⁶En este sentido se ha expresado VICENT CHULIÁ, F., *La responsabilidad de los administradores en el concurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Ed. La Ley, nº 4, 2006, p. 29; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso: sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL*, *Revista de Derecho de Sociedades*, Ed. Thomson-Aranzadi, nº 26, año 2006, p. 462.

⁷Así lo expresa VIÑUELAS SANZ, M., *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 66 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2007, p. 478

La jurisprudencia, como veremos a continuación, entiende que lo relevante es el momento en que nace la obligación, con independencia de la fecha de vencimiento, puesto que es en el momento de contratar cuando el administrador no actúa correctamente al conocer la situación de insolvencia de la sociedad que está bajo su mandato.

Pasamos ahora a analizar lo relativo a la obligación generada a favor de la Sociedad Gestora. La factura que esta emite tiene fecha de mayo de 2011, pero se trata de una factura proforma, es decir, un anticipo de lo que será en un futuro la factura real para el pago de sus servicios. Por tanto, nos encontramos con tres posibles momentos en que puede considerarse nacida la obligación de pago que da lugar a la deuda social:

- Noviembre de 2006, fecha en que se firma el contrato de gestión entre la Sociedad Urbanística y la Sociedad Gestora.
- Mayo de 2011, fecha en que se emite la factura proforma por parte de la Sociedad Gestora.
- Enero de 2016, fecha en que devino firme la sentencia que condenaba al pago de la factura proforma.

En primer lugar, descartaremos la fecha de la firmeza de la sentencia como punto de partida de la obligación social en base a lo establecido en el Fundamento Jurídico 14º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria número 44/2007, de 15 de enero, (ROJ: 2007/139176):

«Mediante el sexto y último motivo de recurso, se sostiene que la deuda de casi 3 millones ptas. sólo se habría convertido en líquida y exigible cuando se dictó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número uno de Santander, el día 24 de marzo de 2003, fecha en que la sociedad limitada que administraba el ahora recurrente estaba ya disuelta. Al respecto diremos, primero, que la exigibilidad de una deuda no deriva de la sentencia que la declara, pues en caso contrario el acreedor, para cobrar, tendría siempre que proceder judicialmente. La exigibilidad de la deuda, cuando nace de un contrato bilateral, deriva, de una parte, del efectivo cumplimiento de sus

obligaciones por parte del contratante que reclama el crédito; y de otra, de la falta de término o condición que modalice esa obligación.»

Descartamos también la fecha en que se emite la factura proforma porque esta no es susceptible de devengar obligación, ya que no es una factura válidamente emitida. Se trata de un documento que no cumple la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 6 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, que contiene la forma que debe tener una factura. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia número 164/2016, de 2 de marzo (ROJ: STS/815/2016):

«Olvida la recurrente que la factura proforma es un documento previo a la emisión de una factura comercial que se utiliza normalmente cuando se envían muestras de productos a un cliente; es simplemente el documento donde el comprador especifica los bienes o servicios al comprador a un precio determinado que éste puede aceptar o no. Y lo que resulta evidente es que nunca se llegó a emitir una factura comercial porque como se declara probado las operaciones de venta documentadas mediante facturas no respondían a relaciones comerciales auténticas y habían sido confeccionadas de forma mendaz por el acusado con la finalidad de disimular una apariencia de garantía inexistente en la práctica para de esta forma convencer al inversor de la bonanza de la operación. De manera que no se puede sostener con seriedad que las operaciones de inversión estaban garantizados por la prima de una póliza suscrita con Crédito y Caución, que ni siquiera se aporta a las actuaciones, que en ningún caso puede avalar operaciones comerciales basadas en facturas mendaces.»

Hay una serie de sentencias que defienden que el momento en que surge la responsabilidad coincide con el momento en que se contrae la obligación, siempre que este sea posterior al acaecimiento de la causa de disolución. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 406/2016, de 20 de julio (ROJ: JUR/2016/202567), se pronuncia de la siguiente manera:

«Momento en que surge la responsabilidad ex art. 367 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400)

Ciertamente esta Sala ha acogido el criterio de que la responsabilidad surge cuando la deuda se contrae. Así, ha declarado esta Sala en sentencia de fecha 13 de marzo de 2013 que:

"Esta Sala viene estimando que la fecha a la que ha de remitirse el juicio de valor sobre si existe o no la causa de disolución es aquella en la que la obligación se contrae, con independencia de la fecha de vencimiento; en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta) de fecha 31 de mayo de 2010 que declara que "ha de entenderse que basta como presupuesto de la responsabilidad con que se contraiga la deuda social durante la vigencia del cargo, en este sentido parecen pronunciarse aunque de manera indirecta las sentencias del TS de 5 de diciembre y 25 de septiembre de 2007 citada , y las de la AP de Madrid Sección Vigésimo Octava de 19 de junio de 2009 , con independencia de que su vencimiento sea posterior al cese. Se trata en definitiva de exigir al administrador que responda de la especial responsabilidad civil contraída cuando consciente de que la sociedad no tiene las exigencias de capitalización que la ley impone -las pérdidas han dejado reducido el patrimonio social a la mitad del capital social- no solo no sigue el mandato legal, se trata de una sociedad que no puede seguir operando en el tráfico jurídico y debe desaparecer a través de su disolución y posterior liquidación, sino que, ajeno a tal defecto, continua contrayendo obligaciones de difícil satisfacción pues el patrimonio social no podrá hacer frente a las mismas".

En el presente supuesto, siendo incontrovertido que el suministro se recabó con fecha 30 de julio de 2010, ha de remitirse a tal fecha como la relevante a los efectos de determinar si a la misma la sociedad estaba o no incurso en causa de disolución»⁸.

Por tanto, queda reflejado que debemos entender que la deuda va surgiendo conforme se llevan a cabo los trabajos o la prestación de los servicios desde el momento de la firma del contrato, en nuestro caso, 2006. Los administradores quedan obligados de aquellas deudas que se generen a raíz de la firma del contrato desde que existe causa de disolución por no instar la ordenada disolución de la sociedad, es decir, serán deudores solidarios de aquellas deudas generadas con posterioridad al acaecimiento de

⁸En este sentido podemos acudir también a las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 658/2011, de 22 de diciembre (ROJ: AC/2012/261), en concreto, en el Fundamento Jurídico 2º; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca número 87/2016, de 21 de marzo (ROJ: JUR/2016/82066), en concreto, en el Fundamento Jurídico 1º.

la causa de disolución, puesto que la vigencia del contrato hasta su resolución judicial en 2015 conlleva que aquellos servicios que se vengan prestando generen la obligación de pagarlos desde que se presten y no desde el momento en que se pueda exigir su pago.

Al ser un contrato de tracto sucesivo, acudimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 50/2016, de 9 de febrero (ROJ: SAPM/1375/2016):

«Este criterio de atender al momento en el que se contrae la deuda es además el más coherente con la finalidad perseguida por los artículos 105 de la LSRL y 260 del TRLSA (ahora artículos 356 y 367 del TR de la LSC), pues se pretende con ello el prevenir que la sociedad siguiese adquiriendo nuevos compromisos que le obligasen, que con toda probabilidad no podría atender, estando ya incurso en causa de disolución, cuando lo que debería haberse hecho es no seguir operando en el tráfico mercantil sino emprender los trámites legales para hacer efectiva su definitiva liquidación (o hacer lo necesario para remover la concurrencia del motivo que hacía exigible la disolución). Es por ello que el incumplimiento de la obligación que le impone la ley de impulsar en tales circunstancias la disolución social conlleva un severo régimen de responsabilidad para el administrador que no vele por ello.

