



Roj: **SAP M 9058/2017 - ECLI: ES:APM:2017:9058**

Id Cendoj: **28079370282017100286**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **23/06/2017**

Nº de Recurso: **496/2015**

Nº de Resolución: **324/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

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

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0196863

Recurso de Apelación 496/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 25/2013

APELANTE: D. Erasmo

PROCURADORA Dña. DOLORES TEJERO GARCÍA-TEJERO

APELADO: Dña. Angelica y otros

PROCURADOR D. MIGUEL ÁNGEL HEREDERO SUERO

SENTENCIA nº 324/2017

En Madrid, a 23 de junio de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. José Ignacio Zarzuelo Descalzo, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 496/2015, los autos del proceso nº 25/2013, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, relativos a acciones en materia de sociedades.

Han sido partes en el recurso, como apelante, D. Erasmo , representada por la procuradora D^a M^a Dolores Tejero García-Tejero y defendida por el letrado D. José Luis Laso D#Lom; y como apelados, D^a. Angelica , D^a. Macarena , D^a. Emilia , D. Patricio y D^a. Reyes , representados por el procurador D. Miguel Ángel Heredero Suero y defendidos por el letrado D. Eduardo Bardin Mille.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 11 de enero de 2013 por la representación de D^a. Angelica , D^a. Macarena , D^a. Emilia , D. Patricio y D^a. Reyes contra D. Erasmo y D. Alejo , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, se suplicaba:



"Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que lo acompañan, se sirva admitirlo, en nombre de quién comparece y ordene se entiendan con el Procurador que esto suscribe las sucesivas actuaciones; teniendo por formulada la presente demanda contra DON Alejo Y DON Erasmo , dando traslado a los mismos del presente escrito, acordando continuar con los trámites del juicio ordinario y disposiciones contenidas en la LEC y, en su día, dicte sentencia por la que estimando íntegramente las pretensiones de mi representada, declare la responsabilidad de los demandados, condenándoles solidariamente al pago a mis mandantes de la cantidad reclamada, que asciende a un total de SEISCIENTOS MIL CIENTO SETENTA Y CINCO EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (600.175,30.-€), más el interés legal de la mencionada suma desde la interposición de la demanda. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil número 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 2 de marzo de 2015 , cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que estimando la demanda interpuesta por doña Angelica , en su propio nombre y en el de su hija menor de edad doña Macarena , doña Emilia , don Patricio y doña Reyes , siendo demandados don Alejo y don Erasmo , debo condenar y condeno a éstos últimos, conjunta y solidariamente, al pago a los actores de la cantidad de 600.175,30 euros, más los intereses legales, todo ello con imposición de costas a la parte demandada."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Erasmo se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Recibidos los autos en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 15 de septiembre de 2015, tras ser turnados a la sección 28ª, se procedió a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión para la deliberación sobre este recurso se celebró, respetando el turno preestablecido, con fecha 22 de junio de 2017.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la sentencia dictada en la primera instancia se estimó la acción individual de responsabilidad ejercitada por los demandantes contra quienes fueron los sucesivos administradores de la entidad WESTMINJTER DEVELOPS SL, D. Erasmo (desde octubre de 2002 a enero de 2009) y D. Alejo (desde marzo de 2009).

El motivo de la exigencia de responsabilidad por parte de los demandantes estribaba en que los mismos entregaron diversas cantidades para la adquisición de unas viviendas (inicialmente previstas en la CALLE000 nº NUM000 y luego cambiadas , a instancia de la promotora, por otras en la CALLE001 nº NUM001 , ambas sitas en Madrid), según lo previsto en los contratos que sucesivamente firmaron en 2007 y 2008, pero WESTMINJTER DEVELOPS SL no sólo no desarrolló la promoción para la construcción de las mismas, sino que ni tan siquiera llegó a ser la propietaria de la finca donde deberían haberse edificado. La operación se hizo, además, sin que por parte de los responsables de la promotora se constituyeran las garantías que exigía la normativa sobre construcción y venta de viviendas, por lo que luego no se ha podido restituir a los compradores los importes que anticiparon a cuenta del precio de compra.

El juez ha fallado condenando a ambos codemandados, D. Erasmo y D. Alejo , a responder ante los compradores a los que no se ha podido restituir las cantidades que pagaron (que suman un total de 600.175,30 euros), al considerar que con su comportamiento antijurídico les ocasionaron un daño a éstos.

Uno de los codemandados, D. Erasmo , apela la condena que le ha sido impuesta, alegando frente a ella como único motivo de recurso que como dejó el cargo de administrador único de WESTMINJTER DEVELOPS SL en enero de 2009, a él no debería hacerse responsable de la cifra reclamada de contrario, porque el incumplimiento, con la falta de entrega de las viviendas, dataría del año 2010 y él ya no era responsable de la gestión social, pues estaba a cargo entonces el otro codemandado. Considera que a él nada puede reprochársele durante su mandato, pues no sería verdad que la sociedad WESTMINJTER DEVELOPS SL no fuera propietaria de la finca donde se iba a efectuar la promoción, pues se suscribió con ese fin un contrato privado de compraventa, luego novado, con D. José y su elevación a público estaba previsto para diciembre de 2009, cuando ya había dejado de ser administrador.

