



Roj: **SAP M 17199/2016 - ECLI: ES:APM:2016:17199**

Id Cendoj: **28079370282016100325**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/12/2016**

Nº de Recurso: **670/2015**

Nº de Resolución: **437/2016**

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.: 28.079.00.2-2014/0203660

Recurso de Apelación 670/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 945/2012

APELANTE: D. /Dña. Bruno

PROCURADOR D. /Dña. SOLEDAD GALAN REBOLLO

APELADO: D. /Dña. Edemiro y D. /Dña. Faustino

PROCURADOR D. /Dña. SONIA MARIA MORANTE MUDARRA

S E N T E N C I A nº 437/2016

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 670/2014 interpuesto contra la Sentencia de fecha 8.9.14 dictado en el proceso número 945/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, 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 4.12.2012 por la representación de Don Bruno contra Don Faustino y Don Edemiro , en la que tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que *"...dicte en su Sentencia que determine la responsabilidad de dichos administradores y de la sociedad, condenándolos a abonar a mi mandante la cifra de 118.698 €"*.

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid dictó sentencia con fecha cuyo fallo es del siguiente tenor : *"Que DEBO DESESTIMAR la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Bruno contra D. Faustino y contra D. Edemiro y DEBO ABSOLVER de sus pedimentos a D. Faustino y D. Edemiro con imposición de costas a la actora."*

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante 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 15 de diciembre de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Don Bruno interpuso demanda contra Don Faustino y Don Edemiro en exigencia de responsabilidad por la condición -que en dicho escrito se les atribuye- de administradores de la mercantil DONKASA CENTRO S.A. y en reclamación 118.698 €, suma que le fue reclamada al actor por su condición de avalista de una deuda bancaria contraída por dicha entidad y que esta no abonó a su vencimiento.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Bruno 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 (L.S.A.), y a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (L.S.R.L.), al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO .- La razón por la que la sentencia apelada desestimó la demanda entablada por Don Bruno no fue otra, sin perjuicio de ciertas reflexiones que la resolución efectúa "ex abundantia", que la de que el daño patrimonial sufrido por dicho demandante al verse obligado a atender una deuda en calidad de avalista de la mercantil DONKASA CENTRO S.L. se habría originado, en su caso, por los actos de despatrimonialización llevados a cabo por los demandados, actos que habrían privado a dicha entidad de la liquidez necesaria para atender al pago de la deuda avalada, y que, siendo ello así, el quebranto padecido no habría sido provocado directamente por dichos actos sino que constituiría la consecuencia indirecta o refleja del daño padecido por la propia DONKASA CENTRO S.L., ámbito este que, siendo propicio para el ejercicio de una acción social de responsabilidad que persiguiese la reconstitución del patrimonio social (Art. 134 L.S.A.), no se adecúa, en cambio, al ejercicio de una acción individual (Art. 135 L.S.A.) que tiende a la reparación del daño sufrido por el tercero como consecuencia "directa" de la conducta del administrador.

Compartimos dicho punto de vista. En el caso que nos ocupa, es la propia tesis del demandante, al aludir a conductas que, en su sentir, habrían sido generadoras de una situación de despatrimonialización y de iliquidez, lo que determina la inviabilidad de una pretensión de condena como la ejercitada (devolución de lo pagado por el demandante como consecuencia de la ejecución del aval) que se funda en el ejercicio de la acción individual de responsabilidad del Art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy Art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital) y no de la acción social de responsabilidad regulada en su Art. 134 (hoy Arts. 238 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital).

En efecto, el objeto de la acción social de responsabilidad definida en el Art. 134 no es, según criterios doctrinales y jurisprudenciales totalmente pacíficos, el de compensar los daños directos sufridos por socios o terceros a consecuencia de la conducta del administrador, sino que su único propósito es la reconstitución del patrimonio social dañado por un acto imputable al mismo. Característica esencial de esta acción es, pues, la de que el demandante no solicita para sí mismo reparación alguna sino que su pretensión se dirige a que el administrador demandado indemnice o compense económicamente a la sociedad por el detrimento patrimonial que su conducta le ha inferido. Por el contrario, mediante la acción individual de responsabilidad