...Así pues, haciendo aplicación de dicho criterio al supuesto que nos ocupa, la deuda que se reclama en el presente litigio ha de entenderse contraída en las distintas mensualidades en que se emitieron las facturas acompañadas a la demanda, todas ellas pertenecientes a los años 2007 y 2008 y consecutivas a la prestación de los servicios facturados, sin que, por lo tanto, pueda otorgarse la menor relevancia al hecho de que con respecto a la concreta fracción del débito acumulado que es objeto de la presente demanda la actora consintiese en aplazar su exigibilidad hasta el 19 de enero de 2009 al recibir un pagaré emitido por la sociedad deudora el 3 de noviembre de 2008 (folio 75).»

Dicho de otra forma, consideramos, en base al criterio de la Audiencia, que serán responsables solidarios los administradores vigentes en el momento de generarse aquellas deudas producidas a partir de la existencia de la causa legal de disolución, siendo estas todas las que deriven del contrato de gestión externa durante el período en que exista la causa de disolución, puesto que nos encontramos ante un contrato de tracto

sucesivo en el que los servicios se prestan periódicamente y las deudas se generan de igual manera, y puesto que el momento relevante para entender generada la deuda es el de su nacimiento y no el de su vencimiento como hemos expuesto a través de la doctrina y la jurisprudencia mencionadas, entendemos que todos los servicios que se presten a partir del acaecimiento de la causa de disolución, así como la deuda que estos generen, forman las obligaciones sociales recogidas en el artículo 367 LSC.

B) Concurrencia de las causas de disolución y falta de su promoción

Debe tenerse en cuenta que las causas de disolución alegadas son, por un lado, la inactividad de la sociedad, y, por otro, que los fondos propios de la Sociedad Urbanística están por debajo de la mitad del capital social. En cuanto a esto último, esta circunstancia sólo se produce durante los años 2010 a 2012 tal y como reflejan las Cuentas Anuales de la Sociedad. Será de aplicación únicamente lo dispuesto en la LSC vigente desde el 1 de septiembre de 2010, puesto que las causas de disolución concurren con posterioridad a tal fecha.

Por un lado, en cuanto a la inactividad de la Sociedad Urbanística, devenida desde enero de 2010 según la Sociedad Gestora, es necesario que la misma sea absoluta y continuada. El artículo 363.1.a) de la LSC, donde se recoge esta causa de disolución, establece además un plazo de un año durante el que debe mantenerse la inactividad. Este período puede ser por años naturales o por ejercicios económicos, ya que lo importante es el plazo en sí y su acreditación, no la coincidencia o no con un ejercicio social. En caso de que antes del vencimiento del plazo se reinicie la actividad volverá a computarse de nuevo otro plazo de inactividad a partir del momento en que la nueva actividad vuelva a concurrir.

La doctrina considera que se trata de una causa eminentemente fáctica, más que jurídica, puesto que seguirá concurriendo la causa aunque la sociedad siga desarrollando una mínima actividad (comprendiendo como tal la elaboración de cuentas anuales, presentación de sus declaraciones fiscales, celebración de juntas generales ordinarias de aprobación de cuentas anuales, etc.), pero su objeto social no se desarrolle en ni una sola de las actividades que lo componen. Otra consecuencia que se extrae de la facticidad de esta causa es lo relevante que es la acreditación de su efectiva

conurrencia, recayendo la carga de probar la existencia de actividad en la propia sociedad, en nuestro caso, en la parte que defendemos en el presente dictamen. Esto se debe a que resulta mucho más fácil acreditar la existencia de actividad por parte del demandado, que no al demandante de responsabilidad acreditar que no existe dicha actividad. La doctrina entiende que por aplicación del artículo 217.6 LEC, la mayor facilidad probatoria de la existencia de actividad la tiene la sociedad, por lo que es la misma la que debe seguir pechando con esa carga probatoria. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo nº 138/2007, de 20 de febrero (ROJ: STS/2229/2007)⁹.

Por tanto, debemos tener en cuenta que el cómputo del plazo bimensual para la convocatoria de la junta general que inste la disolución de la sociedad comienza desde que finaliza el transcurso de un año desde que la sociedad no tiene actividad alguna comprendida dentro de su objeto social. En nuestro caso, este transcurso podría entenderse acaecido desde que en diciembre de 2010 se presentaron por parte de la Sociedad Gestora una serie de documentos relacionados con el proyecto de urbanización y reparcelación del Plan Parcial de Ordenación Urbanística, es decir, en diciembre de 2011 entraría la Sociedad Urbanística en causa de disolución por inactividad. Por tanto, al devengarse la posible responsabilidad desde esa fecha sólo afectaría a los administradores nombrados en junio de 2011.

No obstante, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una situación de gestión integral por parte de la Sociedad Gestora en la Sociedad Urbanística, que incluye el desarrollo de su actividad y de su objeto social. Es por ello que carece de coherencia que, quedando resuelto el contrato de gestión integral en 2015, la Sociedad Gestora alegue la falta de actividad de la Sociedad Urbanística siendo que le es directamente imputable a ella, puesto que contractualmente se establece que es su obligación el desarrollar toda la actividad que comprenda el objeto social de la Sociedad Urbanística. A estos efectos nos remitimos al artículo 1.091 del Código Civil, que establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las

⁹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA BISECAS, M^a I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis: (en las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 483 y ss.; y MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7^a ed., Barcelona, 2015, pp. 54 y ss.

partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. Por tanto, entendemos que esta causa de disolución alegada por la Sociedad Gestora no puede prosperar y el órgano judicial que dicte la resolución del procedimiento debería desestimarla.

En cuanto a la situación de pérdidas, es indudable que se produce efectivamente, tal y como se recoge en las Cuentas Anuales, sin embargo, debemos hacer referencia a una cuestión crucial para la adecuada valoración judicial del caso, cual es que la Sociedad Gestora tiene entre sus obligaciones adquiridas en virtud del contrato de gestión la de asesorar jurídicamente a la Sociedad Urbanística, incumpliendo la misma. La Sociedad Gestora oculta deliberadamente la situación de la Sociedad Urbanística en que está incurso en causa de disolución y se limita a informar de que han llevado a cabo las cuentas anuales mostrándolas a los administradores en la Junta General. Estos, carentes de cualquier formación contable o jurídica y cuya designación les ha sido sobrevenida por su cargo político, confían en la Sociedad Gestora para que les asesore en el modo de actuar de la vida societaria, cumpliendo así el deber de diligencia exigible a los administradores societarios, puesto que suplen la carencia de conocimientos contables y jurídicos con el debido asesoramiento por parte de un tercero cualificado para ello, pese a que resultase finalmente ser fraudulento.

C) *Dies a quo* del acaecimiento de la causa de disolución por pérdidas

Debemos examinar a continuación cuándo se entiende producida la causa de disolución que entendemos que puede concurrir, es decir, la de pérdidas que dejen el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social.

El artículo 365.1 LSC establece el deber de los administradores de convocar la junta general en el plazo de dos meses para acordar la disolución de la sociedad o instar el concurso. No obstante, no concreta el momento en que deba entenderse que se inicia el plazo de dos meses, puesto que podría apreciarse como tal aquél en que el administrador o los administradores tengan conocimiento de la causa de disolución o aquél en que la causa concurra, independientemente del conocimiento que sobre la misma ostenten los administradores. Es por ello que debemos acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para determinar el *dies a quo* que da comienzo al plazo bimensual de

convocatoria. El momento inicial para el cómputo de dos meses en los que debe llevarse a cabo la convocatoria de la junta está íntimamente conectado con la apreciación del momento en que concurra alguna de las causas de disolución del artículo 363.1 LSC.

