



Roj: **SAP M 11348/2016 - ECLI: ES:APM:2016:11348**

Id Cendoj: **28079370282016100239**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/07/2016**

Nº de Recurso: **416/2014**

Nº de Resolución: **294/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0121338

Recurso de Apelación 416/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 378/2011

APELANTE: D. Pablo

Procuradora Dña. Cristina Velasco Echavarrí

Letrado D. José María Montero Ramos

APELADA: 3M ESPAÑA SA

Procuradora Dña. Marta Franch Martínez

Letrado D. Diego Cabezuela Sancho

SENTENCIA nº 294/2016

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a 22 de julio de 2016.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 416/14 interpuesto contra la Sentencia de fecha 10/03/2014 dictada en el procedimiento ordinario número 378/11 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada, siendo apelada la parte demandante, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.



Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 29/06/2011 por la representación de 3M ESPAÑA, S.A. contra D. Jose Miguel , D. Carlos José y D. Pablo , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba "... dicte sentencia en la que se condenen solidariamente a los demandados a abonar a mi representada:

29.798,08 € de principal.

Intereses legales de dicho principal desde la presentación de la demanda hasta que el pago tenga lugar.

Costas."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 10/03/2014 cuyo fallo es del siguiente tenor: "

I.- Con estimación íntegra de la demanda interpuesta por 3M ESPAÑA SA, debo condenar y condeno a Jose Miguel , Carlos José y Pablo al pago de manera solidaria a favor de aquella parte actora de la suma de 29.798,08 €, más el interés en cuantía legal devengado por dicha suma desde la interposición de la demanda, hasta su completo pago, aplicándose al tiempo de pago que exceda de la fecha de esta sentencia aquel interés incrementando en dos puntos porcentuales.

II.- Debo condenar y condeno al pago de las costas procesales generadas en el presente litigio e instancia a Jose Miguel , Carlos José y Pablo , según tasación de las mismas que se realice en incidente promovido al efecto."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de Pablo se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 21 de julio de 2016.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil 3M ESPAÑA S.A. interpuso demanda contra Don Jose Miguel , Don Carlos José y Don Pablo en ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de su condición de administradores de la sociedad RODRIGUEZ MAESTRE S.L. y en reclamación de 29.789,08 € que esta adeudaría a la demandante como consecuencia de diferentes suministros de material que originaron diversas facturas de vencimientos comprendidos entre el 25 de abril y el 25 de diciembre de 2004.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza exclusivamente el demandado Don Pablo a través del presente recurso de apelación.

Pese a la actual vigencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, hemos de precisar que las citas legales que se efectuarán en la presente resolución irán referidas al hoy derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

Antes de entrar en el fondo del asunto, forzoso es ratificar el punto de vista expuesto por el juzgador de la anterior instancia al rechazar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario que el ahora apelante invocó con base en el hecho de no haber sido involucrada en el presente proceso Doña Enriqueta , quien al parecer le sucedió ocupando la vacante que aquel dejó al cesar en su cargo de consejero en el año 2009. Y es que no se ve de qué modo podría afectar a dicha señora el resultado de un proceso en el que se trata de dirimir la responsabilidad que haya podido contraer el Sr. Pablo por razón de la conducta observada durante el desempeño de su cargo, y en modo alguno la responsabilidad en que pueda haber incurrido la Sra. Enriqueta por razón de su propia conducta, en todo caso posterior en el tiempo a la conducta que en el presente proceso se ha de examinar.

SEGUNDO .- Conviene comenzar precisando que en su escrito de contestación a la demanda el hoy apelante Sr. Pablo no solo no cuestionó sino que admitió expresamente al nacimiento a favor de la demandante de una deuda de cuantía superior a la que en el presente litigio reclama (véase, especialmente, pag. 14 de dicho



escrito, folio 148). Pues bien, sobre la base de que se realizaron diversos pagos que redujeron la cuantía de dicha deuda, al menos, hasta la cantidad que en la demanda se reclama, hecho que la propia demandante reconoce, el referido apelante introduce en su recurso un alegato novedoso -y por ello inabordable en esta instancia de acuerdo con el Art. 456-1 L.E.C. - con arreglo al cual, al haber cesado en su cargo en el año 2009, desconoce si se redujo o no en mayor medida el montante de la deuda con posterioridad a su cese: nada de esto alegó en su escrito de contestación. En cualquier caso, el argumento resulta enteramente inconsistente porque, acreditado por la demandante el nacimiento de un derecho de crédito de importe superior, es a la parte demandada a quien incumbe acreditar su entera extinción de acuerdo con la regla distributiva básica del Art. 217 de la L.E.C. .

