

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 14 Abr. 2009, rec.
1504/2004**

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

Nº de Sentencia: 240/2009

Nº de Recurso: 1504/2004

Jurisdicción: CIVIL

Responsabilidad del administrador que continúa como administrador de hecho una vez caducado su nombramiento

Cabecera

SOCIEDAD ANÓNIMA. Acción de responsabilidad de los administradores. Efectos de la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador. Prescripción de la acción. Dies a quo. El plazo no comienza a contarse desde el cese del administrador producido por la caducidad de su nombramiento si continúa como administrador de hecho, como ocurre cuando sostiene acciones civiles ejercitando pretensiones en beneficio de la sociedad.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de reclamación de cantidad dirigida contra una sociedad y su administrador por considerar prescrita la acción. El Tribunal Supremo declara haber al recurso de casación, casa la sentencia de apelación y estima la demanda.

Texto

En la Villa de Madrid, *a catorce de Abril de dos mil nueve*

SENTENCIA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 1504/2004, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Club de Tenis de Pamplona, aquí representado por la Procuradora D^a Ana Lázaro Gogorza, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 246/2003, por la Audiencia Provincial de Pamplona de fecha 19 de abril de 2004, dimanante de juicio ordinario 576/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pamplona. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el

Procurador Don Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de Don Casimiro .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pamplona/Iruña dictó sentencia de 21 de julio de 2003 en el procedimiento ordinario n.º 576/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador D. Javier Araiz Rodríguez en nombre y representación de Club de Tenis de Pamplona y debo absolver y absuelvo a D. Casimiro representado por el Procurador D. Carlos Hermida Santos. Con condena en costas del demandante».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de derecho:

«Primero. Se alega, entre otras cosas en demanda, que la demandante es acreedora de Expo Navar, S. A. de la cantidad que reclama en demanda.

»De la citada mercantil fue presidente del Consejo de Administración el demandado, caducando su nombramiento el 7 de mayo de 1995. Con posterioridad el mismo Sr. como apoderado de la mercantil el 8 de mayo de 1996, otorgó poder para pleito.

»Expo Navar, S. A., se constituyó el 9 de septiembre de 1987 e inscrita el 2 de noviembre del mismo año. El nombramiento del Sr. Casimiro como presidente del Consejo por Junta de accionistas fue por "plazo de cinco años". No consta la adaptación de los Estatutos a la LSA RDL 1564/89 de 22 de diciembre.

»Aun cuando pudiera parecer una obviedad no se considera superfluo decir que los administradores a que se refiere el artículo 133 LSA , el artículo 262 y la DT Tercera de la misma Ley , son los previstos en el artículo 123 y siguientes de la misma ley . Al administrado le es exigible el cumplimiento de las obligaciones en tanto en cuanto es administrador, durante el ejercicio del cargo, siendo el máximo de cinco años, sin perjuicio de reelección, artículo 126 , y de no ocurrir esto último caduca el nombramiento, extinguiéndose, artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil .

»La acción contra los administradores termina a los cuatro años desde que cesaron "por cualquier motivo" en la administración artículo 949 CCom .

»Lo anterior, amén de ser parcial trascripción de artículos de la ley/es se considera corresponde con lo dispuesto en el artículo 3 CC y tiene la virtualidad de la sencillez, evitación de la casuística, y por ende de resoluciones ad hoc, la seguridad jurídica, en la que además esta presente la publicidad registral.

»Es dado distinguir entre el administrador según la ley, de la gestión y/o representación sea *de iure* o/y de facto, el representante no administrador, en el ejercicio de su cargo sea frente al poderdante incluso frente a terceros puede incurrir en responsabilidad, como tal, pero no como administrador si no lo es, sea por no haberlo sido nunca o por dejar de serlo, y *ceteris paribus* , el gestor, el factor... Las obligaciones del administrador, en cuanto tal, son susceptibles de ser exigibles por los accionistas o terceros, por cierto no es axiologicamente neutro que la vía sea la prevista en el artículo 134 -acción social- o acción individual, artículo 135 .

»La determinación de la duración del cargo *ad intra* o/y *ad extra* respectivamente en relación a accionistas, terceros incluso administradores, es como se ha dicho un elemento legal y de seguridad jurídica.

»Es recurrente el señalar que la prescripción, así se considera el plazo previsto en el citado artículo 949 , así D. Vidal , no está basado en la "justicia" sino en la seguridad jurídica, dando lugar a un dualismo, considerándose que la seguridad jurídica entendida de determinada forma, es un elemento esencial de la composición actual e histórica de la Justicia...

»Durante el ejercicio del cargo, entre las obligaciones de los administradores se encuentra la de convocar Juntas, sea por la génesis del cumplimiento de obligaciones establecidas por la ley, como las referidas en las normas *ut supra* citadas, y otras, así aprobación de las cuentas anuales, renovación de cargos...

»Una cosa es la denominada acefalia social, por no convocar Junta de una sociedad que actúa en el tráfico, a la que no realiza su objeto social. Permite el principio de legalidad, no se establece tal vez sea por salvar el principio de contradicción que el cargo extinguido, siga estando en vigor *sine die* , por el solo hecho de que no se haya convocado Junta para la renovación de cargo. La falta de tal convocatoria, puede constituir causa de responsabilidad, y el *dies*

ad quo de su exigibilidad, viniendo a su vez mediada por posible actuación de Junta. Sería en todo caso anterior al cese en el cargo, por lo que el plazo prescriptivo comenzaría al menos desde el cese, aquí puede incidir la publicidad, *versus* terceros de buena fe.

»Distinto de lo anterior es que por un ex administrador o liquidador puedan hacerse actividades del tipo de inscribir la extinción de la sociedad, elevar a escritura pública contratos otorgados, cuando la sociedad ha dejado de existir...

»El cargo del demandado se extinguió, no hay ni alegación ni prueba de su renovación, y tras ello han pasado con creces más de cuatro años, hasta la interposición de la demanda, en expresión plástica de un autor italiano de silencio en la relación jurídica, de modo y manera que la distinción caducidad/prescripción deviene irrelevante, y en coherencia con lo expuesto, se consideran todas y cada una de las distintas acciones ejercitadas prescritas, lo que da lugar a la desestimación de la demanda.

»La sociedad tiene su ámbito de responsabilidad distinto de las distintas responsabilidades que pueden tener quien en un momento dado las administre, gestione, represente. Del dualismo sociedad/administradores puede ocurrir y de hecho ocurre que a aquella se le reclame una responsabilidad quince años después por un contrato perfeccionado por un administrador que cesa aquel año, y puede haber transcurrido varias veces el plazo de cuatro años, o que el administrador cese treinta años después, siendo trascendente un hecho ajeno y diverso al que puede nacer la responsabilidad. No se ha cuestionado en que según se considere heterogéneas acciones, las que nace de un acto a los que antijuricidad y culpabilidad se vienen a confundir y la consecuencia jurídica, se establece por la ley, les sería de aplicación el artículo 949 , probablemente porque se considere la denominada "mejor doctrina" lo que no quiere decir que sea aporoblemática, la diferencia esta en el *dies ad quo* que ya se ha señalado.

»La estimación de la *exceptio* , no la falta de legitimación activa, hace no sea menester examinar cada una de las acciones, y si decir *obiter dicta* , que en relación a que se continué un proceso, careciendo de bienes con los que en su caso, hacer efectivo el pago de las costas, en este y otros extremos no se conoce la concurrencia de jurisprudencia artículo 1.6 CC , sirva de ejemplo lo relativo a la pretensión, digamos de asimilación del apoderado, *alieno nomine* ,

y con *contemplatio domini* , el representante voluntario, a la representación orgánica del administrador, y aplicar al "administrador de facto" lo dispuesto para el administrador *de iure* , al administrador, y este silencio de modo periférico no deja de ser significativo al efecto de evaluar una realidad social, en que múltiples veces según se considere se dan aquellos dualismos. No se considera acreditado que el demandado haya sido o sea administrador de hecho de la sociedad que un día presidió.