La doctrina considera que la obligación de convocar nace por la concurrencia de la causa disolutoria y no por el conocimiento o consciencia de la misma por parte de los administradores sociales, quienes por razón de la diligencia que se les exige para desempeñar su cargo, se ha de presumir que deben tener conocimiento inmediato de tal situación, por el seguimiento que deben hacer del estado de la sociedad en cada momento. Uno de los motivos de esta consideración es la complejidad que supondría probar el momento en que ha tenido constancia el administrador de la situación de deber de disolución¹⁰. En nuestro caso, tal seguimiento se deja en manos de la Sociedad Gestora para que informe de manera inmediata, cuando sea necesario, de un extremo tan importante para el buen funcionamiento de la Sociedad como es el acaecimiento de una causa disolutoria.

Pese a lo explicado en el primer párrafo de este apartado, en el que indicamos que el plazo bimensual para la convocatoria de la junta general que inste la disolución comienza desde que concurre la causa disolutoria por ser deber del administrador el conocerla, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que para esta causa de disolución debemos atender al momento en que los administradores tuvieron conocimiento de la misma o debieron tenerlo. Esto se debe a que la situación de descapitalización o de pérdidas agravadas se conoce y es constatada a través de la elaboración de los balances de la sociedad y no mediante el mero conocimiento del funcionamiento de la misma. Por tanto, en el momento en que en el Balance trimestral o en las Cuentas Anuales se determine esta situación será el momento en que lo conocerá el Consejo de Administración y, por tanto, el momento en que se entenderá que comienza el cómputo del plazo bimensual para la convocatoria de la junta general.

¹⁰En cuanto a las referencias doctrinales véase: RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA BISECAS, M^a I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis: (en las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 483 y ss.; y MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7^a ed., Barcelona, 2015, pp. 54 y ss.

La doctrina considera que se trata de una grave irresponsabilidad de los administradores no disolver la sociedad cuando concurre esta causa. Es evidente que este tipo de sociedades deudoras, que desaparecen o que prácticamente no tienen actividad, están totalmente desprovistas de patrimonio social, ya que, o nunca lo han tenido (como es el caso de la Sociedad Urbanística), o este ha desaparecido. Las pérdidas contenidas suponen que la reducción del capital social tenga carácter obligatorio para la sociedad. Lo que pretende el legislador es que el capital social se adecúe a la realidad material. Si los administradores no impulsan la reducción de capital (o su aumento en cantidad suficiente) cuando se producen las pérdidas podrán incurrir en la responsabilidad que estamos viendo frente a terceros acreedores, que justificarían su daño en que, de haber conocido la situación real de la compañía no habrían contratado con ella.

En este punto sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 327 de la LSC, que dispone que las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto de la sociedad por debajo de las dos terceras del capital social y transcurra un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto, obligarán a la sociedad a reducir el capital social.

No obstante, no podemos aplicar la reducción del capital cuando suponga dejarlo por debajo del mínimo establecido legalmente, puesto que supondría incurrir en la causa de disolución del apartado f) del mismo artículo. Este caso se produce en la Sociedad Urbanística, puesto que su capital social es de 3.000 Euros desde que se constituyó y no ha sido modificado desde entonces, siendo esta cifra la mínima que dispone el artículo 4.1 de la LSC para las sociedades limitadas.

Sin embargo, recordamos que estos hechos fueron producidos entre 2010 y 2012, lo que implica que para entonces estaba vigente el Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias, puesto que se fue prorrogando hasta 2014 inclusive. Esta norma, cuya redacción que nos interesa es la otorgada para los ejercicios 2010, 2011 y 2012 (se modificó levemente para el ejercicio 2014) establece en su disposición adicional única que, a los solos efectos de determinación de las pérdidas para la reducción del capital regulada en el

artículo 327 y para la reducción prevista en el artículo 363.1e.) (es aquí donde nos afecta), ambos de la LSC, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias. Lamentablemente, las pérdidas en que incurre la Sociedad Urbanística no están contempladas en ninguno de estos supuestos contables, por lo que deben quedar computadas y no será posible aplicar la excepción que establece este Real Decreto-Ley.

Esta rigurosa y exigente causa disolutoria, al igual que la referida a la reducción del capital social por debajo del mínimo legal, responde a un móvil distinto a las restantes, siendo tal el de la seguridad del tráfico y la protección frente a los acreedores sociales de sociedades descapitalizadas, frente al interés privado de los socios que componen la sociedad, que prima en los demás supuestos. La descapitalización designa una situación de gran empobrecimiento de la sociedad. En nuestro Derecho los administradores estarán obligados a convocar junta general siempre que constaten las citadas pérdidas a través de un Balance de comprobación trimestral u otro estado de situación, pero también siempre que las pérdidas puedan ser detectadas con el criterio objetivo exigible a los administradores.

Considera la doctrina que no hay que ser excesivamente rígidos a la hora de exigir el conocimiento de la situación que deviene en la causa de disolución que estamos tratando por parte de los administradores (salvo casos especiales como que el administrador sea también contable de la sociedad). La diligencia exigible al administrador para apreciar la existencia de pérdidas dependerá de los medios de que disponga, de modo que cuanto mayor sea la sociedad y cuente con un mayor grado de organización de los servicios administrativos será más fácil que los administradores conozcan la existencia de pérdidas, pero será más fácil exigirle al administrador un pronto conocimiento de la situación en empresas más pequeñas en las que el administrador esté en contacto más directo con la vida social. No obstante, el administrador ignorante *motu proprio* de la situación contable real de la sociedad es el paradigma del incumplimiento de la obligación de informarse sobre la marcha de la sociedad (artículo 225.2 LSC) y por ello no puede exonerarse de la responsabilidad que analizamos.

Es difícil conocer la fecha en que los administradores conocieron o debieron conocer la concurrencia de las pérdidas agravadas. De cara a terceros lo más seguro será estar al examen de las Cuentas Anuales depositadas en el Registro Mercantil, pues en otro caso se requerirá la práctica de pruebas periciales contables que permitan acreditar la existencia de pérdidas. Sin embargo, la doctrina ha fijado que el *dies a quo* del plazo bimensual es el momento en que los administradores, al formular las cuentas anuales, tienen conocimiento directo de la situación patrimonial de la sociedad, si bien condicionada a la verificación de los auditores de las cuentas anuales¹¹.

Sin embargo, esta discusión doctrinal se simplifica en nuestro caso, puesto que queda constatado en los hechos que el momento en que los administradores tenían conocimiento de la situación contable de la sociedad era aquél en que la Sociedad Gestora les hacía llegar las cuentas anuales que había elaborado, siendo este momento el de la junta general ordinaria que se celebraba todos los años en el mes de junio (salvo alguna excepción).

En cuanto a la jurisprudencia, se ha pronunciado en este sentido la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) en su Sentencia número 342/2010, de 31 mayo, (ROJ: JUR\2010\377802):

«Respecto al dies a quo para el cómputo del plazo bimensual tenido en cuenta por la norma, también acierta el juez sentenciador en fijarlo desde que tuvieron conocimiento los administradores de la sociedad de la causa de disolución o debieron haberlo tenido con un adecuado y diligente desempeño de su cargo; en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 20 de febrero, 4 y 16 de julio de 2007, entre otras, así como la de esta Sala de 4 de mayo de 2005 . Por tanto, basta para constatar la

¹¹En cuanto a las referencias doctrinales nos remitimos a lo establecido en: F.J. ARANGUREN URRIZA, *Las Sociedades de Capital Conforme a la Nueva Legislación*, Editorial Trivium, SA, 2ª edición, Madrid, 1990, pp. 584 y 585; F. BERTRÁN MENDIZÁBAL, «Las Sociedades en Pérdidas: Especial referencia a la Normativa del Mercado de Valores», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1994, pp. 263-265; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA BISECAS, Mª I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis: (en las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 263 y ss.; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed., Barcelona, 2015, pp. 54 y ss.

existencia de la causa tanto un balance de comprobación, que es preciso lleva con arreglo al art. 28 del C de C, como un estado de situación, y no necesariamente las cuentas anuales (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta) de 23 de mayo de 2008 .»

