



Roj: **STS 4326/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4326**

Id Cendoj: **28079110012018100706**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **3648/2015**

Nº de Resolución: **716/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 716/2018

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3648/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3648/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 716/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada. Los recursos fueron interpuestos por Tomás , representado por la procuradora María del Carmen Palomares



Quesada y bajo la dirección letrada de Francisco Sánchez Galdó. Es parte recurrida la entidad Solyder Construcciones Generales, S.A., representada por el procurador Julián Sanz Aragón y bajo la dirección letrada de Diego Eusebio Navarro López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Carmen Galera de Haro, en nombre y representación de la entidad Solyder Construcciones Generales S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, contra la entidad Projimosa La Herradura S.L. y Tomás , para que se dictase sentencia por la que:

"estimando en su integridad la presente demanda, condene solidariamente a los codemandados a abonar a mi mandante doscientos setenta y cuatro mil setecientos cincuenta y siete euros con setenta céntimos de euro (274.757,70 euros) en concepto de retenciones de obra impagadas y, a la entidad Projimosa La Herradura S.L. a pagar a mi mandante el resto de 1.694,98 euros en concepto de facturas impagadas, ascendiendo la deuda total respecto a dicha mercantil a doscientos setenta y seis mil cuatrocientos cincuenta y dos euros con sesenta y ocho céntimos de euro (276.452,68 €) -274.757,70 euros más 1.694,98 euros-, todo ello junto con los intereses de demora devengados hasta la fecha y los intereses de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la presente demanda, con imposición de las costas causadas en el procedimiento".

2. La procuradora María Jesús Hermoso Segovia, en representación de Tomás , contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mi representado de los pedimentos que se hacen en su contra, con expresa imposición de costas a la actora".

3. Por decreto de 2 de julio de 2013, se declaró en rebeldía a la entidad demandada Projimosa La Herradura S.L., al no haber comparecido en el plazo concedido para contestar a la demanda.

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada dictó sentencia con fecha 11 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se estima la demanda formulada por Dña. Carmen Galera de Haro, en nombre y representación de Solyder Construcciones Generales S.A. contra Projimosa La Herradura SL y D. Tomás . En consecuencia, condeno solidariamente a Projimosa La Herradura S.L. y D. Tomás a abonar a Solyder Construcciones Generales SA la cantidad de 274.757,70 €. Asimismo, Projimosa La Herradura SL deberá abonar los intereses devengados de dicha cantidad previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, mientras que D. Tomás deberá abonar el interés legal de dicha cantidad desde la interposición de la demanda hasta su completo pago.

"Igualmente, condeno a Projimosa La Herradura SL a abonar a Solyder Construcciones Generales SA la cantidad de 1.694,98 € más los intereses devengados de dicha cantidad previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Finalmente, condeno a Projimosa La Herradura SL y D. Tomás al pago de las costas causadas en este procedimiento a Solyder Construcciones Generales SA".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación Tomás .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada, mediante sentencia de 28 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimamos el recurso de apelación presentado por don Tomás y confirmamos la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2014, en el juicio ordinario nº 163/2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, sin hacer expresa condena al pago de las costas del recurso y la pérdida del depósito al que se dará el destino legal".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación*

1. La procuradora María Jesús Hermoso Segovia, en representación de Tomás , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española.



"2º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del art. 1120 CC y de la jurisprudencia que declara la retroacción de los efectos de la condición suspensiva, contenida en las sentencias de 6 de febrero de 1992 y 12 de marzo de 1993".

2. Por diligencia de ordenación de 3 de diciembre de 2015, la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Tomás, representado por la procuradora María del Carmen Palomares Quesada; y como parte recurrida la entidad Solyder Construcciones Generales, S.A., representada por el procurador Julián Sanz Aragón.

4. Esta sala dictó auto de fecha 23 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Tomás contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada (Sección Tercera), en el rollo de apelación n.º 422/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 163/2013 procedentes del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Solyder Construcciones Generales S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Projimosa La Herradura, S.L. (en adelante, Projimosa) acometió en el año 2006 una promoción inmobiliaria en una finca que había adquirido tres años antes, perteneciente al plan parcial "Las Maravillas", en la localidad de La Herradura (Granada). En ese año 2006, contrató con Solyder Construcciones Generales, S.A. (en adelante, Solyder) los trabajos de construcción.