»No se trata de aplicar la ley a casos no previstos en la misma, cuando además, no consta en absoluto concurra laguna legal ocioso sería considerar la denominada identidad, de razón artículo 4 CC , distinta de la denominada interpretación extensiva, que no comprende supuestos significativos no previstos, sin que ello suponga una adhesión a la denominada teoría de la subsunción.

»La regulación posterior de una determinada situación no revela, en sí ni por sí existencia de laguna legal.

»En la dicotomía administrador *de iure* /de facto, un problema es establecer que es el administrador de facto, así el que hace algun/as actos de gestión y/o representación por lo singular, así gestor de negocio ajeno sin mandato, es problemático que con carácter universal se le considere administrador y le sean exigibles obligaciones para las que no ha sido nombrado ni aceptado. En todo caso y a ningún efecto, artículo 2 CC , es de aplicación la Ley 26/03 de 17 de julio (BOE 18 de julio).

»Segundo. De conformidad con el artículo 394 LEC procede imponer las costas al demandante».

TERCERO.- La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Pamplona dictó sentencia de 19 de abril de 2004 en el rollo de apelación n.º 246/2003 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de origen en el procedimiento referenciado en el encabezamiento de esta resolución, en cuyo antecedente de hecho primero se transcribe su fallo, imponiendo las costas de esta instancia a la parte apelante».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de derecho:

«Primero. El presente litigio deriva de una petición de responsabilidad a administrador de una sociedad anónima basada en los arts. 133, 135 y 262.5 LSA , por la negligencia observada por dicho administrador al no haber hecho lo posible para una ordenada disolución de la entidad. No se ha discutido expresamente el tema de la responsabilidad, puesto que el punto central del litigio ha sido el de la posible prescripción de dicha acción de responsabilidad, prescripción cuyo plazo es de cuatro años según el art. 949 CCom (en cuanto a la aplicación de este plazo de cuatro años a la acción derivada del art. 262.5 LSA y., entre otras muchas, STS 7 junio 2002 y 14 noviembre 2002). La Sentencia de primera instancia estimó prescrita la acción, por lo que la actora reproduce en apelación su argumentación acerca de la falta de prescripción.

»Son hechos relevantes para este tema de la prescripción, aceptados por ambas partes sin discusión alguna, los siguientes: la sociedad Expo Navar, S. A., de la que era administrador y apoderado el demandado, se inscribió en el Registro Mercantil el 2 de noviembre de 1987. El Sr. Casimiro , presidente del Consejo de Administración, fue nombrado administrador por el plazo de cinco años, expirando su mandato el 7 de mayo de 1995. El 15 de mayo de 1990 Expo Navar, S. A., suscribió contrato de arrendamiento de una serie de instalaciones en la localidad de Esquíroz con la entidad actora, el Club de Tenis de Pamplona, la cual actuaba como arrendadora. En junio de 1993 Expo Navar, S. A., interpuso demanda de juicio declarativo contra el Club de Tenis, cesando en la actividad y en el pago de la renta del arrendamiento a partir de ese momento. Ante el impago se interpuso juicio de desahucio por el Club de Tenis, a resultas del cual fue condenada Expo Navar, S. A., al pago de las rentas adeudadas; dicho pago fue hecho efectivo en parte a través del embargo de los bienes de Expo Navar. La demanda del juicio declarativo interpuesto por Expo Navar, S. A., fue desestimada en las dos instancias y en casación ante el Tribunal Supremo, con condena en costas a dicha actora. Dada la insolvencia de la entidad Expo Navar, S. A., cuyos bienes fueron objeto de embargo precisamente por el Club de Tenis, la demanda del presente litigio solicitaba el pago de las rentas aún adeudadas, así como de las costas del

juicio declarativo, reclamando dicha cantidad del administrador y apoderado de la entidad, el Sr. Casimiro .

»Segundo. El art. 949 CCom establece que "La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración". En el caso de autos resulta simplemente obvio que dicho plazo de cuatro años se ha sobrepasado con exceso al momento de interponer la demanda. La propia actora reconoce en los Fundamentos de hecho de su demanda que la sociedad Expo Navar cesó en su actividad en el mes de junio de 1993, y además todos sus bienes fueron embargados para el pago de la condena de la acción de desahucio, por lo que ninguna duda que cabe que desde ese momento el Sr. Casimiro dejó, de hecho (de derecho, desde mayo de 1995) de ser y actuar como administrador. Sea cual fuere el momento que se considere como de su "cese" -cese de la actividad, junio de 1993 o el momento del embargo; caducidad del nombramiento, mayo de 1995-, los cuatro años que establece el citado art. 949 Ccom han pasado sobradamente.

»Tercero. Frente a ello, lo que se alega por la apelante es, entre otras razones, que el *dies a quo* para el cómputo del plazo no debe ser aquel en el que se produce el cese efectivo, sino el momento de la inscripción de dicho cese en el Registro mercantil, pues desde entonces dicho cese es oponible a terceros. En el caso de autos el cese nunca fue inscrito en el Registro (en el que tampoco se ha inscrito la disolución de la mercantil Expo Navar), por lo que según la recurrente no sería oponible al Club de Tennis.

»Hay que señalar, en primer lugar, que esta argumentación no siempre ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Resulta en este punto paradigmática la STS 23 diciembre 2002 , que precisamente se refiere a este argumento para desestimarlo: "Por razones del método y teniendo en cuenta cuanto acaba de exponerse en los dos Fundamentos de Derecho anteriores, resulta aconsejable proceder al examen del cuarto de los motivos del recurso, en el que se alega la infracción del artículo 949 CCom según el cual la acción para exigir la responsabilidad de los administradores de las sociedades prescribirá a los cuatro años a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de su cargo. Se señala que dicho plazo sólo ha de contarse

desde el momento en que se inscriba el referido cese en el Registro Mercantil lo que no había sucedido en la fecha de interposición de la demanda. La desestimación del motivo viene impuesta por la circunstancia de que el Tribunal de instancia ha asumido la valoración probatoria que con toda corrección había realizado el Juzgado, entendiéndose que el cese del señor V. como administrador se había producido el 26 de abril de 1985 en que en la Junta General Universal y Extraordinaria de la sociedad había sido aceptada su dimisión como administrador, aprobándose su gestión y quedando en consecuencia para lo sucesivo como administrador don Regino L. O. a quien expresamente se facultaba para elevar a públicos dichos acuerdos, hasta lograr su inscripción en el Registro Mercantil. De ahí que resulte indiscutible que cuando el 3 de febrero de 1995 formula B. la demanda de que el presente recurso trae causa se hubiese rebasado con exceso el plazo de 4 años que establece el precepto invocado por la recurrente". Y en el mismo sentido STS 24 diciembre 2002 . La postura, en todo caso, no es unánime, pues por la contraria se inclinan las SSTS 30 octubre 2001 y 2 abril 2002 . Por lo tanto la cuestión no es pacífica, como la hace parecer la recurrente, y es muy importante tener en cuenta los datos concretos del supuesto fáctico para determinar la posible relevancia de esa falta de inscripción del cese.

»Por esta razón resulta fundamental considerar, en segundo lugar, y aunque se aceptara que el plazo de prescripción debe contarse desde la inscripción del cese (*rectius* , desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, v. art. 21.1 CCom), que la inscripción de dicho cese en el Registro Mercantil sólo es precisa para hacer oponible el acto inscrito frente a terceros que lo desconozcan. Al tercero que conoce el acto por vía extrarregistral, denominado en sede registral "tercero de mala fe", dicho acto le es oponible desde que tiene conocimiento del mismo. Así lo establece claramente el art. 21.1 CCom al limitar la oponibilidad al tercero de buena fe: "Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil". Añadiendo en el apartado cuarto de dicho precepto que "La buena fe del tercero se presupone en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción". Como ha señalado la

STS 14 junio 1993 , "La publicidad registral frente a terceros, a fin de no verse perjudicados en su buena fe en el ámbito contractual, no cierra el paso a cualquier otro medio de conocimiento por vía extrarregistral". Y, en palabras de la STS 18 marzo 1999 , "para destruir la presunta buena fe del tercero hay que probar (se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, frente a la presunción anterior) que conocía el acto inscrito y no publicado".