En el caso concreto de esa sentencia se hace referencia al balance de comprobación, pero también serán determinantes las Cuentas Anuales cuando sea éste el único medio que tiene el órgano de administración de conocer la situación contable de la sociedad, como es nuestro caso, puesto que tan sólo se les remitía información a través de estas.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo a través de la Sentencia 680/2010, de 10 de noviembre (ROJ: STS/6380/2010):

«Pues bien, la sentencia 460/2010, de 14 de julio sintetiza los diferentes pronunciamientos de esta Sala sobre la fecha inicial del cómputo del plazo bimensual previsto en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, que van desde la fecha en que los administradores "conocieron o pudieron conocer " la situación de desequilibrio patrimonial, mantenido en la sentencia 986/2008, de 23 de octubre, hasta aquella en que "fue conocida" la situación económica, sostenido en la 977/2000, de 30 de octubre, pasando por la fecha desde la que el administrador "no podía ignorar" la grave situación de descapitalización de la sociedad seguida en la sentencia 766/2002, de 18 de julio.

42. Ahora bien, las divergencias indicadas no pasan de ser una simple apariencia fruto del necesario casuismo de la respuesta al caso concreto, ya que, como sostienen, entre otras muchas, las sentencias 1219/2004, 16 de diciembre, 986/2008, de 23 de octubre; y 14/2010, de 12 de febrero, el cómputo de los dos meses para la convocatoria de la Junta de la sociedad tiene lugar desde que los administradores efectivamente conocieron la concurrencia de causa de disolución o la habrían conocido sin ajustar su comportamiento al de un ordenado empresario entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, a tenor de lo dispuesto hoy en el artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y en la fecha en la que se desarrollaron los hechos en el artículo 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que no cabe escudar la inimputabilidad en la propia ignorancia, ya que la falta de

información no deja de ser el paradigma del incumplimiento de la referida obligación cuando llega al límite de dejar de presentar las cuentas anuales.»

Y el Auto del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2013 (ROJ: ATS/1567/2013):

«Así mismo, también es constante la doctrina de esta Sala, en línea con lo declarado por la sentencia recurrida, referente a que a la hora de computar el inicio del plazo bimensual ha de estarse al momento en que los administradores conocieron la concurrencia de la causa de disolución o al momento en que deberían haberla conocido, de haber ajustado su comportamiento al de un ordenado empresario, habida cuenta que entre sus deberes figura el deber de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad (artículo 127.2 TRLSA), con la consecuencia de que la ignorancia del empresario que no conoce por su propia dejadez, no es paliativo de su responsabilidad (STS de 19 de julio de 2012, RC núm. 1542/2009). Finalmente se ha dicho por esta Sala que la reacción tardía no opera a modo de excusa absolutoria como causa de exención de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que tenía que cumplir el administrador en plazo preclusivo y que únicamente cabe excluir la responsabilidad de los administradores en supuesto de desequilibrio patrimonial cuando por los mismos se adoptaron medidas para restablecer el equilibrio entre el patrimonio contable y el capital social o reflotar la empresa, sin que el simple hecho de resultar las mismas infructuosas sean razón suficiente para declarar la responsabilidad, si bien en este último caso es imprescindible la acreditación de una acción significativa del administrador para evitar el daño (STS de 19 de mayo de 2011, RC núm. 1691/2007, y las que en ella se citan).»

Por tanto, la fecha en la que comenzó a contar el cómputo para instar la disolución de la Sociedad Urbanística fue en la que los administradores debieron tener constancia de la existencia de la causa disolutoria por la elaboración de las Cuentas Anuales del ejercicio de 2010, sin embargo, al ser elaboradas por la Sociedad Gestora, el momento en que las conocieron es el momento de firmarlas, siendo tal momento marzo de 2011, tal y como recoge el artículo 253 LSC. Debido a que el Tribunal Supremo establece que el cómputo debe comenzar cuando debieron conocer o conocieron la causa de disolución debemos considerar que concurre esta situación desde marzo de 2011. Si bien es cierto que el contrato de gestión obliga a la sociedad gestora a

la elaboración de las cuentas anuales, la responsabilidad de la inobservancia de las mismas se mantiene para los administradores.

Pese a lo anterior debemos tener en cuenta que resulta más gravoso el incumplimiento contractual de la Sociedad Gestora que la carente diligencia de los administradores de la Sociedad Urbanística, puesto que esta se pretende ser suplida precisamente mediante el contrato de gestión, como nos hemos referido en el apartado anterior.

D) Imposibilidad de extinguir la responsabilidad por quedar superada la situación que provoca la causa de disolución

La Sociedad Gestora presenta la demanda en septiembre de 2016, fecha en que la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social fue superada en junio de 2012, cuando el Ayuntamiento de Macondo deriva una partida presupuestaria a la Sociedad Urbanística, que le permite salir de la situación de infracapitalización. Este hecho suscita la cuestión de si mantiene en tal fecha la Sociedad Gestora legitimación alguna para interponer la demanda, cuestión que resuelve el Tribunal Supremo en el Auto de 24 de junio de 2015, (ROJ: JUR/2015/177628) que dice lo siguiente:

«Por otro lado y respecto al hecho de que la situación de insolvencia se había superado, el recurso obvia que la sentencia recurrida concluye que se ha acreditado que en el momento en que la deuda se genera, la sociedad se encuentra incurso en causa legal de disolución y que con posterioridad la sociedad cesó en su actividad, no obstante lo cual las cuentas anuales del 2010 reflejan que ya no se encuentra incurso en causa legal de disolución, como consecuencia de que se ha anotado una partida de 250.000 € correspondientes a deudores comerciales, esto es, la cantidad que la sociedad esperaba obtener como indemnización por la resolución del contrato de suministro. Acreditaba la concurrencia de causa legal de disolución en el momento en que se genera la deuda, los administradores devienen responsables de la misma, al no haber acreditado que convocaran junta de socios dentro de los dos meses siguientes para instar la disolución o bien para removerla.»

Igualmente se pronuncia la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo nº 585/2014, de 14 de octubre:

«La remoción de la causa de disolución de la compañía no extinguió la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir el administrador durante el tiempo en que incumplió el deber de promover la disolución, respecto de los créditos existentes entonces, pero sí evita que a partir del momento en que cesa la causa de disolución puedan surgir nuevas responsabilidades derivadas de aquel incumplimiento. Esto es, los acreedores de las deudas sociales surgidas después de que la compañía hubiera superado la causa de disolución, como es el caso de Cajalón, carecen de legitimación para reclamar la condena solidaria del administrador basada en un incumplimiento anterior.»

Así, pese a haber superado tal situación de insolvencia, lo relevante es que la deuda se genere en el momento en que la sociedad está incurso en tal causa de disolución y, como anteriormente hemos explicado, la deuda se genera de manera sucesiva al ser un contrato de servicios, es decir, de tracto sucesivo, por lo que existe legitimación para derivar la acción de responsabilidad a los administradores por el impago de la deuda por este concepto.