En el curso de esta relación de contrato de obra, Projimosa fue pagando las correspondientes certificaciones de obra, con las retenciones pertinentes. Las dos partes, de mutuo acuerdo, resolvieron el contrato el 1 de diciembre de 2008. En la estipulación sexta de este acuerdo se reseñaba que la propiedad mantenía en su poder retenciones derivadas de la ejecución de la obra por un importe de 274.757,70 euros, que serían "devueltas", siempre que no se tuviera que hacer uso de ellas para responder del buen fin de la obra, el día 14 de julio de 2009, mediante una transferencia bancaria.

Esta suma se correspondía con retenciones de certificaciones de obra emitidas entre el 31 de agosto de 2006 y el 31 de mayo de 2008.

Tomás fue administrador de la sociedad Projimosa desde julio de 2003 hasta marzo de 2011, en que cesó.

Durante los ejercicios económicos 2006 y 2007, el patrimonio neto contable de Projimosa era superior a la mitad del capital social, de 60.100 euros. Y al cierre del ejercicio 2008, los fondos propios de la sociedad ya eran negativos, de -7.446,06 euros.

2. En su demanda, Solyder ejercitó frente a Projimosa una demanda de reclamación de 274.757,70 euros por las retenciones adeudadas y 1.694,98 euros por otras facturas pendientes de pago, más los intereses correspondientes.

Además, en la demanda se ejercitaba una acción de responsabilidad frente al administrador de Projimosa, en la que se reclamaba el pago solidario de la deuda social de 274.757,70 euros. Esta responsabilidad se fundaba en la acción individual del art. 69 LSRL y en la responsabilidad ex art. 105.5 LSRL, por incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad deudora, estando esta incurso en causa legal de disolución.

3. La sentencia de primera instancia, en primer lugar, apreció la existencia de la deuda social de Projimosa frente a Solyder, de 274.757,70 y 1.694,98 euros, derivada del contrato de obra que medió entre ellas.



Este pronunciamiento ha quedado firme, al no haber sido apelado por la sociedad demandada, ni por su administrador.

El juzgado también apreció la responsabilidad solidaria del administrador de Projimosa, respecto de la deuda social de 274.757,70 euros, al entender que esta deuda había nacido después de que la sociedad hubiera incurrido en estado de insolvencia, el 31 de enero de 2007, sin que después se hubiera instado su disolución ni el concurso de acreedores.

La sentencia de primera instancia argumentó lo siguiente:

"la deuda proveniente de la no devolución de las retenciones previamente practicadas por la entidad codemandada no deriva del contrato de obra inicialmente suscrito entre las partes (...), sino del acuerdo adoptado por las partes cuando convinieron la resolución contractual. En concreto, en la estipulación séptima (...) las partes acordaron expresamente que la entidad codemandada devolviera dichas retenciones el día 14 de junio de 2009, siempre que no tuviera que hacer uso de ellas para responder del buen fin de la obra". Para el juez de primera instancia, "el nacimiento de la obligación sólo se produjo cuando se cumplió el acontecimiento que constituía la condición (art. 1114 CC)".

4. La sentencia de apelación sólo fue recurrida por el administrador demandado. La Audiencia desestima el recurso.

En primer lugar, corrige que el criterio seguido por el juzgado respecto del momento en que habría surgido la causa de disolución, pues este no coincidiría necesariamente con la aparición de la insolvencia, sino cuando, como consecuencia de las pérdidas sufridas, el patrimonio neto contable de la sociedad se redujo por debajo de la mitad del capital social. Y esto, a juicio de la Audiencia, ocurrió al cierre del ejercicio 2008, pues de las cuentas anuales depositadas en el registro afloraban unos fondos propios negativos de 7.446,06 euros.

En segundo lugar, aunque la deuda social se corresponde con las retenciones de las certificaciones surgidas entre agosto de 2006 y mayo de 2008, entiende que la deuda no podía nacer cuando se emitieron las correspondientes certificaciones de obra, "sino, como muy pronto, cuando la obra se liquidó el 1 de diciembre de 2008 y para entonces el administrador de la sociedad ya debía conocer la situación de pérdidas (en) que se encontraba la empresa". Y, más adelante, considera que al no ser exigible hasta que llegara el 14 de julio de 2009 sin que se hubiera cumplido la condición pactada, sería entonces cuando debiera entenderse nacida la obligación.