»Pues bien, es claro que Club de Tennis conocía que el nombramiento del Sr. Casimiro como administrador había caducado en 1995, pues así lo publicaba el Registro. E incluso para los administradores con cargo caducado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en doctrina que luego se recogió en la nueva redacción del art. 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil , señaló que su nombramiento restaba vigente sólo hasta que debiera haberse convocado nueva Junta general que decidiera sobre el nuevo nombramiento (v. fundamentalmente RDGRN 13 mayo 1998 y 15 febrero 1999). Club de Tennis debía saber que ya desde 1995 el Sr. Casimiro no era representante formal de la sociedad; y además conocía que ya desde 1993 la sociedad no realizaba actuación material alguna.

»Abundando en esta idea, y como señala con particular contundencia el escrito de impugnación de recurso de la parte apelada, la caducidad del cargo ya consta en el Registro Mercantil con toda claridad, de modo que no puede alegar el tercero que suponía que el Sr. Casimiro seguía siendo el administrador (de una sociedad que ya no actúa). La inscripción del cese no es constitutiva, como ha declarado la STS 24 diciembre 2002 , máxime en este caso es que la caducidad del nombramiento se deduce de la propia mención en la inscripción del mismo.

»Pues bien, aplicando estas ideas al caso de autos, es evidente que Club de Tennis conocía ya desde junio de 1993 que la entidad Expo Navar, S. A., había cesado en su actividad, y así lo reconoce expresamente en su demanda sin ningún tipo de dudas. También conocía, porque estaba publicado en el Registro, que el cargo del Sr. Casimiro estaba caducado y no había sido renovado. Es más, cuando en 1997 embarga *todos* sus bienes es aún más consciente de que ya ninguna actividad puede volver a desarrollar dicha mercantil. Por lo tanto la falta de inscripción del cese del administrador no es

alegable por quien ya conocía que tal nombramiento estaba caducado y que la entidad no desarrollaba actividad alguna desde el año 1993.

»Adelantándonos a algunos de los argumentos expuestos por la apelante, que acude a la doctrina del "administrador de hecho", la solución es clara cualquiera que sea la fecha que tomemos como referencia de actuaciones realizadas por el Sr. Casimiro , pues siempre han transcurrido más de cuatro años. La sociedad cesa su actividad en junio de 1993; el cargo de administrador y apoderado caduca el 7 de mayo de 1995; el Sr. Casimiro otorga poder para pleitos el 8 de mayo de 1996 (además, actuando como apoderado general, no como administrador); y los bienes de Expo Navar son embargados en 1997. Cualquiera de esas fechas que se tome sigue suponiendo que hasta el momento de esta demanda han pasado mucho más que cuatro años.

»Cuarto. Frente a estas argumentaciones no pueden prevalecer las demás razones expuestas por el apelante. Es irrelevante que el demandado otorgara poder el 8 de mayo de 1996 para continuar el procedimiento declarativo, pues es claro que tal otorgamiento lo hace en su calidad de apoderado general, y no como administrador. Alguien tenía que otorgar tal poder para proseguir el juicio, y aunque tomáramos esa fecha como la última en que el Sr. Casimiro ha actuado como apoderado, sigue sobrepasándose con mucho el transcurso de cuatro años para exigir su responsabilidad.

»No cabe alegar que cuando se interpuso el declarativo de mayor cuantía ello implicaba mantener viva dicha sociedad a los efectos de continuar el procedimiento. Lo que ahora se discute es la prescripción de la acción contra el administrador, y cuándo cesó como tal. Su última actuación como apoderado tuvo lugar en 1996, la sociedad de hecho no desarrolla actividad material alguna desde 1993 y carece de bienes desde 1997. El haber interpuesto un pleito en 1993 no implica que el administrador perpetúe su condición hasta el final de dicho pleito.

»Acude la apelante a la aplicación de la doctrina que imputa a los "administradores de hecho" responsabilidad por sus actos, aunque no sean administradores formalmente nombrados como tales o no tengan su plazo de nombramiento vigente, siempre que de hecho hayan actuado como

representantes de la sociedad. Lo cierto es que dicha doctrina tampoco resulta de aplicación al caso de autos, aparte de otras consideraciones porque la última actuación del Sr. Casimiro es como simple apoderado de Expo Navar, S. A., en 1996 y para otorgar un poder para pleitos. Y no cabe sólo por ello considerarle "administrador de hecho" (ninguna labor como administrador ha desempeñado), ni mucho menos responsable hasta la eternidad, pues aun cuando admitiéramos hipotéticamente que debiera responder, el plazo de cuatro años del 949 Ccom sigue machaconamente indicándonos que tanto desde el cese formal cuanto desde la última actuación material ha pasado mucho más que ese tiempo. Podría tener razón la apelante si durante los cuatro años anteriores a la demanda el Sr. Casimiro hubiera realizado alguna actuación como representante de facto (pues *de iure* ya no lo es) de la sociedad, pero no ha sido así. Como afirma el propio recurrente, el plazo se computa desde que se produjo el cese en el ejercicio de la administración (p. 12 del recurso). Pues bien, ese cese ha sido, tomando el momento más favorable al actor a efectos argumentativos, en 1996.

»Se alega a continuación que si el pleito se hubiera ganado por Expo Navar el Sr. Casimiro sí habría acudido como representante para cobrar las cantidades correspondientes en nombre de la sociedad. Desde luego nadie puede jugar a "adivino" de quién habría actuado, en su caso, como representante de la entidad, e incluso si dicha entidad aún tenía personalidad para actuar en el tráfico. Son todas cuestiones en las que ahora no podemos entrar. Lo cierto es que el apelante gozaba de otros mecanismos, a los que luego aludiremos, para intentar asegurar el cobro de lo que se le adeudaba, pero no puede ahora imputar responsabilidad a quien nada ha hecho.

»Por último argumenta el recurrente que la sentencia recurrida deja en la más absoluta impunidad a la entidad Expo Navar, S. A., y al demandado, pues el apelante sólo podía reclamar las costas del mayor cuantía a partir de su tasación, de modo que en cualquier caso habrían pasado más de cuatro años desde el cese del Sr. Casimiro . Frente a ello hay que señalar que el apelante conocía desde 1997 que Expo Navar, S. A., carecía de bien alguno, pues se los había embargado todos, y por lo tanto entonces fue cuando debió tomar las debidas precauciones para asegurar, en su caso, el cobro de las cantidades

derivadas de las costas de los pleitos aún en curso. No se puede ahora prejuzgar cuales debieron ser tales actuaciones, pues no es cometido de esta Sala, pero el ordenamiento jurídico sí ofrece diversas posibilidades en ese sentido. Lo que no puede hacer la hoy actora es dejar pasar todo un largo tiempo de casi diez años desde que sabe que la empresa ha cesado en su actividad sin tomar precaución alguna, y luego quejarse, al obtener la sentencia definitiva, de que su deudor es insolvente y de que la posible responsabilidad del administrador ha prescrito. El art. 949 CCom es categórico al fijar el *dies a quo* de dicha responsabilidad en el cese del representante, y Club de Tenis debió en su caso prever esta eventualidad para anticiparse o evitar de algún modo esa prescripción.

»Quinto. Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto, condenando en las costas de esta apelación a la parte recurrente (art. 398.1 LEC , en relación con el art. 394 del mismo cuerpo legal)».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Club de Tenis de Pamplona se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. "Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción del art. 1969 CC en relación con el art. 949 CCom ."