Por tanto, los servicios prestados y los trabajos realizados entre 2010 y 2012, ambos inclusive, años en que concurren las causas de disolución recogidas en los apartados a) y e) del artículo 363 de la LSC según el criterio de la Sociedad Gestora, tienen una cuantía de 22.536 Euros en concepto de confección de cuentas anuales y aprobación de presupuestos de la entidad (a razón de 626 Euros al mes), y de 15.654 Euros más IVA (3.287,34 Euros) por la subsanación de los defectos recogidos en el Plan de Parcial de Ordenación Urbanística, dando una cuantía total de 41.477,34 Euros, en lugar de los 126.123,35 Euros más IVA reconocidos por la Sentencia de resolución de contrato, que se refiere a la cuantía total de la deuda de la sociedad y que erróneamente reclama la Sociedad Gestora. Sin embargo, esta cuantía no se puede considerar ajustada a derecho, puesto que las causas de disolución, como hemos visto, comienzan a contar desde diciembre de 2011, en el caso de la inactividad, y desde marzo de 2011, en el caso de las pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad de su capital social. Así, deberíamos considerar que la cuantía es

de 9.390 Euros (desde marzo de 2011 hasta junio de 2012) para el supuesto de pérdidas que dejan reducido el patrimonio social por debajo de la mitad del capital social.

Más complejidad otorga la situación de inactividad, puesto que desde diciembre de 2011, fecha en que entendemos que se inicia el cómputo para considerar a la sociedad como inactiva según lo dispuesto en el artículo 363.1.a) LSC, la Sociedad Urbanística no ha llevado a cabo ningún trabajo o actividad relacionado con su objeto social. Pese a que consideramos que esta causa no es imputable a los administradores de la Sociedad Urbanística sino a la Sociedad Gestora, concretaremos esta cuantía a efectos del dictamen. Nos encontramos en la situación en que no se ha llevado a cabo ningún tipo de actividad más allá de la mera presentación de las cuentas anuales, por lo que se viene generando una deuda a raíz de la elaboración de las mismas por parte de la Sociedad Gestora hasta la resolución judicial del contrato con la misma, es decir, con la firmeza de la sentencia resolutoria en enero de 2016. No obstante, a partir de enero 2014 es una tercera sociedad, la Sociedad Contable, quien elabora la documentación contable de la Sociedad Urbanística, ante el incumplimiento por parte de la Sociedad Gestora de esta obligación contractual. Es por ello que entendemos que no tiene fundamento la reclamación que la Sociedad Gestora está llevando a cabo frente a la Sociedad Urbanística por las siguientes razones:

- Durante el período comprendido desde el inicio del periodo contable del año 2014 hasta la fecha de la firmeza de la sentencia, es decir, enero de 2016, la Sociedad Gestora viene incumpliendo la obligación de prestar el servicio de llevanza de la contabilidad y libros de registro de la Sociedad Urbanística.
- En ese mismo periodo la Sociedad Urbanística se vio en la necesidad de contratar los servicios de una tercera sociedad, en este caso la Sociedad Contable.
- De acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil, relativo al incumplimiento de las obligaciones recíprocas, se faculta a la parte que cumple para exigir el cumplimiento forzoso de la obligación o resolver la misma, con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.
- La Sociedad Gestora dejó de cumplir sus obligaciones en diciembre de 2013, por lo que a partir de ese momento no puede exigir pago alguno por las mismas.

Así, consideramos que debe computarse la cuantía del procedimiento desde diciembre de 2011 hasta diciembre de 2013, siendo 24 meses a razón de 626 Euros al mes, lo que nos daría una cuantía de 15.024 Euros.

3.3. Plazo de prescripción de la acción

En este punto debemos examinar si resulta aplicable el artículo 241 bis de la LSC, que establece un plazo de prescripción de 4 años para ejercitar las acciones de responsabilidad contra los administradores desde que hubieren podido ejercitarse, o el artículo 949 del CCom, que establece igualmente un plazo de 4 años de prescripción pero inicia el cómputo del mismo en el momento en que se produce el cese de los administradores.

Debemos acudir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid número 314/2016, de 11 de noviembre (ROJ: SAPVA/1108/2016) para dirimir esta cuestión puesto que, al tratarse de una reforma introducida el 4 de diciembre de 2014, que entró en vigor del día 24 del mismo mes, no encontramos pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. La mencionada sentencia explica muy bien el trato que debe darse al nuevo precepto (artículo 241 bis LSC):

«TERCERO.-

Sobre la prescripción de la acción de responsabilidad por deudas: régimen aplicable e interrupción

El apelante plantea en su recurso una serie de cuestiones interpretativas sobre el régimen de transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas de cierto calado, lo que indefectiblemente nos obliga a examinar la jurisprudencia aplicable, todo ello a luz de la nueva normativa vigente sobre la materia (Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital "para la mejora del gobierno corporativo").

- ¿Es de aplicación el nuevo art. 241 bis LSC a las acciones de responsabilidad por deudas sociales?

Se argumenta por el recurrente que conforme a lo dispuesto en el art. 241 bis LSC, el plazo de prescripción es de cuatro años desde el momento en que pudo

ejercitarse, identificando ese momento en el cese como administrador como consecuencia de la apertura de la liquidación.

Sin embargo, esta Sala es partidaria de seguir una interpretación literal y sistemática de la norma y, en consecuencia, establecer que el art. 241 bis LSC únicamente resulta de aplicación a los supuestos de ejercicio de la acción individual y social de responsabilidad (arts. 238 y ss. LSC) pero, en ningún caso, a la acción social de responsabilidad por deudas sociales (art. 367 LSC).

En concreto, por lo que respecta a la interpretación literal del precepto, es evidente que el artículo 241 bis LSC alude exclusivamente a la acción social y a la acción individual de responsabilidad, no a la acción de responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 LSC, lo que a nuestro juicio determina que ésta quede excluida. En segundo lugar, en relación con el criterio de interpretación sistemática, hemos de constatar que el citado artículo 241 bis LSC está situado en el Capítulo V ("La responsabilidad de los administradores") del Título VI ("La administración de la sociedad") de la LSC, mientras que el artículo 367 LSC se inserta en el Capítulo I ("La disolución"), Sección 2ª ("Disolución por constatación de causal legal o estatutaria") del Título X ("Disolución y liquidación"). Podemos interpretar que dicha ubicación sistemática del precepto no es casual, sino que se corresponde a una explícita voluntad del legislador de ofrecer un distinto tratamiento a ambos tipos de responsabilidad que presentan diferente naturaleza y presupuestos para su aplicación.

- ¿Está derogado lo dispuesto en el art. 949 CCom en materia de prescripción?
¿Es aplicable la jurisprudencia dictada al efecto?

La respuesta a la anterior cuestión debe necesariamente conducir a afirmar que el art. 949 CCom no ha sido derogado por la Ley 31/2014, por lo que será de aplicación exclusivamente en los supuestos de ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales. Lógicamente, su aplicación debe estar condicionada por la constante jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en los últimos años en relación con el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas sociales. »

Por tanto, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Comercio, puesto que el artículo 241 bis LSC se reserva para aquellos supuestos en que se ejercite la acción directa individual o social frente a los administradores, y considerar como *dies a quo* la fecha en que se produjo el

cese de los administradores. La misma sentencia lo añade seguido a la referencia anterior:

«El dies a quo para el ejercicio de la acción

En relación con el computo del plazo de prescripción y su dies a quo, nos parece oportuno recordar lo afirmado por el Tribunal Supremo -entre otras muchas- en su sentencia de 4 de abril de 2011 : "como declaran, entre las más recientes, las SSTS de 18 de diciembre de 2007 (RC n.º 3550/2000), 3 de julio de 2008 (RC n.º 4186 /, 14 de abril de 2009 (RC 1504/2004), 11 de marzo de 2010 (RC n.º 1239/2005) y 11 de noviembre de 2010 (1927/2006), dicho artículo 949 CComcomporta una especialidad respecto al dies a quo (día inicial) del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo (SSTS de 23 de noviembre de 2010 (RC n.º 1151/2007) y 30 de noviembre de 2010 (RC n.º 855/2007)).