5. Frente a la sentencia de apelación, el administrador formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado un motivo.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* El motivo primero se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de obtener una resolución fundada en Derecho consagrados en el artículo 24 de la CE por la existencia de un primer error patente en la valoración de la prueba". La sentencia habría incurrido en el error notorio de dar por hecho que el signo negativo del patrimonio de la sociedad al cierre del ejercicio 2008 se produjo por pérdidas, cuando en realidad fue como consecuencia de la creación de una reserva especial que se dotó por error, en la creencia de que venía exigida por el Plan General de Contabilidad.

El motivo segundo también se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia "la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de obtener una resolución fundada en Derecho consagrados en el artículo 24 de la CE por la existencia de un segundo error patente en la valoración de la prueba". El propio recurrente afirma que este segundo error está íntimamente relacionado con el anterior y consiste en que "hace caso omiso a la existencia de un medio probatorio que resulta esencial para descartar de forma concluyente la existencia de ese supuesto desbalance, cuyo acceso a las actuaciones se produjo en el acto de la audiencia previa".

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* Con frecuencia hemos insistido en que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia.

Pero también hemos advertido que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva" (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero).



Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya incurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla tasada de valoración de la prueba.

Propiamente, el motivo primero refiere el error a una valoración sobre la concurrencia de la causa de disolución prevista en el art. 104.1 e) LSRL. Según el recurso, el error en que habría incurrido la sentencia sería haber apreciado esta causa de disolución cuando la reducción del patrimonio neto contable por debajo del capital social no habría sido provocada por pérdidas. En realidad, lo que se cuestiona es la procedencia de una valoración jurídica y subyace al motivo de impugnación que se haya interpretado erróneamente la causa legal de disolución, lo que no puede ser cuestionado por este cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, sino, en su caso, por el recurso de casación.

El segundo motivo sí que refiere el error a una valoración de la prueba para la determinación de un hecho. En concreto, la valoración de la prueba practicada para concluir cuál era el patrimonio neto contable de la sociedad deudora al cierre del ejercicio económico 2008. La Audiencia basa esta apreciación en la información suministrada por las cuentas anuales formuladas por el administrador y aprobadas por la junta de socios, que fueron después depositadas en el registro mercantil.

Es posible disentir de la valoración realizada por la Audiencia, al dar mayor credibilidad a esta información contable que a la posterior rectificación contable aportada por la sociedad, una vez iniciado ya el pleito, pero no cabe tacharla de haber incurrido en un error notorio o en arbitrariedad.

Para que pueda prosperar la nulidad de la sentencia por este cauce no basta con mostrar que sería más razonable una valoración distinta a la realizada por la Audiencia, es preciso que aparezca de forma muy evidente y notorio el error grave y relevante, o la irracionalidad que muestra el carácter arbitrario de la valoración. Lo que no ocurre en este caso.

TERCERO. *Recurso de casación*

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 1120 CC y de la jurisprudencia que declara la retroacción de los efectos de la condición suspensiva, contenida en las sentencias de 6 de febrero de 1992 y 12 de marzo de 1993.

El recurso parte de un hecho no cuestionado: que el crédito reclamado se corresponde con la suma de retenciones practicadas por Projimosa a Solyder al pagar las certificaciones de obra del periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de mayo de 2008. Y denuncia la improcedencia de la valoración jurídica realizada por la Audiencia cuando, a los efectos del art. 105.5 LSRL, (en concreto de determinar si esta deuda social respecto de la que se hace responsable solidario al administrador por no haber promovido la disolución de la sociedad es posterior a la causa disolución), razona lo siguiente:

"las retenciones son una obligación de pago que nació en el momento en que se liquidó el contrato y se fijó su importe (...), el 1 de diciembre de 2008, sometida a condición, pues tiene por finalidad garantizar y asegurarse el promotor la concreta terminación de la obra, no es exigible hasta que finaliza el plazo de garantía, es decir, a partir del 14 de julio de 2009".