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia dictada en apelación al igual que la de 1.^a instancia, desestiman la demanda interpuesta por la entidad recurrente al considerar prescrita la acción ejercitada en aplicación del art. 949 CCom .

Como señala el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida no se ha discutido expresamente el tema de la responsabilidad, pues el punto central del litigio ha sido la posible prescripción de dicha acción de responsabilidad cuyo plazo es el de 4 años según el art. 949 CCom.

Dicho razonamiento no es ajustado a derecho, pues sitúa incorrectamente el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción infringiendo el art. 949 CCom en relación con el art. 1969 CC .

Según el art. 242 LEC vigente en el momento en que se dictó la sentencia por el Tribunal Supremo sobre el juicio de mayor cuantía de Exponavar contra el

Club de Tenis de Pamplona la tasación de costas sólo puede solicitarse una vez que resulte firme la condena al pago de las mismas.

La antigua LEC 1881, aplicable cuando se dictaron las sentencias en primera y segunda instancia de aquel pleito, contenía similar disposición en sus arts. 421 y 423 . Por lo tanto, al Club de Tenis de Pamplona le resultaba material y absolutamente imposible practicar las tasaciones de costas correspondientes al juicio de mayor cuantía iniciado por Exponavar, S. A., hasta que el Tribunal Supremo no resolvió definitivamente sobre el mismo en junio de 2001 .

Alega que no podía poner de manifiesto la insolvencia de Exponavar, S. A., en ningún procedimiento pues estaba pendiente de ese recurso de casación una reclamación que si se resolvía a favor de la misma determinaría un saldo de 744 711 067 pts., por tanto, sería, en tal caso, una empresa totalmente solvente.

Las sentencia recurridas parten de la base de que cuando se dicta sentencia por el Tribunal Supremo en el recurso de casación en 2001, habían transcurrido 6 años desde que terminó formalmente el plazo del nombramiento del Consejo de Administración de Exponavar, S. A. (plazo que finaliza en 1995), y por el mero transcurso de dicho plazo, sin otras consideraciones, estiman que las acciones contra los administradores de la sociedad han prescrito.

El recurrente muestra su disconformidad con dicha valoración, ya que hasta el año 2001 le era imposible al Club de Tenis reclamar una deuda que no había nacido. Las acciones de los arts. 133, 135, 262.5 y DT tercera del Texto Refundido LSA que se ejercitan vienen posibilitadas por la STS de 18 de junio de 2001 que permite practicar las tasaciones de costas con el consiguiente nacimiento de la deuda que Exponavar, S. A., no hace efectiva, tasaciones de costas que se aprobaron en enero de 2003 y, en este momento se constata su insolvencia.

Es aplicable el art. 1969 CC así, "el tiempo de prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". Por tanto, el plazo de 4 años del art. 949 CCom sólo puede empezar a computarse desde que se practican las tasaciones de costas tras la sentencia firme del Tribunal Supremo.

Es unánime la jurisprudencia que mantiene que el plazo de prescripción de las acciones empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse.

En este sentido, cita las SSTS n.º 178/2003 de 24 de febrero y n.º 127/1998 de 19 de febrero , entre otras.

Por otra parte, el Tribunal Supremo considera que la aplicación de la prescripción debe realizarse de forma restrictiva, ya que esa institución en su aspecto extintivo quiebra el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas pues no se basa en razones de justicia intrínseca sino razones de seguridad jurídica que avalan su aplicación.

Asimismo, establece este Tribunal que el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho por la parte a quien perjudica la prescripción integra el fundamento subjetivo de la prescripción extintiva. En este sentido, cita las SSTS dictada en el recurso n.º 312/1998 y n.º 742/1993 de 14 de julio .

En el caso presente es evidente que en ningún momento se ha dado el requisito subjetivo de abandono o dejadez por parte del Club de Tenis en cuanto al ejercicio de sus derechos, pues está acreditado de forma documental que se ha defendido activamente contra Exponavar, S. A., en los sucesivos pleitos que ha mantenido con esta sociedad y en el momento en que ha podido exigir las cantidades adeudadas, por haber nacido la deuda objeto de esta reclamación, se ha constatado la insolvencia de la sociedad y el incumplimiento por D. Casimiro de sus obligaciones como administrador y apoderado general de la sociedad, se interpuso la correspondiente demanda.

El instituto de la prescripción ha de interpretarse y aplicarse de modo restrictivo, por basarse en criterios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho y no en principios de justicia intrínseca, por lo que las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, extremos que vienen reforzados por el principio "pro actione" (STS n.º 127/1998, de 19 de febrero).

La supuesta seguridad jurídica que se ha alegado a favor del recurrido D. Casimiro deviene en inseguridad jurídica absoluta e indefensión para esta parte, al privarle de la acción para reclamar contra quien como administrador y apoderado general de la sociedad mantuvo los procedimientos judiciales que

originaron las costas que ahora se reclaman, utilizando para ello un poder amplísimo que tenía a su favor y que en ningún momento se ha revocado.

Motivo segundo. "Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción del art. 949 CCom en relación con los arts. 145 del Reglamento de Registro Mercantil y 21 del Ccom."

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Con independencia de lo anterior, en todo caso, tal como señala la STS de 2 de abril de 2002 , recogiendo la doctrina contenida en las sentencias de 13 de abril de 2000 y 30 de octubre de 2001 , en relación a la cualidad de administrador, la pérdida de esta última sólo puede producirse por expiración del plazo por el que se hizo el nombramiento o del máximo legalmente permitido, por separación según los arts. 126 y 131 de la Ley , o por renuncia al cargo y en cualquiera de estos supuestos la circunstancia tanto la de nombramiento y aceptación como la de cese, ha de consignarse en el Registro Mercantil, como disponen los arts. 138 y 147 de su Reglamento, en garantía de terceros que hayan de confiar en su contenido hasta los extremos que señala el art. 42.2 de dicho Reglamento , tanto para lo que aparezca inscrito como para la omisión de hacerlo o para rectificar el asiento cuando su contenido haya variado. En consecuencia, el momento a tener en cuenta para determinar la extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas.

Aplicando la citada doctrina al caso que nos ocupa no cabría tampoco sostener la prescripción de la acción para exigir responsabilidad al Sr. Casimiro , ya que su cese como Presidente del Consejo de Administrador de Exponavar, S. A., no consta inscrito, circunstancia que la sentencia de la Audiencia Provincial obvia, al considerar que la recurrente no es un tercero de buena fe ya que debía saber desde 1995 que el Sr. Casimiro no era representante formal de la sociedad y que desde 1993 no realizaba actuación material alguna.

Según el art. 21.4 CCom "La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción". Al no existir prueba alguna en autos de que el Club de Tenis conociera su cese formal

como administrador, máxime si se tiene en cuenta que en contra del razonamiento de la Audiencia, Exponavar, S. A., sí realizó actuaciones con posterioridad a 1993 pues el 7 de mayo de 1995 , dicha mercantil recurrió en apelación y en casación la sentencia del juicio de mayor cuantía y en apelación la sentencia del juicio por reclamación de las rentas, lo que acredita el funcionamiento de la sociedad aunque solo fuera a los efectos de continuar los litigios contra la recurrente que han dado lugar a la deuda que en este pleito se reclama.

En el devenir de estos acontecimientos el Sr. Casimiro no tuvo una actitud pasiva sino que fue el impulsor material de la actuación de Exponavar, S. A., como acredita el hecho admitido de contrario y recogido en la sentencia recurrida, del otorgamiento de un poder para pleitos en 1996 a favor del Procurador de Madrid que sustanció el recurso ante el Tribunal Supremo.

Sin perjuicio de la calificación del Sr. Casimiro como administrador de hecho, dicha actuación evidencia que el Club de Tenis no tenía ningún motivo, sino todo lo contrario, para considerar que el recurrido no siguiera siendo el administrador formal de Exponavar S. A., máxime cuando había sido el Presidente de su Consejo de Administración y había actuado en su nombre en las pruebas de confesión.