También parece oportuno aclarar que, al margen de algunas reflexiones contenidas en la demanda por las que, sin cita de los Arts. 133 y 135 L.S.A ., parece quererse ejercitar una acción de responsabilidad por daños al hablarse de la desaparición "de facto" de la sociedad y su vinculación causal con la frustración del derecho de crédito de la demandante, lo verdaderamente cierto es que, en lo referente a la acción de responsabilidad por deudas del Art. 105-5 L.S.R.L ., acción que inequívocamente sí fue ejercitada en la demanda, la única causa de disolución invocada en dicho escrito rector (página 8) fue la contemplada en el apartado e) del Art. 104-1 a cuyo tenor "*La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá: e)...Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ..*". Al no encontrarse depositadas las cuentas de la sociedad en el Registro Mercantil desde el ejercicio 2004 en adelante, la demandante no pudo precisar la época en la que habría surgido esa situación de pérdidas cualificadas, viéndose obligada a precisar, únicamente, que la misma habría tenido lugar, en todo caso, con anterioridad al año 2008.

Por lo tanto, en esta segunda instancia únicamente podemos examinar la responsabilidad que los administradores pudieron eventualmente contraer por razón de haberse abstenido de adoptar iniciativas disolutorias en presencia de esa específica causa de disolución obligatoria y no en relación con otras causas que nunca fueron invocadas en el escrito rector del litigio.

Así las cosas, el Documento 3 de la contestación a la demanda (memoria del ejercicio 2004 de la sociedad RODRÍGUEZ MAESTRE S.L.) demuestra inequívocamente que al menos el 31 de diciembre de 2004 la sociedad, con un capital social de 601.012,10 €, había visto descender sus fondos propios hasta la cifra negativa de 1.985.803,64 €. Y se encontraba, por tanto, incurso en causa de disolución obligatoria. Consta en autos que en el año 2005 hubo un aumento de capital de 601.000 € y en el año 2007 otro aumento de 1.562.600 €. Sin embargo, lo que se desprende de las actas aportadas por el hoy apelante como Documento 11 es que en los años siguientes a 2004 dicha entidad siguió experimentando cuantiosas pérdidas : 2.657.026 € en 2005, 3.793.157,6 € en 2006, 2.749.771 € en 2007 y 4.082.041 € en 2008, por lo que, a salvo de la eventual existencia de cambios en otros parámetros contables de los que no se ha informado al órgano judicial, es patente que las dos ampliaciones de capital referidas nunca fueron suficientes para restablecer el equilibrio patrimonio/capital. Dichas actas revelan que, pese a no depositarse en el Registro Mercantil, la sociedad celebró año por año las preceptivas juntas tendentes a la aprobación de cuentas de los respectivos ejercicios anteriores, pese a lo cual no han sido aportadas dichas cuentas y sí solamente las actas reveladoras de la cifra de pérdidas experimentada cada año. En tales circunstancias, consideramos que se encuentra sobradamente acreditado el hecho de que al menos desde el 31 de diciembre de 2004 la sociedad RODRÍGUEZ MAESTRE S.L. se encontraba incurso de lleno en la causa de disolución prevista en el apartado e) del Art. 104-1 L.S.R.L . y no solo no consta que con posterioridad haya logrado remontar tal situación sino que, a juzgar por la voluminosa cifra de pérdidas experimentadas en los ejercicios posteriores y, en ausencia de otros datos, hay base para afirmar justamente lo contrario, es decir, que la correlación patrimonio/capital no hizo otra cosa que empeorar.

Aclarado este punto, es cierto que el apelante Sr. Pablo no adquiere la condición de consejero de la entidad hasta el 7 de febrero de 2006. No se entiende su insistencia en poner de relieve que el nacimiento de la deuda reclamada en este litigio es anterior a dicha fecha pues la responsabilidad de los administradores definida en el Art. 105-5 L.S.R.L . no nace porque la sociedad haya contraído deudas sino por no promover su disolución en presencia de una circunstancia que obliga legalmente a hacerlo. Lo que se examina, por lo tanto, es el comportamiento observado por dicho señor a partir del 7 de febrero de 2006 y no con anterioridad a esa fecha.

Pues bien, no albergamos la menor duda en relación al hecho de que el Sr. Pablo era plenamente conocedor el propio 7 de febrero de 2006 de que hacía ya más de un año que la sociedad se encontraba en situación de pérdidas cualificadas, pues no en vano existían actas de las juntas aprobatorias de las cuentas anuales de los ejercicios 2004 y 2005 (actas y cuentas cuya posesión y custodia le incumbía, además, personalmente a dicho señor por su pretérita condición de secretario no consejero), y ello sin contar con que son los propios informes emitidos por el órgano de administración los que dan cuenta de que en esa misma fecha (7 de febrero de 2006)



la sociedad se encontraba "...prácticamente inactiva en su actividad social...al no contar en sus almacenes con mercancía que vender a resultas de la deuda que presentaba entonces con sus proveedores, su falta de liquidez...Situación económica y comercial esta que...abocaban a esta sociedad a su desaparición..." (folio 274).