La doctrina de esta Sala retrasa únicamente la determinación del dies a quo (día inicial) a la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe (artículos 21.1 y 22 del CCom y 9 del RRM), con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento. En consecuencia, este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero, ni en cualquier caso en que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo»

La cuestión relativa al cese efectivo de los administradores ya ha sido tratada en el apartado A del presente dictamen, por lo que a efectos aclaratorios nos remitimos a ese apartado.

Cuestión distinta es la interrupción del plazo de prescripción. La Sociedad Gestora, en su demanda, alega que vienen existiendo causas de disolución desde enero de 2010, aunque nosotros consideramos que estas vienen produciéndose desde diciembre de 2011 [en el caso de la inactividad a que se refiere el apartado a) del artículo 363.1 LSC] y desde marzo de 2011 [en el caso de las pérdidas que dejan reducido el patrimonio social por debajo de la mitad del capital social a que se refiere el apartado e) del artículo 363.1], sin embargo ejercita la acción para el reclamo de las

deudas en septiembre de 2015 e interpone la demanda frente a los administradores por la responsabilidad derivada del artículo 367 LSC en septiembre de 2016, en este punto es donde debemos examinar si desde septiembre de 2015 se entiende interrumpida la prescripción de las acciones, a raíz del proceso judicial de reconocimiento de deuda y resolución del contrato, al tenor del artículo 944 del CCom. Este precepto establece que se interrumpe el cómputo de los 4 años de la prescripción del artículo 949 del CCom cuando existe una demanda o cualquier otro género de interpelación judicial hecha por el deudor para el reconocimiento de las obligaciones.

Resulta obvio que la interrupción de la prescripción se ha producido en nuestro caso, puesto que se llevó a cabo un proceso judicial en el que se resolvieron cuestiones necesarias y directamente aplicables a nuestro caso. En este mismo sentido lo entiende el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, número de autos 494/2013, de 23 de enero (ROJ: SJM/65/2013):

«[...] pero entiende este juzgador que la prescripción quedó interrumpida mediante la presentación de querrela frente a Sofía que fue interpuesta el 4 de agosto de 2004, habiendo finalizado el procedimiento penal por sentencia absolutoria de 7 de julio de 2012. Y todo ello teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 944 del Código de Comercio sobre interrupción de la prescripción por la demanda o interpelación judicial formulada frente al deudor, teniendo en cuenta que los hechos que se analizaban en el proceso penal eran esenciales para resolver la cuestión aquí planteada, lo que hubiera motivado la suspensión de este procedimiento hasta el dictado de sentencia penal, y teniendo en cuenta como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias como la 14 de marzo de 1989 que la desestimación de la demanda a que se contrae el párrafo segundo del artículo 944 del CCom para privar de eficacia interruptora a una interpelación judicial, ha de entenderse en el sentido de que, tal demanda, no sea o no pueda ser admitida por los tribunales, mas no cuando la misma haya sido admitida y tramitada, como ocurrió en el presente caso.»

Lo expuesto afecta directamente a Doña ML Torralba, Doña M Rincón, Don JF Sanz y Don S Pérez, puesto que su cese efectivo se produjo en junio de 2011 y, puesto que la demanda que interrumpe el plazo de prescripción se presentó en septiembre de 2015, entendemos que ha prescrito la acción frente a estos administradores, sin perjuicio

de que, por lo expuesto en los apartados anteriores, consideramos que carecen de responsabilidad alguna.

3.4. Exoneración por falta de buena fe del acreedor social.

El artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, establece que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Este precepto otorga un requisito esencial, y es que el acreedor sea un tercero de buena fe. Si nos encontramos en un caso, como es el que motiva el presente dictamen, en que el tercero es claro conocedor de las circunstancias contables y económicas de la sociedad con la que contrata, y no sólo eso, sino que posee facultades para modificar tales circunstancias, es evidente que si pretende actuar contra la deudora en base a esas circunstancias está llevando a cabo un fraude de ley. Es decir, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, amparado en la normativa vigente se está persiguiendo un fin injusto y contrario al ordenamiento jurídico, cual es el enriquecimiento injusto de la Sociedad Gestora en detrimento de los administradores de la Sociedad Urbanística por incumplir las previsiones legales para los mismos con culpa imputable a la Sociedad Gestora. Al llevarse a cabo esta actuación con total consciencia por parte de la Sociedad Gestora, es obvio que nos encontramos ante un tercero que no actúa bajo las exigencias que establece el principio de buena fe.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige la concurrencia de buena fe en el acreedor social como requisito inexcusable para ejercitar la acción de responsabilidad frente a los administradores. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2006, de 16 de febrero (ROJ: TS/2006/735), dice:

«Incluso admitiendo dialécticamente que en el momento de concertar el préstamo o en un momento posterior se hubiera extinguido toda posibilidad de la sociedad de conseguir su fin social, es de saber que, igualmente de acuerdo con la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, en el momento de concertar el préstamo incumplido la entidad bancaria otorgante conocía sobradamente la situación precaria en que la sociedad de responsabilidad limitada se hallaba, puesto que había sido cedida a varios trabajadores y había cerrado un local donde desempeñaba su

actividad, y la situación económica de la sociedad no varió sustancialmente desde el momento del otorgamiento del préstamo hasta el momento de su vencimiento.

Por consiguiente, no se advierte que la omisión del deber de instar la disolución de la sociedad por parte del administrador, en la hipótesis de su existencia, haya inducido a error a la entidad otorgante del préstamo para concederlo sobre la verdadera situación de la empresa, que le era perfectamente conocida, ni haya influido respecto de dicho incumplimiento por parte de la sociedad, pues la sentencia declara probado, atendiendo a la constancia de diversos apuntes contables destacados en el dictamen pericial, que la actuación del administrador demandado no se puede considerar en absoluto de dejadez en la gestión para hacer frente a los pagos derivados del préstamo, de tal suerte que la exigencia de responsabilidad al administrador, de acuerdo con la doctrina sentada en la ya citada STS de 12 de febrero de 2003, debe estimarse contraria a las exigencias del principio de buena fe.»

Más adelante, este criterio del Tribunal Supremo se modificó, tal y como recoge en su Sentencia número 733/2013, de 4 de diciembre (ROJ: STS/2013/6634):

«[...]Sin perjuicio de que en algún caso, y por la concurrencia de otras circunstancias, (como las descritas en la Sentencia de 1 de marzo de 2001 , en que el acreedor que ejercitaba la acción era socio y había sido administrador de la sociedad en el momento en que se generó el crédito reclamado, o en la sentencia 395/2012, de 18 de junio , en que quien ejercita la acción es un coadministrador que además tenía el 40% del capital social), pueda llegar a entenderse que el ejercicio de la acción por parte de un acreedor constituye un acto contrario a las exigencias de la buena fe, debemos recordar que el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA . Por el contrario, al contratar en esas circunstancias conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello.