La negligencia de éste a la hora de instar la inscripción de su cese formal no es oponible a la recurrente por lo que en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada no ha prescrito la acción contra el Sr. Casimiro .

Motivo tercero. "Al amparo del art. 477 LEC por infracción del art. 949 CCom en relación con los arts. 133, 135 y 262.5 y disposición transitoria tercera del Texto Refundido LSA y la STS de 26 de mayo de 1998 ."

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La citada sentencia así como otras de la jurisprudencia menor citadas en nuestra demanda y recurso de apelación, han aplicado desde hace tiempo a los administradores de hecho de las sociedades mercantiles las normas de responsabilidad por deudas sociales aplicables a los administradores de derecho, (arts. 133, 135, 262.5 y disposición transitoria tercera del Texto Refundido LSA), cuestión hoy pacífica que ha sido recogida tanto en la legislación penal (arts. 31, 290 y 293 del Código Penal de 1995), como en la

legislación mercantil (redacción actual del art. 133.2 LSA tras la reforma de la Ley 26/03)

La sentencia recurrida no entra a fondo en este debate esencial para la resolución del litigio, pues estima que la última actuación del Sr. Casimiro se habría producido en 1996 al otorgar el poder para pleitos a favor del Procurador de Madrid que posibilitó la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por tanto, ha transcurrido con creces desde entonces hasta la interposición de la demanda el plazo de 4 años del art. 949 CCom.

La cualidad de administrador de hecho del Sr. Casimiro fue alegada en la demanda y se admitió en la contestación en la que se reconocieron expresamente todos los hechos relatados por esta parte así como en la audiencia previa al juicio y en la impugnación del recurso de apelación.

El recurrido era desde el 22 de agosto de 1990 y ha seguido siendo hasta la actualidad apoderado general de Exponavar, S. A., con las facultades amplísimas que recoge la inscripción 5.^a de la certificación del Registro Mercantil aportada y que le permiten la organización de la sociedad en todos sus aspectos al igual que cualquier administrador.

A sensu contrario, de carecer Exponavar, S. A., de órgano de administración a partir del 7 de mayo de 1995 (fecha hasta la cual tenían vigencia formalmente los nombramientos de administradores). ¿Cómo es posible que con posterioridad dicha mercantil recurriera en apelación y en casación la sentencia del juicio de mayor cuantía y en apelación la sentencia del juicio por reclamación de las rentas?; ¿cabe que una sociedad mercantil despliegue una actividad, aunque sólo sea judicial, sin que sea "administrada" por personas físicas como si cobrara vida propia?.

Evidentemente, ello no es así, Exponavar S. A., ejercitó todas las acciones judiciales gracias al Sr. Casimiro que seguía el mandato expreso de la sociedad desde el año 1990, de defender sus intereses (hecho tercero, párrafo 2 de la contestación a la demanda).

El nombramiento de Procurador en Madrid no fue un acto menor pues alguien tenía que otorgar tal poder para proseguir el juicio (fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida), sino una decisión trascendental de Exponavar, S. A., que ha afectado gravemente a terceros.

El Sr. Casimiro es el responsable de este largo proceso, dicho de otra forma, era el único que podía desistir de la actuación judicial por él mismo iniciada cosa que no hizo, por tanto, es, al menos culpable por omisión.

El recurrido no podía ignorar los enormes costos que los recursos de apelación y casación iban a originar al Club de Tenis y a pesar de ello y a sabiendas de que Exponavar, S. A., no iba a poder hacer frente a los mismos, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, decidió continuar hasta el final con la vía judicial.

Resulta chocante que la sentencia recurrida en el último párrafo de su fundamento cuarto, señale que la actora (Club de Tenis) " había dejado pasar todo un largo tiempo de casi diez años desde que sabe que la empresa ha cesado en su actividad sin tomar precaución alguna", sin valorar cómo se origina la deuda y cuándo deviene líquida y exigible y que la solvencia o insolvencia de Exponavar, S. A., dependía directamente del resultado del recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el juicio de mayor cuantía (en el que se reclamaba una indemnización 30 veces superior a su capital social).

Termina solicitando de la Sala que tenga por interpuesto recurso de casación y preparado el mismo contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2004 dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona en el rollo de apelación n.º 246/2003 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 576/2003 del Juzgado de 1.ª instancia n.º 2 de Pamplona, interpuesto por el Club de Tenis de Pamplona contra D. Casimiro , y en su día previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que se case y anule la sentencia recurrida, estimando las pretensiones de la parte recurrente, con estimación por ello de la demanda rectora y con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

SEXTO.- Por ATS de 12 de junio de 2007 se admitió el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D. Casimiro se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo. Alude a la infracción del art. 1969 CC en relación con el art. 949 CCom .

En síntesis, la recurrente sostiene que el «dies a quo» del plazo de 4 años que establece el art. 949 CCom debe computarse a partir de la fecha en que dicha

reclamación pudo hacerse efectiva frente a la sociedad deudora, Exponavar, S. A., de conformidad el art. 1969 CC .

La responsabilidad en que supuestamente incurrió el recurrido deriva, no del hecho de que otorgase en nombre de Exponavar, S. A., un poder para pleitos a favor de quien representó procesalmente ante el Supremo a dicha mercantil sino justamente que en contra de lo previsto en el art. 262.1 LSA , y en su calidad de administrador, no convocase la correspondiente junta general de accionistas para que ésta adoptase el correspondiente acuerdo de disolución por encontrarse en uno de los supuestos prevenidos en los apartados 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del art. 260 del precitado texto legal.

La responsabilidad que a los administradores de sociedades anónimas impone el art. 262.5 LSA es una responsabilidad de naturaleza legal y de carácter sancionatorio. Significa que dicha responsabilidad se desata con independencia de que la actuación omisiva de los administradores generadora de esa responsabilidad haya o no producido un daño a la sociedad, a los socios o a terceros; y, además, del mencionado presupuesto tiene diversos límites fijados imperativamente por el legislador que no pueden ser desconocidos (extensión objetiva y temporal de la referida responsabilidad).

En el contexto del art. 262.5 LSA , al administrador sólo le son imputables las obligaciones sociales, tanto anteriores como posteriores, al incumplimiento de promover tempestivamente la disolución a condición de que aquéllas hayan surgido mientras se encuentren en el ejercicio del cargo. La razón es que, cuando el administrador abandona legítimamente el cargo, aquel deber de promover la disolución deja de serle exigible y, en consecuencia, ya no cabe imputarle las obligaciones sociales que sobrevengan (imputación que se justifica en el incumplimiento actual de dicho deber).

Sobre este particular recuerda: a) que el recurrido cesó como administrador cuando tuvo lugar la caducidad de su nombramiento (7 de mayo de 1995); b) que la obligación de pagar las costas es una obligación que recae sobre la sociedad deudora, Exponavar, S. A.; c) que según consta la obligación de Exponavar, S. A., de pagar las costas ha surgido con la STS de 18 de junio de 2001 que puso fin al proceso que dicha mercantil sostenía ante al Club de Tenis de Pamplona; y d) que en todo caso, la responsabilidad por deudas

sociales decae una vez transcurridos 4 años desde el cese como administrador del recurrido, más de 8 si se computa como *dies a quo* desde el 7 de mayo de 1995 hasta finales de mayo de 2003.

La recurrente olvida que el art. 1969 CC en cuanto al cómputo de prescripción de acciones, despliega sus efectos sólo y exclusivamente cuando no haya disposición especial que otra cosa determine y en el supuesto que nos ocupa, esa responsabilidad personal, ilimitada y solidaria que establece el art. 262.5 LSA caduca *ipso iure* transcurrido el plazo de 4 años contados a partir de la fecha en que el administrador cesó en el ejercicio de sus funciones conforme al art. 949 Ccom .