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. Acreditada la concurrencia de la causa de disolución al cierre del ejercicio económico 2008 y el incumplimiento del deber legal de promover la disolución, la consecuencia legal prevista en el art. 105.5 LSRL (actual art. 367 LSC) es que los administradores "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución". Se entiende por deudas posteriores, las que hubieran nacido después del acaecimiento de la causa de disolución (diciembre de 2008).

El recurso cuestiona la valoración jurídica realizada por la Audiencia conforme a la cual el crédito por el importe de las retenciones practicadas al tiempo de ser emitidas y pagadas las certificaciones obra, entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de mayo de 2008, es posterior a la causa de disolución porque, conforme al acuerdo de resolución del contrato de 1 de diciembre de 2008, su pago estaba sometido a la condición de que, cumplido el plazo de garantía (14 de julio de 2009), no hubiera surgido ninguna de las contingencias de las que respondía la cantidad cubierta.

En realidad, el crédito correspondiente a las retenciones practicadas en su día no deja de ser parte del precio de los trabajos realizados. La causa de esta obligación de pago es la contraprestación percibida, en este caso los trabajos de construcción realizados por la contratista entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de mayo de 2008. Podría entenderse que las partes, por el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, al resolver la relación contractual, liquidaron las cantidades pendientes de pago por los trabajos realizados, en concreto



las reseñadas retenciones. Pero esta liquidación no altera la naturaleza del crédito ni su nacimiento. Como tampoco lo hace el que su exigibilidad quedara supeditada a que, llegado el plazo de garantía (14 de julio de 2009), no hubiera surgido alguna de las contingencias de las que respondían las cantidades retenidas.

La obligación de pago de los importes retenidos al tiempo de abonarse las certificaciones de obra estaba sujeta a una condición suspensiva negativa con tiempo determinado: que durante el periodo de garantía convenido (hasta el 14 de julio de 2009) no apareciera ninguna de las contingencias cubiertas con esta garantía. En estos casos, transcurrido el término sin que se hubiera cumplido la condición, la obligación nacida del contrato se purifica y deviene eficaz, conforme al art. 1118.1 CC. Esta eficacia es además retroactiva, al momento de constitución de la obligación, pues así lo establece el art. 1120 CC.

3. Lo anterior tiene una gran incidencia en nuestro caso, pues tanto el art. 105.5 LSRL, en vigor al tiempo de incumplirse el deber de instar la disolución, como el art. 367 LSC que lo sustituyó, imponen al administrador la responsabilidad solidaria respecto "de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución".

La deuda que la sociedad Projimosa tenía con Solyder correspondiente a las retenciones practicadas sobre el pago del precio de los trabajos objeto de las certificaciones de obra emitidas entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de mayo de 2008, habría nacido en ese periodo de tiempo, sin perjuicio de la condición suspensiva negativa de que no surgiera ninguna contingencia cubierta por la garantía de la retención.

De tal forma que la deuda social es anterior y no posterior a la aparición de la causa de disolución, que en la instancia se refirió a diciembre de 2008.

En consecuencia, el administrador de Projimosa no debía responder solidariamente del pago de esta deuda social por virtud del art. 105.5 LSRL.

4. Procede por ello estimar el recurso de casación y dejar sin efecto la sentencia de apelación. En su lugar estimamos el recurso de apelación y modificamos la sentencia dictada en primera instancia, en el sentido de absolver a Tomás de la responsabilidad solidaria por la deuda social de 274.757,70 euros.

Pero en la demanda, junto a la acción de responsabilidad ex art. 105.5 LSRL, se ejercitaba también, de forma subsidiaria, la acción individual del art. 69 LSRL, que se remite al art. 135 LSA. La sentencia de primera instancia estimó la acción fundada en el art. 105.5 LSRL, sin que fuera necesario entrar a resolver sobre la segunda. Ahora que, como consecuencia de la estimación del recurso de casación, se aprecia la improcedencia de la acción ex art. 105.5 LSRL, debemos entrar a analizar la acción individual.