[...]Esto se aprecia con más claridad en la regulación actual, posterior a la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, pues, en los casos en que resulte de aplicación, los

administradores sólo responden de los créditos nacidos con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. La interpretación postulada en los recursos, de que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que no tiene por qué ir asociada a la insolvencia, pero en la mayor parte de los casos sí va ligada a ella, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica. »

No obstante, este criterio del Tribunal Supremo no es del todo aplicable a nuestro supuesto, puesto que en la sentencia que menciona se establece que la acción de responsabilidad prevista en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) se ofrece como una garantía para el acreedor que tiene un mero conocimiento de la situación de precariedad en que está incurso la sociedad, sin embargo, en nuestro caso, el acreedor no sólo tiene pleno conocimiento del funcionamiento de la Sociedad Urbanística, puesto que es quien elabora la contabilidad, sino que participa en el desarrollo de la actividad societaria de la misma, quedando obligada por el contrato suscrito a realizar aquellas actuaciones que, pese a no estipularse expresamente, resulten más beneficiosas para la sociedad en aras de su solvencia. Por tanto, la concurrencia de las causas legales de disolución en nada afectaron a su voluntad de contratar con la Sociedad Urbanística o a la intención de mantener el contrato que vinculaba a ambas sociedades desde 2007 sino que son directamente imputables a la Sociedad Gestora, quien está actuando bajo una clara intención de beneficiarse de la protección legal que otorga el artículo 367 LSC para los acreedores sin estar legitimada para ello, al actuar con conciencia y por tanto, de mala fe.

En adición a lo anterior, debemos tener en cuenta que, previo al incumplimiento por parte de los administradores de la Sociedad Urbanística, existe una vulneración de la buena fe y del deber de lealtad exigible a la Sociedad Gestora en el desarrollo del contrato de gestión integral. Esta sociedad omite la información relativa al acaecimiento de las causas de disolución cuando se llevan a cabo las juntas generales de la sociedad. Posteriormente alega en su demanda el incumplimiento del deber de disolver la sociedad al concurrir las mismas, siendo encargada precisamente para informar de estos

extremos y cuantos otros resulten necesarios para el correcto funcionamiento de la Sociedad Urbanística, puesto que el consejo de administración de la Sociedad Urbanística está formado por concejales carentes de cualquier tipo de conocimiento contable o jurídico que les permita comprender, de la mera lectura de las cuentas anuales, que la sociedad que administran está incurso en una causa de disolución legal. Motivo por el que tal vez no debieron aceptar el cargo, pero lo hicieron, en primer lugar para cumplir con un deber ciudadano, porque los concejales debían de ir rotando en el cargo de administrador; y en segundo lugar, porque se sentían amparados y protegidos por el contrato de gestión, al confiar en un profesional el cumplimiento de los deberes contable-financieros y de gestión jurídica integral.

Este cometido quedó designado directamente a la Sociedad Gestora a través del contrato de gestión, por lo que su incumplimiento está derivando en un incumplimiento del deber de lealtad y de la buena fe exigible en todo contrato, tal y como establece el artículo 1.258 del Código Civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

Pero no debemos basarnos tan sólo en lo dispuesto en este precepto, puesto que la buena fe se ha constituido como un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que debe ser respetado en cualquier negocio jurídico para que el mismo prospere. A la misma se hace referencia en el artículo 7.1 del Código Civil, estableciendo que los derechos deben ejercitarse conforme a sus exigencias, así como en el artículo 57 del CCom, relativo a los contratos de comercio, que necesitan de la buena fe para su ejecución y cumplimiento, y en otros muchos artículos de nuestro ordenamiento que configuran la buena fe como un principio rector del mismo. Por tanto, la vulneración de la misma, fundamentada sobradamente a lo largo del presente dictamen, nos hace entender que la Sociedad Gestora está obrando de mala fe, aprovechándose de la situación que su propia mala gestión provocó en la Sociedad Urbanística y de la que se quiere beneficiar ilegítimamente, disfrazando la realidad en base a la aplicación de una normativa que, en caso de no haber obrado así la Sociedad Gestora, sería perfectamente aplicable al supuesto.

4. LA IMPOSIBILIDAD DE DERIVAR LA RESPONSABILIDAD AL AYUNTAMIENTO DE MACONDO

En el caso que motiva la redacción del presente dictamen nos encontramos con una sociedad mercantil cuyo único socio es el Ayuntamiento de Macondo, por lo que, como hemos expuesto, se trata de una sociedad pública y unipersonal.

A efectos de la responsabilidad, la sociedad goza de una personalidad jurídica propia, distinta de la del municipio que la constituye, pero al ser el Ayuntamiento el socio único de la misma, su voluntad coincide con la de la Junta General. Es decir, en cuanto al nombramiento de los administradores, que corresponde a la propia Junta, en realidad lo está llevando a cabo el propio Ayuntamiento, y siendo que el Pleno del mismo está integrado por las mismas personas físicas que forman el Consejo de Administración, resulta lógico que las responsabilidades que puedan derivar del mal funcionamiento de la sociedad sean correlativas. Esto se debe a que la entidad local, en su dominio absoluto de la Junta General y en sus facultades para renovar y designar a los administradores, deja de manifiesto su posible actuación como administradora de hecho, siendo susceptible de asumir las responsabilidades correspondientes junto con los administradores legales, que deberán responder por sus actos como tales¹².

Por tanto, debemos examinar si existe responsabilidad por parte del Ayuntamiento a quien pudiera atribuírsele la condición de administrador de hecho de la sociedad y considerar que cabe exigirle algún tipo de responsabilidad junto con la que debe derivarse a las personas que integran el Órgano de Administración de la Sociedad Urbanística y que hemos tratado en los apartados anteriores.

En cuanto la posibilidad de calificar al Ayuntamiento como administrador de hecho, el artículo 236.3 de la LSC extiende la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales, a los administradores de hecho. Pero el mismo precepto considera como administrador de hecho a la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro

¹²ALMONACID LAMELAS, V., *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 385 y ss.

título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. Por tanto, si tenemos en cuenta que el Ayuntamiento es quien nombra y cesa a los administradores legales podemos pensar que se trata de un caso de administración de hecho.

Sin embargo, el Ayuntamiento no lleva a cabo actuación alguna más allá del nombramiento y cese de los administradores en la sociedad y la aportación de fondos para mantener la vigencia de la sociedad en cumplimiento de lo requerido por la Sociedad Gestora, no emite orden alguna al órgano de administración ni pretende ejercitar control alguno sobre el mismo. Si bien es cierto que los administradores forman parte del Ayuntamiento, coincidiendo el cargo de administrador con el de concejal del Pleno como anteriormente se ha explicado, el control total de la Sociedad Urbanística quedaba en manos de la Sociedad Gestora a raíz del contrato de gestión que se suscribió en 2006, por lo tanto, considerar al Ayuntamiento como administrador de hecho sería una confusión, puesto que, pese a que el Pleno del Ayuntamiento y el órgano de administración de la Sociedad estén compuestos por las mismas personas son dos órganos distintos y diferenciados, que tienen personalidad jurídica distinta, uno de Derecho público y el otro de Derecho privado.

Por tanto, debemos considerar eliminada la posibilidad de considerar al Ayuntamiento responsable por la deuda social por no ostentar la condición de administrador de hecho.

V. CONCLUSIONES

Tras las vicisitudes que han quedado expuestas en los antecedentes de hecho, la Sociedad Urbanística incurrió en deudas frente a la Sociedad Gestora, que tras ver reconocido su derecho en una sentencia de instancia, pero imposible de cobrar por la insolvencia de la entonces demandada, pretende ahora exigir responsabilidad personal a los administradores por las deudas sociales.