Cita la STS de 26 de octubre de 2001, según la cual la doctrina de esta Sala cuando aplica la sanción a los administradores establecida en el art. 262.5 TRLSA de 1989 , aplica el plazo de 4 años del art. 949 CCom (SSTS de 29 de abril y 2 de julio de 1999).

Cita la STS de 20 de julio de 2001 , según la cual el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad a los administradores y gerentes de compañías es el de cuatro años según dispone el art. 949 CCom y singularmente si la acción que se ejercita es la amparada en el art. 262.5 LSA , en cuanto que la obligación se impone a los administradores *ex lege* según se deduce de la propia redacción del precepto y de la doctrina jurisprudencial (entre otras, las SSTS de 12 de noviembre de 1999, 11 diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, de 20 de julio y 26 de octubre de 2001).

Como el recurrido cesó como administrador el 7 de mayo de 1995, ése es el *dies a quo* , y consecuentemente su responsabilidad como administrador de Exponavar, S. A., en relación a las obligaciones sociales caducó el 7 de mayo de 1999 conforme al art. 949 CCom .

Al segundo motivo. Hace referencia a una supuesta infracción del art. 949 CCom . en relación con los arts. 145 del Reglamento del Registro Mercantil y 21 CCom, y sostiene que el momento a tener en cuenta para determinar la extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales es el de la inscripción en el Registro Mercantil de su cese por cualquiera de las causas legalmente establecidas.

Alega que la eficacia del cese por caducidad (al igual que la del cese por cualquier otra causa) no está condicionada a su constancia registral y ulterior publicación en el BORME. A este respecto precisa: 1) La constancia registral del cese (en nuestro caso por caducidad), no tiene carácter constitutivo. En el ámbito de las relaciones internas (sociedad-administrador), la caducidad del nombramiento es eficaz en los términos que resultan del art.145.1 del RRM. 2). En el caso concreto del cese por caducidad ha de tenerse en cuenta además que el art. 145.3 RRM señala que «el registrador hará constar la caducidad mediante nota marginal, cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o si hubiera solicitado certificación».

La modificación del art. 145 del RRM de 1989 fue consecuencia directa de la aprobación del Reglamento de Registro Mercantil , con las modificaciones pertinentes operada por efecto de la entrada en vigor del RD 1784/1996, de 19 de julio, por lo que el 29 de junio de 1995, permanecía vigente el art. 145.3 RRM de 1989 , que disponía que transcurrido el plazo de un mes desde la caducidad de la inscripción el registrador mercantil la cancelará de oficio mediante nota marginal.

Partiendo de tal presupuesto, no puede achacarse al recurrido el hecho de que el 30 de julio de 1995 el registrador mercantil no hiciera constar tal circunstancia porque según indica el citado precepto, era el propio registrador quien debiera haber hecho constar la caducidad de la inscripción el 30 de julio de 1995 .

El hecho de que el recurrido estuviese legitimado para solicitar tal cancelación no priva de eficacia al hecho de que a todos los efectos debía estar cancelada de oficio.

Cita la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1994, según la cual el art. 145 RRM ha establecido un plazo de vigencia para la inscripción que recoja el nombramiento como administrador con lo que sin entrar directamente a resolver la laguna legal sobre el cómputo del plazo de duración para los nombramientos hechos por la Junta, sí que fija el plazo máximo durante el cual la inscripción produce los efectos publicitarios que le son propios, pasado el cual deja de surtirlos por caducidad. El plazo de vigencia durante el cual cumple el asiento su misión de publicidad tanto positiva

como negativa es independiente no sólo de las situaciones de hecho que afecten al nombramiento inscrito (separación, renuncia, reelección, etc.) y que habiendo podido producirse no hubieran tenido reflejo registral, sino también de la posible validez de determinadas actuaciones de los administradores con cargo caducado o de su responsabilidad por no haber puesto en marcha los mecanismos tendentes a suplir las consecuencias de esa caducidad. Caducado el asiento deviene ineficaz y su presencia en la hoja registral resulta perturbador razón por la cual la regla 3.^a de la propia norma reglamentaria establece que transcurrido el plazo de un mes desde que se produjo aquella caducidad, plazo congruente con el que señala el art. 19.2 CCom para procurar la inscripción de los nuevos nombramientos que hubieran podido producirse, procede su cancelación.

Si la recurrente en los antecedentes del recurso de casación formulado reconoce que conocía la situación de insolvencia de Exponavar, S. A., y que había transcurrido más de un año desde que pasó el plazo de 5 años del nombramiento del Consejo de Administración de Exponavar, S. A., se hace difícilmente comprensible que en el año 2003 se diga que tal cese no tuvo publicidad suficiente en relación al Club de Tenis de Pamplona.

Téngase en cuenta, además, que el derecho a reclamar de los administradores el pago de las deudas sociales no deriva en ningún caso de una actuación negocial de los acreedores sociales apoyada en la información que resulta del Registro, sino de unas disposiciones legales que toman como presupuesto ineludible para esa imputación que el sujeto pasivo sea administrador efectivo de la sociedad deudora. Presupuesto que no concurre en el supuesto que nos ocupa porque desde el año 1995 el recurrido no era administrador de hecho, ni de derecho, de la mercantil deudora.

Al motivo tercero. La recurrente se refiere de nuevo a la infracción del art. 949 CCom en relación con los arts. 133, 135, 262.5 y DT 3.^a del Texto Refundido LSA y cita la STS de 26 de mayo de 1998 .

La argumentación es oscura, aunque al traer a colación los preceptos de la LSA en relación con el art. 949 CCom se intuye que se fundamenta en la errónea apreciación de considerar que el recurrido al actuar como apoderado

de Exponavar lo hacía en realidad como «administrador de hecho» de la sociedad.

Alega que las actuaciones realizadas por el recurrido con posterioridad a su cese como administrador las hizo en su calidad de apoderado general de Exponavar, S. A. La base legal para esa conclusión es clara: de una parte, el art. 283 CCom establece que el poder general otorgado permite al factor administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento; y de otra, el art. 285 CCom señala que, actuando el factor en nombre de su principal sobre éste recaerán las consecuencias jurídicas de tal actuación. Además, el factor debe desempeñar sus funciones diligentemente por ser responsable ante su principal de los daños que le cause a sus intereses (art. 297 CCom) y los poderes del factor se estiman subsistentes mientras no le sean revocados expresamente (art. 290 CCom). En consecuencia, la actuación del recurrido ha de reputarse absolutamente correcta: ha sido realizada en calidad de factor y las correspondientes consecuencias jurídicas han de ser imputadas a Exponavar, S. A.

En el supuesto de que admitiéramos a los meros efectos dialécticos, la calificación que el Club de Tenis efectúa en relación a la actuación del recurrido como administrador de hecho de Exponavar, S. A., la pretensión de reclamar ahora al recurrido en tal calidad, la obligación de pago de las costas que recae sobre Exponavar sería igualmente rechazable, pues el origen de este litigio no está en la actuación de quien aparenta ser administrador de Exponavar, S. A., según resulta del Registro Mercantil, sino en una reclamación judicial que hace Exponavar, S. A., por quien tiene poder para representarla.

Recuerda que la última actuación del recurrido como apoderado de Exponavar, S. A., tuvo lugar el 8 de mayo de 1996 (antecedentes del recurso de casación formulado por el Club de Tenis de Pamplona), fecha en la que otorgó el correspondiente poder al Procurador que representaba procesalmente a Exponavar, S. A., ante el Tribunal Supremo, por lo que en cualquier caso, la reclamación efectuada el 21 junio de 2003 al recurrido es absolutamente extemporánea porque su responsabilidad como administrador «caducó» en el año 2000, por lo que difícilmente puede estimarse el presente motivo de casación.