CUARTO. *Acción individual*

1. La demanda identifica la conducta de la que deriva la responsabilidad del siguiente modo:

"(E)l acto u omisión del Artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital imputable al administrador no es otro que generar una deuda importante con el constructor de una obra que ha sido financiada por un banco, retener unas cantidades de cada una de las certificaciones de obra que se emitieron por mi principal y, llegado el momento del vencimiento de las retenciones -14 de julio de 2009- haber dispuesto los 274.757,70 euros para otros menesteres en lugar de custodiarlos para su devolución, por lo que existe relación de causalidad entre el comportamiento culposo del Sr. Tomás y el perjuicio ocasionado a mi mandante".

Y, más adelante, añade:

"la omisión de los expresados deberes legales -los de promover la disolución estando la sociedad incurso en causa de disolución- constituye un comportamiento que, en sí mismo, puede ser calificado de grave y negligente a los efectos de la acción individual de responsabilidad que también se ejercita y es que ha sido la actuación negligente del administrador único la que ha imposibilitado a mi mandante el cobro de la cantidad que se le adeuda, al haber asumido el 1 de diciembre de 2008 el pago de unas retenciones pese a la certeza de que no podrían ser abonadas, pues desde 2007 ya existía una situación de insolvencia y habiendo liquidado de hecho la sociedad codemandada mediante la adjudicación de sus bienes a la entidad financiera, sin atender el crédito de mi representada".

2. La referencia que la demanda hace al art. 236 LSC no es del todo correcta o cuando menos es incompleta. En primer lugar, porque este precepto del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se refiere a la acción social de responsabilidad y, propiamente, la acción individual se regula en el art. 241 de la misma ley. Y, en segundo lugar, porque la conducta objeto de enjuiciamiento, en la que se funda la responsabilidad del administrador, es anterior a la aprobación de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que resulta de aplicación la normativa anterior. En concreto, el art. 69 LSRL, que se remite al art. 135 LSA.



No obstante, esta puntualización carece en nuestro caso de mayor relevancia, pues no han variado los requisitos propios de la acción individual, que según la jurisprudencia contenida en las 253/2016, de 18 de abril, 472/2016, de 13 de julio, 150/2017, de 2 de marzo, son:

"i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere debe ser directo al tercero (...), sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (v) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero".

En la demanda se imputa al administrador que la sociedad por el representada hubiera asumido una deuda que era consciente que no podía pagar, se refiere al pago de las retenciones, y, también, que no hubiera realizado una liquidación ordenada de los activos de la compañía.

3. Constituye un hecho no controvertido y acreditado en la instancia que los créditos impagados nacieron de la relación de contrato de obra que mediaba entre Projimosa y Solyder. En concreto, son las retenciones correspondientes a las certificaciones de obra emitidas entre el 31 de agosto de 2006 y el 30 de mayo de 2008. También consta acreditado que después las partes pactaron la resolución del contrato, documentado en el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, en el que Projimosa reconocía que adeudaba en aquel concepto de retenciones la suma de 274.757,70 euros, que sería "devuelta", en cuanto no se tuviera que hacer uso de ella para responder del buen fin de la obra, el día 14 de julio de 2009.

La conducta del administrador de Projimosa, promotora deudora de esta obligación, al reconocer esta deuda y convenir su pago una vez transcurrido el plazo de garantía, no constituye ningún comportamiento doloso o negligente. Como hemos visto antes, no se genera entonces la deuda, sino que se reconoce su existencia. Ni la práctica de las retenciones, ni el reconocimiento del importe al que ascendía la suma total en el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, constituye una conducta dolosa o culposa de la que pudiera derivarse la responsabilidad del administrador por su impago.

No cabe, como hace la demandante, imputar al administrador demandado una conducta dolosa o negligente porque hubiera asumido, en representación de la sociedad Projimosa, aquella deuda cuando la sociedad ya se encontraba en insolvencia desde 2007. Además de que la demanda confunde la insolvencia con la causa de disolución por pérdidas que reducen el patrimonio neto contable por debajo de la mitad del capital social, como muy bien advirtió la Audiencia, no ha quedado acreditado que Projimosa, al cierre del ejercicio 2007, estuviera en situación de insolvencia, de acuerdo con el art. 2 LC.