Así las cosas, a partir del propio día 7 de febrero de 2006 el Sr. Pablo contaba con un plazo de dos meses, que expiró el 7 de abril de 2006, para haber promovido la convocatoria de junta general tendente a la adopción del obligado acuerdo disolutorio. Obviamente, no es relevante a este respecto que, en tanto que simple consejero, no tuviera dicho apelante capacidad para efectuar por sí mismo dicha convocatoria: lo relevante es que, pudiendo hacerlo, no llevó a cabo ninguna iniciativa tendente a la convocatoria del consejo de administración para que este adoptase el acuerdo de convocar la junta general.

TERCERO .- En su recurso, el apelante invoca la reforma introducida por la Ley 19/2005 (que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005) en el régimen de responsabilidad por deudas sociales (Arts. 262.5 del TRLSA , 105.5 de la LSRL y 367 del vigente TRLSC) reforma a partir de la cual dicha responsabilidad solo podría operar respecto de deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Y en tal sentido, nos indica que la deuda reclamada en la demanda es anterior a la concurrencia de la causa de disolución. Se trata también de un argumento novedoso que no se hizo valer en la contestación a la demanda y que, por ello mismo, no puede acceder a la segunda instancia. En cualquier caso, es un alegato contradictorio con los propios planteamientos que el Sr. Pablo hizo valer en la instancia anterior. En efecto, sabemos con certeza que al menos el 31 de diciembre de 2004 la sociedad RODRÍGUEZ MAESTRE S.L. incurrió en pérdidas cualificadas pero, en principio, desconocemos la época exacta, comprendida dentro del ejercicio 2004, en la que dicha situación surgió. Pues bien, en su contestación a la demanda el hoy apelante expresó en reiteradas ocasiones (entre otras, en la pág. 2) que en el momento de vender sus mercancías la actora 3 M ESPAÑA S.A. era perfecta conocedora de la situación de insolvencia en que se encontraba la compradora RODRÍGUEZ MAESTRE S.L. Se trata, como puede fácilmente comprobarse, de un alegato que contiene en realidad dos afirmaciones distintas:

1.- La primera afirmación se refiere a un estado de conciencia de 3 M ESPAÑA S.A. y se utiliza por el Sr. Pablo con el propósito de hacer aplicable al caso la línea jurisprudencial que en ocasiones ha dulcificado el rigor del régimen de responsabilidad por deudas cuando el acreedor, en el momento de servir a crédito al deudor, conoce su situación de infracapitalización. Pues bien, al no haberse acreditado tal estado de conciencia por parte de 3 M ESPAÑA S.A., la pretensión exoneratoria fundada en el mismo resulta improsperable.

2.- La segunda afirmación es la afirmación un hecho: quien asegura que alguien es conocedor de un determinado hecho está afirmando, al propio tiempo, la realidad de ese hecho. Desde este punto de vista, era el propio Sr. Pablo quien aseguraba que la situación de infracapitalización de RODRÍGUEZ MAESTRE S.L. concurría con anterioridad al suministro de productos llevado a cabo por 3 M ESPALA S.A., o lo que es igual: que la causa de disolución precedió en el tiempo al suministro de los productos y consiguiente nacimiento del derecho de crédito, circunstancia temporal que debemos considerar plenamente fijada en el proceso en la medida en que supone la admisión por parte del demandado de un hecho que le resulta objetivamente desfavorable. Lo que, unido a la presunción favorable a la posterioridad de la deuda que enuncia el Art. 105-5 L.S.R.L ., permite considerar plenamente despejada dicha cuestión, y ello sin contar -se insiste- con que el argumento en cuanto tal no fue hecho valer en la fase alegatoria del proceso.

Por otra parte, frente a lo que ahora alega el apelante, se ha de indicar que el requisito cronológico consiste en que la deuda sea posterior a la causa de disolución, no al conocimiento que el administrador tenga de la existencia de dicha circunstancia, y ello por más que dicho conocimiento pueda ser relevante a otros efectos (cómputo del plazo de dos meses previsto para la convocatoria de la junta general).

Se ha de desestimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

En cuanto a las originadas en la instancia precedente, no apreciamos, más allá del carácter opinable que ordinariamente reviste cualquier controversia judicial, que los aspectos debatidos en el presente litigio presenten carácter dudoso jurídica o fácticamente, ni es posible, en consecuencia, atender la pretensión del apelante de ser exonerado del pago de las costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:



- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Pablo contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