Termina solicitando a la Sala que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo; tener por evacuado en tiempo y forma oportunos en la representación acreditada de D. Casimiro el trámite de oposición al recurso de casación formulado por el Club de Tenis de Pamplona; y en su día, previos los trámites legales pertinentes dicte sentencia en la que desestimando íntegramente todos y cada uno de los motivos de casación alegados por el Club de Tenis de Pamplona confirme en todos sus términos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.^a), en el rollo de apelación n.º 246/2003, dimanante de los autos de juicio ordinario 576/2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pamplona, con expresa imposición de costas a la recurrente Club de Tenis de Pamplona.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 18 de marzo de 2009, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

CC, Código Civil.

CCom, Código de Comercio.

DGRN, Dirección General de los Registros y del Notariado.

DT, disposición transitoria.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LSA, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre .

RC, recurso de casación.

RD, Real Decreto.

RRM, Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio .

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TR, Texto Refundido.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** , que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. El Sr. Casimiro , presidente del Consejo de Administración, fue nombrado administrador la sociedad Expo Navar, S. A., por el plazo de cinco años, cuyo mandato expiraba el 7 de mayo de 1995.
2. El 15 de mayo de 1990 Expo Navar, S. A., suscribió contrato de arrendamiento de una serie de instalaciones con la entidad actora, Club de Tenis de Pamplona, la cual actuaba como arrendadora.
3. En junio de 1993 Expo Navar, S. A., interpuso demanda de juicio declarativo contra Club de Tenis de Pamplona y cesó desde ese momento en la actividad y en el pago de la renta. Ante el impago se interpuso juicio de desahucio por el Club de Tenis de Pamplona. Expo Navar, S. A., fue condenada al pago de las rentas adeudadas. Dicho pago fue hecho efectivo en parte a través del embargo de los bienes de Expo Navar, S. A.
4. El señor Casimiro como apoderado de la sociedad otorgó un poder para pleitos el 8 de mayo de 1996 con el fin de interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia dictada en apelación en la demanda interpuesta contra Club de Tenis de Pamplona.
5. Los bienes de Expo Navar, S. A., fueron objeto de embargo por el Club de Tenis de Pamplona en 1997.
6. La demanda del juicio declarativo interpuesto por Expo Navar, S. A., fue desestimada en las dos instancias y en casación ante el Tribunal Supremo mediante STS de 18 de junio de 2001 , con condena en costas a la parte actora y recurrente.
7. Club de Tenis de Pamplona presentó demanda el 23 de mayo de 2003 solicitando el pago de las rentas aún adeudadas, así como de las costas del juicio declarativo, reclamando dicha cantidad del administrador y apoderado de la entidad, el Sr. Casimiro , en el ejercicio de una acción de responsabilidad contra el administrador de una sociedad anónima fundada en los arts. 133, 135, 262.5 y DT tercera LSA por no haber hecho lo posible para una ordenada disolución de la entidad y no haber adaptado sus estatutos a la nueva LSA.
8. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por entender prescrita la acción.

9. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose, en síntesis, en que: (a) había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 949 CCom desde el momento del cese de la actividad de la sociedad en el mes de junio de 1993, con el consiguiente cese del administrador, o desde el momento de la caducidad de su nombramiento en 1995 o, en último término, desde el otorgamiento del poder que tuvo lugar en 1996; (b) dado que el cese no se inscribió en el Registro, aunque se aceptara que el plazo de prescripción debe contarse desde la publicación de la inscripción, el Club de Tennis conocía que el nombramiento del Sr. Casimiro como administrador había caducado en 1995, pues así lo publicaba el Registro y el nombramiento, en doctrina que luego se recogió en la nueva redacción del art. 145.1 RRM , según la DGRN restaba vigente sólo hasta que debiera haberse convocado nueva Junta general, razón por la cual Club de Tennis de Pamplona debía saber que ya desde 1995 el Sr. Casimiro no era representante formal de la sociedad; además la actora conocía que ya desde 1993 la sociedad no realizaba actuación material alguna y todos sus bienes fueron embargados en 1997.

10. Contra esta sentencia interpone recurso de casación Club de Tennis de Pamplona, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC por razón de la cuantía.

SEGUNDO. - *Enunciación de los motivos de casación.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción del art. 1969 CC en relación con el art. 949 .»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la tasación de costas sólo pudo solicitarse una vez firme la condena al pago, por lo que a Club de Tennis de Pamplona le resultaba imposible reclamar el cumplimiento de la obligación antes de la STS de junio de 2001 y, no reconociéndolo así la sentencia recurrida, se opone al principio conforme al cual la prescripción no comienza a correr hasta que la acción pudo ejercitarse.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción del art. 949 CCom en relación con los arts. 145 del Reglamento de Registro Mercantil y 21 CCom.»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que no cabe sostener la prescripción de la acción para exigir responsabilidad al Sr. Casimiro , ya que su cese como presidente del Consejo de Administración de Exponavar, S. A., no consta inscrito, circunstancia que la sentencia de la Audiencia Provincial desconoce, al considerar que la recurrente no es un tercero de buena fe, en contra de lo dispuesto en el artículo 21.4 CCom, según el cual la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito.

El motivo tercero de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477 LEC por infracción del art. 949 CCom en relación con los arts. 133, 135 y 262.5 y DT tercera del TR LSA y la STS de 26 de mayo de 1998 .»

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que el demandado siguió actuando como administrador de hecho, pues disponía de un apoderamiento general otorgado por la sociedad y con posterioridad a la caducidad del nombramiento la sociedad interpuso y prosiguió los recursos de apelación y de casación, por lo que no pudo iniciarse el cómputo del plazo de prescripción.

Los motivos deben ser estimados.

TERCERO. - *Prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores de las sociedades mercantiles.*

Después de ciertas vacilaciones, esta Sala ha fijado la jurisprudencia, a partir de la STS de 20 de julio de 2001 , declarando que el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios, independientemente de su respectiva naturaleza, es el de cuatro años a partir del cese del cargo de administrador fijado en el artículo 949 CCom (SSTS, entre otras muchas, de 2 de febrero de 2006, 6 de marzo de 2006, 9 de marzo de 2006, 23 de junio de 2006, 26 de junio de 2006, 9 de octubre de 2006, 27 de octubre de 2006, 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero de 2007, 21 de febrero de 2007, 5 de marzo de 2007, 8 de marzo de 2007, 12 de marzo de 2007, 14 de marzo de 2007, rec. 262/2000, 14 de mayo de 2007, rec. 2141/2000, 26 de octubre de 2007, recurso 4182/2000, 26 de septiembre de 2007, recurso 3528/2000).

El artículo 949 de CCom dispone que «[l]a acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración». La aplicación de esta norma, como ha reiterado la jurisprudencia, comporta una especialidad respecto el *dies a quo* [día inicial] del cómputo del plazo de prescripción extintiva de las acciones del tipo de la ejercitada en la demanda, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración.

Como declara la STS 18 de diciembre de 2007, RC n.º 3550/2000 , *el inicio del cómputo del plazo de prescripción, con arreglo al artículo 949 CCom , reclama un cese propiamente dicho del administrador demandado, cualquiera que sea la causa entre las que son aptas para producirlo. Entre dichas causas figura el transcurso del tiempo para el que fue nombrado,* el cual debe completarse con el que establece el artículo 145 RRM , según la cual «[e]l nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior», cuya redacción es similar, que no idéntica, a la aprobada por RD 1527/1989, de 29 de diciembre, vigente en el momento de caducidad del cese del administrador.

Los tres motivos de casación interpuestos confluyen en defender la existencia de causas que impiden la prescripción de la acción ejercitada, por entender que el plazo de cuatro años no pudo iniciarse (a) por el hecho de no haberse inscrito el cese en el Registro Mercantil, (b) por haber continuado el administrador en funciones de hecho y (c) por haber surgido la obligación contraída a cargo de la sociedad sobre pago de las costas de un proceso en fecha posterior a la caducidad de su nombramiento, impidiendo hasta entonces el ejercicio de la acción de responsabilidad.