del Art. 135 L.S.A . el demandante, ya se trate de un socio o de un tercero, ejercita una pretensión indemnizatoria personal en sentido propio, pues aspira a ser compensado económicamente -él mismo y no la sociedad- por los daños que le haya originado la conducta antijurídica del administrador societario. Ahora bien, es característica esencial de esta acción -exigida literalmente por el propio precepto legal- la de que el daño de cuya reparación se trate sea un daño inmediato, esto es, un daño sufrido "directamente" por el demandante y no -como en el caso de la acción social - un daño mediato o "indirecto" que aquél padece como consecuencia del deterioro patrimonial de la sociedad. En otras palabras, ni los socios ni los terceros pueden recabar para sí una indemnización que trate de reparar un daño mediato o no directo, pues ante ese tipo de contingencia únicamente les cabe impetrar (siempre, naturalmente, que concurran los presupuestos exigidos por el Art. 134 L.S.A .) la reconstitución del patrimonio social mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad. La única indemnización que pueden solicitar para sí mismos es aquella que tenga por objeto remediar un daño siempre que este les haya sido originado "directamente" por la conducta del administrador.

Señala en tal sentido, entre otras muchas, la S.T.S. de 23 de octubre 2009 que "...el art. 135 LSA (al que se remite el 69.1 LSRL) exige daño "directo", y el acto lesivo aquí denunciado (venta de patrimonio social) no constituye un daño directo, sino "indirecto". Efectivamente, la incidencia negativa (objeto de denuncia) en el patrimonio del actor (socio) se produce por un daño al patrimonio social que repercute en su participación como socio, y no por una relación directa del acto ilícito (hipotético) con su patrimonio personal. Ello puede explicar la interposición de una acción social, pero es ajeno a una acción individual ex art. 135 LSA ..". Por su parte, en el caso abordado por la S.T.S. de 27 de noviembre de 2008 el recurrente en casación trató de patrocinar una interpretación extensiva del concepto de "daño directo" del Art. 135 L.S.A . invocando la necesidad de que la jurisprudencia defina lo que debe entenderse como lesión directa de los intereses del socio a consecuencia de la gestión del administrador, y la respuesta que obtuvo a dicha pretensión del Alto Tribunal fue la siguiente: *"..en todo momento la parte recurrente se muestra de acuerdo -cual aquí sucede- con la conclusión alcanzada por la Audiencia acerca de que la única acción ejercitada, objeto de litigio, fue la individual del artículo 135 LSA y no la social prevista en el artículo 134 (ambas aplicables a las sociedad de responsabilidad limitada por remisión del artículo 69.1). Pues bien, calificada de manera incontrovertida la acción como individual, la sentencia recurrida encuentra la razón de su desestimación en que ésta presenta un ámbito material diferente del que caracteriza a la social, siendo hábil la individual para indemnizar los probados perjuicios que de modo directo afecten a los intereses de terceros o de los propios socios, pero no para amparar pretensiones reequilibradoras del patrimonio social, en cuanto estas se encuentran reservadas a la acción social . El referido pronunciamiento es plenamente conforme con la doctrina de esta Sala, que en torno a la distinción entre la acción individual a que se refiere el artículo 135 LSA y la social del 133.4, tiene señalado que «Mientras el objeto de la acción social es reestablecer el patrimonio de la sociedad, mediante la acción individual se trata de reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros» (Sentencia de 4 de noviembre de 1991 , citada en la de 14 de marzo de 2007 , entre muchas más), siendo así que la acción del 133.4 LSA busca restablecer el patrimonio tras el daño «social», entendido como el sufrido por la propia sociedad titular de la acción -aunque afecte indirectamente a sus socios y acreedores, a quienes también se legitima para su ejercicio-, mientras que la acción individual es una acción personal, que se dirige a la reparación de los perjuicios causados, «directa e individualmente, a los intereses de los accionistas y de los terceros» (Sentencias de 12 julio 1984 , 21 mayo 1985 , 12 de abril de 1989 , 4 de noviembre de 1991 y 14 de marzo de 2007)..."*

TERCERO .- En el presente proceso es el propio demandante quien ha reiterado hasta la saciedad que el daño a cuya reparación aspira ha sido provocado por el daño causado por los demandados a la sociedad DONKASA CENTRO S.L. al desarrollar diferentes conductas antijurídicas:

-En la página 10 de la demanda, parte superior, se lee: *"Por tanto, el perjuicio para mi representada deriva de manera directa del irregular comportamiento de los administradores que lejos de atender a este y a otros compromisos que tiene Donkasa Centro, se han dedicado sistemáticamente a extraer bienes de esta y otras compañías para llevarlos a su patrimonio personal".* En la misma página se nos dijo: *"Es evidente que si los administradores no hubieran llevado a cabo la despatrimonialización..., la deuda con Caja de Ahorros de Ávila podría haberse atendido perfectamente".*

-En la página 11 de la demanda el actor identifica claramente las conductas de los demandados determinantes de la responsabilidad que les exige: no lo es la conducta omisiva consistente en abstenerse de pagar la deuda bancaria en sí, sino el hecho de que *"...han estado constantemente apropiándose de bienes y de dinero..."*.