La citada acción de responsabilidad contemplada en el artículo 367 de la LSC, tiene como finalidad hacer responsable a aquel administrador que, siendo concedor de la imposibilidad que tiene la Sociedad de hacer frente a sus obligaciones, dado que ya está incurso en causa de disolución, sigue contrayéndolas frente a terceros a sabiendas de que en ningún caso podrán ser cumplidas y provocando a aquellos un daño. Por eso le hace responsable personalmente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución.

Por todo lo anteriormente expuesto y desde nuestro punto de vista concreto, que no es otro que la defensa de los intereses de los administradores demandados, consideramos que la contestación a la demanda planteada se podría orientar desde las siguientes dos perspectivas:

El primer planteamiento parte de reconocer la negligencia de los administradores al no instar la disolución social pero reduciendo su responsabilidad a las deudas realmente contraídas por ellos, esto es y exclusivamente, por las contraprestaciones mensuales fijadas en el contrato de externalización de servicios desde la concurrencia de la causa legal de disolución hasta su resolución.

Con carácter previo habría que restringir la responsabilidad a los administradores que fueron nombrados en la citada Junta de junio de 2011, solicitando respecto de los que cesaron en la misma la exoneración de toda responsabilidad por deudas por carecer de tal condición a partir de ese momento.

Dado que la responsabilidad de los administradores de la Sociedad Urbanística ex artículo 367 de la LSC al haber incumplido con el deber de convocar la Junta General para instar la disolución de la sociedad, opera de forma prácticamente automática, se debería de orientar la contestación a la demanda en base al hecho de que

la obligación que ha generado la deuda social que el acreedor reclama nació con anterioridad al momento en que la sociedad entra en causa legal de disolución, toda vez que proviene del contrato de externalización de servicios que se formalizó recién constituida la sociedad y la causa de disolución nace en junio de 2011, como ha quedado acreditado.

En este planteamiento de la contestación a la demanda limitamos cuantitativamente la responsabilidad de los administradores, exclusivamente en cuanto a las cantidades que, aun siendo provenientes de un contrato anterior, por el hecho de ser el contrato de externalización de servicios un negocio de tracto sucesivo que genera obligaciones de pago con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución, se devengaron con posterioridad a ese momento, esto es, a las mensualidades devengadas desde los dos meses posteriores a la concurrencia de dicha causa hasta el momento de la resolución contractual.

El segundo planteamiento, que desde nuestro punto vista presenta mayores posibilidades de éxito procesal, es el que pone el acento en el cumplimiento defectuoso y de mala fe del contrato de externalización de servicios que la Sociedad Urbanística formalizó con la Sociedad Gestora.

Consideramos que se trata de un contrato que se celebró fundado en el carácter profesional de la Sociedad Gestora para acometer los fines propios del objeto social de la Sociedad Urbanística, la cual encomendó a aquélla amplísimas facultades, entre otras las de llevanza de la contabilidad, la gestión económica de la sociedad y el asesoramiento jurídico integral. Incluso la elaboración de las actas de las Juntas Generales y del Consejo de Administración.

Las cantidades que ahora se reclaman a los administradores vía artículo 367 de la LSC, se corresponden con la contraprestación que para dicho contrato se pactó a favor de la Sociedad Gestora más determinados trabajos facturados cuya suma global se reconoció en su día la Sentencia dictada en el proceso de resolución del contrato.

Pues bien, dicho contrato de externalización no fue cumplido de buena fe por la Sociedad Gestora lo que resumidamente se ha puesto de manifiesto en los siguientes hechos:

- Como la propia Sociedad Gestora declaró en el referido juicio de resolución contractual, tras el ejercicio de 2009 la Sociedad municipal cesó en su actividad de forma absoluta, sin realizar ningún movimiento contable y sin tener trabajadores

contratados. Por lo tanto era concedora de la imposibilidad de continuar con el desarrollo del objeto social, ella que era la que la gestionaba de primera mano la Sociedad Urbanística.

- En junio de 2011, cuando se celebra la Junta General en la que se cesan y nombran nuevos administradores, que es justamente cuando se alega por la demandante que la Sociedad Urbanística incurre en causa legal de disolución, ¿informó o advirtió la Gestora por escrito a los nuevos administradores, como era su obligación contractual, de que los estados contables por ella elaborados arrojaban perdidas que hacían incurrir a la sociedad en causa legal de disolución? Nos preguntamos entonces, ¿qué clase de asesoramiento jurídico integral prestaba entonces dicha gestora a favor de la Sociedad Urbanística?

- Como se ha expuesto en apartados anteriores, la concurrencia de las causas legales de disolución en nada afectaron a su voluntad de contratar con la Sociedad Urbanística actuando bajo una clara intención de beneficiarse de la protección legal que otorga el artículo 367 LSC para los acreedores al actuar con conciencia y por tanto, de mala fe.

La Sociedad Gestora, en el cumplimiento del contrato de externalización de servicios que formalizó con la Sociedad Urbanística, no actuó con la buena fe debida que prevé, para los contratos mercantiles el Art. 57 del Ccom. y para la contratación en general el Art. 1258 del Código Civil, tal y como ha quedado acreditado a través de los antecedentes del caso y no es merecedora en consecuencia y a nuestro juicio, de obtener la garantía personal y solidaria de los administradores por las deudas sociales, tal y como pretende con su demanda.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho,

En Zaragoza a 13 de enero de 2017

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (coord. Guerra Martín, G.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, WoltersKluwer, Madrid, 2011.
- AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán, E.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ALMONACID LAMELAS, V., *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2008.
- ARANGUREN URRIZA, F.J., *Las Sociedades de Capital Conforme a la Nueva Legislación*, Editorial Trivium, SA, 2ª edición, Madrid, 1990.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, *La sociedad de responsabilidad limitada como forma jurídica para la pequeña empresa*, núm. 16, Aranzadi Civil, Madrid, 1997.
- BERTRÁN MENDIZÁBAL, F., «Las Sociedades en Pérdidas: Especial referencia a la Normativa del Mercado de Valores», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1994.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBERO, B., *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2013.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideración en torno al debate jurisprudencial” *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales / coord. por José Antonio García-Cruces González, Eduardo Galán Corona*, 1999.
- GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006, Pág. 272.
- HURTADO IGLESIAS, S., “Sociedades Mercantiles” AA.VV. (Coord. Morales Plaza, A., Pardo González, M., y Rodrigo Lavilla, J.), *Tratado del sector público estatal*, La Ley, Madrid.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso: sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL*, *Revista de Derecho de Sociedades*, Ed. Thomson-Aranzadi, nº 26, año 2006.

- MARTÍN VALLESPÍN, E., “El fenómeno de las sociedades municipales en España: un análisis de su evolución y gobernanza”, *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas, Contabilidad y Negocios*, Volumen 6, número 11, Fondo Editorial, Zaragoza, julio 2011.

- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed., Barcelona, 2015.

- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA BISECAS, Mª I., *Responsabilidades de los administradores de sociedades de capital en crisis: (en las Leyes de Sociedades de Capital, Concursal, General Tributaria y de Responsabilidad Medioambiental)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2007.

- SANCHO GARGALLO, I., “Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad”, *Órganos de las sociedades de capital*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración”, *RdS* nº 19 (2002).

- VICENT CHULIÁ, F., *La responsabilidad de los administradores en el concurso*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Ed. La Ley, nº 4, 2006.

- VIÑUELAS SANZ, M., *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.