A) Efectos de la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador. La jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado los efectos materiales o sustantivos que se siguen de la falta de inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil de los efectos formales que afectan al

cómputo del plazo de prescripción (STS de 27 de noviembre de 2008, RC n.º 1050/2003).

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

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

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

En el caso examinado, no habiendo sido inscrito el cese del administrador en el Registro Mercantil, la sentencia de apelación recurrida otorga relevancia al hecho, que declara probado, de que el nombramiento del demandado debía entenderse caducado en 1995, pues así lo publicaba el Registro, y el nombramiento sólo podía considerarse vigente hasta que debiera haberse convocado nueva Junta general; y concluye que Club de Tenis de Pamplona no puede ser considerado tercero de buena fe protegido por el efecto de publicidad del Registro Mercantil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.4 CCom , pues conocía el cese de la actividad del administrador, acto sujeto a inscripción y no inscrito.

Sin embargo, esta conclusión no puede ser aceptada sin tener en cuenta que *la caducidad del nombramiento no constituye requisito suficiente para entender producido el cese del administrador si se prueba que existió una continuidad en el ejercicio de sus funciones como administrador de hecho.* Es menester, por consiguiente, examinar esta cuestión, planteada en el motivo tercero de casación.

B) La responsabilidad del administrador que continúa como administrador de hecho una vez caducado su nombramiento. El art. 133 LSA se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los «administradores» (o «miembros del órgano de administración»: art. 133.3 LSA). Esta cualidad la ostentan no sólo los nombrados por la Junta General (art. 123.1 LSA), sino también, según la jurisprudencia, los administradores de hecho (así se prevé expresamente a partir de la Ley 26/2003, que modificó, entre otros, el artículo 133.2 LSA), es decir, quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades o continúan ejerciéndola una vez producido formalmente su cese o sobrevenida la caducidad del nombramiento.

La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001), siempre que

actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición.

Cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (STS de 26 de mayo de 1998, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2225/2000) en los supuestos en que la prueba acredite que actúan o han actuado en tal condición.

En el caso examinado es menester examinar si el demandado continuó como administrador de hecho, a pesar de la caducidad de su mandato, continuando ejerciendo funciones de gestión de la sociedad con posterioridad a la extinción del plazo señalado para el ejercicio de su función.

La sentencia recurrida da una respuesta negativa por entender que la última actuación realizada en representación de la sociedad fue el otorgamiento de un poder en el año 1996 para hacer posible la interposición del recurso de casación en nombre de la sociedad contra la sentencia dictada en apelación. No puede, sin embargo, aceptarse esta conclusión, pues es forzoso considerar que *la continuación del proceso sin objeción alguna por parte del administrador hasta terminar mediante sentencia de esta Sala dictada en el año 2001 implica una voluntad de mantenimiento de la acción impugnatoria desencadenada por la actividad del administrador y comporta la asunción de hecho de las funciones de gestión de la sociedad a los únicos efectos en que mantenía vigente su actividad relacionados con la pendencia de un proceso en que se actuaban pretensiones ejercitadas a su favor y no en favor de quien aparecía como apoderado.*

La STS 8 de febrero de 2008, RC n.º 5168/2000 , ha considerado como un hecho relevante demostrativo del ejercicio de funciones de administración de hecho la intervención en un proceso como apoderado de la sociedad cuando esta intervención no puede explicarse en virtud del cumplimiento de instrucciones del administrador, ni por su condición de socio, ni por razones de urgencia en espera del nombramiento de un nuevo administrador. En este caso la no-concurrencia de esas excepciones se infiere de los hechos declarados

probados por la sentencia recurrida, la cual afirma que la sociedad carecía de toda actividad, por lo que únicamente podía considerarse subsistente ésta en relación con el proceso del que pretendía obtenerse un beneficio en su favor. Asimismo, esta Sala ha rechazado que, si no existen administradores encargados de la gestión, pueda admitirse, como pretende la parte recurrida, la existencia de una dualidad de funciones entre administrador y apoderado apta para eximir de responsabilidad a este último, pues la utilización de un poder general para el ejercicio de funciones sociales, cuando no existe administrador, no puede tener otro sentido que la llevanza de la gestión social como administrador de hecho.

C) La posibilidad de ejercicio de la acción. De lo razonado se sigue que *el plazo de prescripción no pudo iniciarse mientras se mantuvo la tramitación del proceso en la que figuró como parte la sociedad representada por el demandado como apoderado y, consiguientemente, administrador de hecho. Hasta ese momento no sobrevino el dies a quo [día inicial] literalmente establecido en el artículo 949 CCom para el cómputo del plazo de prescripción de cuatro años de la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores.* No es menester acudir a examinar si cabe entender pospuesto el *dies a quo* al momento en que la acción pudo ejercitarse, como solicita la parte recurrente en el motivo primero de casación, cuando propugna la aplicación del artículo 1969 CC .

CUARTO. - *Estimación del recurso.*

La estimación del recurso de casación conduce, de conformidad con lo razonado al resolverlo, a casar la sentencia recurrida, a la estimación del recurso de apelación y a la estimación íntegra de la demanda en virtud de los siguientes argumentos:

a) La parte demandada, en la contestación a la demanda, manifiesta que no tiene nada que objetar, entre otros, al hecho octavo de la demanda (en lo que hace referencia a los hechos allí relatados), en el cual se expone que la sociedad adeuda al Club de Tenis Pamplona la cantidad de 204 202,16 € por los conceptos que se especifican.

b) No es necesario entrar a examinar la concurrencia de negligencia en la conducta del administrador a efectos de decidir sobre el ejercicio de la acción

individual de responsabilidad también planteada. No existe duda en cuanto a la concurrencia en el demandado de la responsabilidad por las obligaciones sociales establecida con carácter formal en el artículo 262.5 LSA (en la redacción aplicable por razones temporales a este proceso) como administrador de la sociedad por no haber promovido ordenadamente su disolución a pesar de concurrir las causas de disolución establecidas en el artículo 260.1.3.º y DT tercera LSA, tal como se solicita en la demanda. La concurrencia de estas causas se infiere de que, como declara probado la sentencia recurrida, la sociedad se encontraba inactiva desde hacía años con la consiguiente imposibilidad de realizar su fin social y, por otra parte, no se ha desvirtuado la alegación de que se incumplió la obligación de adaptar los estatutos a la nueva LSA conforme a la DT tercera LSA, dado que la parte demandada se limita en la contestación a oponerse a los respectivos fundamentos jurídicos de la demanda alegando la caducidad de su responsabilidad como administrador por el transcurso del plazo establecido en el artículo 949 CCom .

Procede imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia. No ha lugar a la imposición de las costas de apelación al apelante ni a imponer las costas de este recurso de casación. Así se infiere del régimen establecido en los arts. 394 y 398 LEC .

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

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Club de Tenis de Pamplona contra la sentencia de 19 de abril de 2004 dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pamplona en el rollo de apelación n.º 246/2003, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de origen en el procedimiento referenciado en el encabezamiento de esta resolución, en cuyo antecedente de

hecho primero se transcribe su fallo, imponiendo las costas de esta instancia a la parte apelante».

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Club de Tenis de Pamplona revocamos la sentencia de 21 de julio de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Pamplona/Iruña en el procedimiento ordinario n.º 576/2003 y, en su lugar, estimamos la demanda interpuesta por el Procurador Don Javier Araiz Rodríguez en nombre y representación de Club de Tenis de Pamplona condenando a D. Casimiro a pagar a la parte actora la suma reclamada de 204 202,16 € con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y las costas de la primera instancia.

4. No ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Román García Varela. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quinta. Vicente Luis Montés Penadés. Encarnación Roca Trías. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Rubricado.

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.