-El propio juzgador de primera instancia destaca en su sentencia las palabras del letrado del actor emitidas en el acto del juicio: *"... no entendemos que él **directamente** (Don Faustino) o el otro administrador (Don Edemiro) hayan intervenido directamente en la causación de ese daño"* y que entiende que tienen que responder porque *"al **dejar sin bienes y sin efectivo a la sociedad** no puede responder del crédito"* (énfasis añadido).



Es difícil imaginar palabras que de manera más elocuente que estas dejen constancia de cuál fue el planteamiento en el que sustentó la demanda: causación indirecta de un daño a consecuencia del daño directamente causado por los administradores a la sociedad que administraban con su conducta antijurídica. De nada sirve, a la vista de esos textos, calificar de "directa" la relación entre la conducta y el daño cuando el propio discurso que esos textos contienen es revelador de su carácter indirecto: extracción de bienes de la compañía, falta de liquidez de esta, impago de la deuda bancaria y consiguiente exigencia de la misma al avalista.

Ahora bien, consciente tal vez de que era ese modo de plantear su acción lo que determinó el fracaso de la misma, el apelante ha pretendido en esta segunda instancia alterar su inicial planteamiento. En efecto, de manera un tanto confusa y reiterando incluso ocasionalmente su planteamiento primitivo (en la pág. 30 del recurso se vuelve a insistir en que *"Si los administradores no se hubiesen llevado los bienes y el dinero podría haberse atendido el crédito"*), lo que ahora nos explica el Sr. Bruno en la página 27 de su recurso (último párrafo) es que la conducta de los administradores que generó directamente el daño fue la consistente en abstenerse de pagar la deuda bancaria avalada. Solo de ese modo puede entenderse que se diga actualmente que la conducta censurable de los demandados no generó daño alguno para la sociedad y sí únicamente para el demandante en su condición de avalista.

Pues bien, con independencia de que el carácter novedoso de este planteamiento nos excusaría de comentarlo al encontrarse al margen de la segunda instancia (Art. 456-1 L.E.C .), no está de más indicar que el impago de una deuda consecutivo a la imposibilidad material de hacerlo por razón de iliquidez no es, "per se", una conducta censurable (piénsese en el caso de que la iliquidez haya sobrevenido a consecuencia de infortunios no imputables al administrador diligente). Si, como se razona por el apelante, la iliquidez sobrevino a consecuencia del comportamiento antijurídico de los demandados, es ese comportamiento lo que resultará reprochable, pero tal comportamiento no origina el daño consecutivo al impago: lo que determina es un quebranto patrimonial -despatrimonialización en la terminología del actor- a la sociedad administrada, y solo a través de tal quebranto se ocasiona el daño al que se hace referencia en la demanda, daño que, por ello mismo, solo puede ser considerado como indirecto o reflejo.

CUARTO .- Así las cosas, carecen por completo de utilidad cuantos alegatos se han utilizado en el recurso para poner de relieve que los demandados llevaron a cabo los actos de despatrimonialización que se les atribuye porque, aun asumiendo que ello fuera efectivamente así, la acción individual de responsabilidad nunca podría prosperar (sin perjuicio del éxito que pudiera eventualmente alcanzar una acción social de responsabilidad).

Por similares motivos, resultan también inoperantes todos aquellos argumentos por los que el apelante ha tratado de llevar al ánimo de este tribunal la idea de que él nunca contribuyó con su conducta a la despatrimonialización de la sociedad, toda vez que el razonamiento por el que la sentencia apelada le atribuye algún grado de corresponsabilidad en ese adverso resultado constituye un argumento expuesto "ex abundantia" cuyo eventual desacierto nunca podría privar de fundamento al motivo ("ratio decidendi") por el que desestima la demanda, a saber, el carácter no directo del daño que se atribuye a la conducta de los demandados.

No ha de prosperar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO .- 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 .

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 Bruno contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 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 .



Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