Por otra parte, la deuda nació en el curso de la relación contractual de obra (entre agosto de 2006 y mayo de 2008) y por unos trabajos que fueron mayoritariamente pagados, ya que lo que resta de pagar es la retención convenida. Difícilmente puede sostenerse que la deuda correspondiente a las retenciones se hubiera asumido sabiendo que no se iba a pagar.

Como hemos visto, el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 no genera el crédito, sino que se limita a reconocerlo y prever su pago una vez transcurrido el plazo de garantía.

En estas circunstancias, el impago del crédito debe imputarse a la sociedad y no al administrador.

4. Es cierto que en alguna ocasión hemos admitido que pudiera prosperar la acción individual, a instancia de un acreedor de la sociedad, cuando el perjuicio, que es el impago del crédito, era debido a un comportamiento del administrador que perseguía directamente evitar la satisfacción de ese crédito con cargo al patrimonio social, mediante el incumplimiento de los deberes legales de liquidación. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 253/2016, de 18 de abril:

"(P)ara que pueda imputarse a la administradora el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la sociedad acreedora, [...] debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social".

En esa misma sentencia advertíamos expresamente del riesgo derivado de una aplicación indiscriminada de esta responsabilidad, lo que se traduce en la exigencia de un rigor en el ejercicio de la acción que, mediante un esfuerzo argumentativo, muestre el cumplimiento de los requisitos propios de la acción individual:

"(...) si los tribunales no afinan en esta exigencia, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es esta la *mens legis*.



"La ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). Si fuera de estos casos, se pretende, como hace la demandante en su demanda, reclamar de la administradora la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe hacerse un esfuerzo argumentativo, del que carece la demanda, por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos. [...]

"(...) en realidad, se está imputando al administrador el impago de las deudas sociales (...), sin que tal impago sea directamente imputable, con carácter general, al administrador. Ni siquiera cuando la sociedad deviene en causa de disolución por pérdidas y no es formalmente disuelta, a no ser que conste que caso de haberlo sido, sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito".

En nuestro caso, aunque está acreditado que al cierre del ejercicio económico 2008 Projimosa se encontraba en causa de disolución, no consta que hubiera existido un cierre de hecho en los meses sucesivos, antes de que fuera exigible la obligación de la demandante (14 de julio de 2009), ni después. Por el contrario, la sociedad ha seguido operando, como se desprende de que se formularan, aprobaran y depositaran las cuentas anuales de los ejercicios económicos 2009 y 2010, y del propio contenido de estas cuentas. Además, consta en ellas que, en el 2010, el socio mayoritario realizó una aportación dineraria de más de cinco millones de euros.

En este contexto no cabe imputar el impago del crédito al incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad y por ello debe desestimarse también la acción individual ejercitada en la demanda.

QUINTO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Tomás , procede imponerle las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).
2. Estimado el recurso de casación de Tomás , no hacemos expresa condena en costas, de conformidad con el art. 398.2 LEC.
3. Estimado el recurso de apelación de Tomás , tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
4. Desestimadas todas las pretensiones ejercitadas en la demanda frente a Tomás , imponemos a la demandante las costas ocasionadas en primera instancia a este administrador demandado.
5. Al no haberse visto afectado el pronunciamiento de primera instancia por el que se estima la demanda frente a Projimosa La Herradura, S.L., rige la condena en costas a esta sociedad demandada impuesta en la sentencia de primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Tomás contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3.ª) de 28 de octubre de 2015 (rollo 422/2015), con imposición de las costas al recurrente.
- 2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Tomás contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3.ª) de 28 de octubre de 2015 (rollo 422/2015), que dejamos sin efecto.
- 3.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Tomás contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada de 11 de diciembre de 2014 (juicio ordinario 163/2013) en el sentido de desestimar todas las pretensiones ejercitadas en la demanda frente a Tomás y dejar incólumes los pronunciamientos de condena respecto de Projimosa La Herradura, S.L.
- 4.º Imponer a Tomás las costas ocasionadas por su recurso extraordinario por infracción procesal con pérdida del depósito constituido para recurrir
- 5.º No hacer expresa condena en costas respecto de los recursos de casación y de apelación interpuestos por Tomás .
- 6.º Se acuerda la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.
- 7.º Imponer a Solyder Construcciones Generales, S.A. las costas ocasionadas a Tomás en primera instancia.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