Hemos de señalar que no aprecia este tribunal motivo para obstar a la tramitación de la apelación, por razón del cumplimiento del requisito procesal de la constitución del depósito preciso para poder recurrir, pues



consideramos satisfecha la exigencia de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Hay que tener presente que el número 7 de esta norma (en relación con lo previsto en el artículo 231 de la LEC) permite subsanar cualquier defecto, omisión o error en la constitución del depósito en el plazo que debe serle concedido al efecto al recurrente. Cabría incluso que se efectuase el propio depósito en el plazo otorgado para subsanación (sentencias de la Sala 1ª del TS 512/2011, de 27 de junio, y 782/2012, de 18 de diciembre, además de la sentencia del TC 190/2012, de 29 de octubre), si ello no se hubiese hecho antes. Pues bien, la parte aquí recurrente aprovechó para ese fin el trámite subsanatorio que se le brindó, lo que desbloqueó la tramitación del recurso.

SEGUNDO.- Este tribunal ha podido constatar, a la vista de la documentación aportada al proceso, que la entidad WESTMINJTER DEVELOPS SL no tenía la propiedad del terreno sito en la CALLE001 de Madrid para efectuar la promoción, ni en 2007, ni en 2008, ni tampoco consta que la obtuviese con posterioridad. Sólo disponía de documentos privados de compra que, a falta de tradición del bien inmueble objeto del acuerdo, conllevaban mera eficacia obligacional y, por lo tanto, le concedían una acción para exigir la entrega y con ello consumir, en un futuro, la adquisición de la propiedad. Para que se produzca la transmisión de la propiedad mediante contrato en el Derecho español se exige, como regla general, que se produzca la tradición de la cosa (artículo 609 del C. Civil). Entre tanto no le fuera entregado el inmueble (lo que exigía el previo pago del importe fijado para ello, lo que parece ser que tampoco ocurrió) no puede sostenerse, como pretende el recurrente, que WESTMINJTER DEVELOPS SL tuviera la titularidad real que pretende atribuírsele en el escrito de apelación. En consecuencia, sí puede afirmarse, como lo hace la resolución apelada, que cuando se firmaron los contratos de compraventa con la parte demandante WESTMINJTER DEVELOPS SL no era la dueña del terreno donde estaba ofertando la venta de inmuebles a los demandantes.

TERCERO.- Es cierto que al tiempo de producirse el incumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas el apelante ya no estaba al frente de la administración social. Ahora bien, no puede éste permitirse tratar de centrar el debate exclusivamente en ese momento, si a tenor de la causa de pedir que sustenta la promoción de este litigio la génesis del daño ocasionado a los demandantes puede estar en un hecho anterior a ello. El recurrente no ha aducido ninguna razón de descargo frente al motivo de responsabilidad que estaba explicitado en la demanda, como se recuerda en el escrito de oposición a la apelación, que consistía en no haber constituido la cuenta especial que estaba prevista en el contrato para que fueran a parar a ella todos los pagos anticipados que fueran realizando los compradores. Se trataba de una previsión contractual que debía operar, según se deriva de lo contratado, para dar satisfacción, a su vez, a la obligación impuesta por la Ley 57/1968, de 27 de julio y por la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (posteriormente modificada por Ley 20/2015, si bien esto último sería de efectos posteriores a la normativa aplicable para resolver este litigio) de establecer las garantías que deberían haber permitido a los adquirentes de viviendas, con los que se contrató en nombre de WESTMINJTER DEVELOPS SL, el que pudieran recuperar las cantidades que satisficieron a cuenta del precio de compra de la mismas.

La jurisprudencia, expresada en las sentencias de la Sala 1ª del TS nº 242/2014, de 23 de mayo y nº 131/2016, de 3 de marzo, ha señalado que los administradores tienen la obligación de cumplir y respetar las normas legales que afectan a la actividad social o sectorial. El cumplimiento de este deber objetivo de cuidado, que consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un ordenado empresario y cumplir los deberes impuestos por las leyes (artículo 225.1 TRLSC - antiguo artículo 127 del TRLSA) en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. De manera que, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que pueda incumbir a la sociedad promotora para con sus clientes, también cabe el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales (artículo 241 del TRLCS- que tiene correspondencia con los antiguos artículos 135 del TRLSA y 69 de la LSRL, que serían los aplicables conforme a principio "tempus regit actum") cuando en el desempeño de sus funciones incumplen normas específicas que se imponen a su actividad social y que tienden a proteger al más débil, en este caso, al comprador de una vivienda que anticipa su precio antes de serle entregada, que es el que sufre directamente el daño como consecuencia del incumplimiento de esas obligaciones. El quebrantamiento de una norma legal sectorial, de ius cogens, implica la infracción por parte del administrador social de un deber legal de carácter imperativo.

La contratación del seguro o del aval que cautele la restitución de lo percibido y la utilización de una cuenta especial que garantice el empleo exclusivo de las cantidades percibidas en la construcción (impuestas por la Ley 57/1968, de 27 de julio y por la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación) son prevenciones que tienden a asegurar que pueda producirse la devolución de las sumas dinerarias que se entregasen por los compradores de viviendas en proyecto para el caso de que la construcción de las mismas no se llevase a efecto (como aquí ha sido, precisamente, el caso) o no concluyese. Es irrelevante que la actividad de la promotora se tratase de un simple fraude o que se frustrase por devenir insolvente, pues lo trascendente para poder exigir responsabilidad es que el promotor, como profesional de la actividad que desarrolla en el mercado, tendría que haber cumplido, desde que inició su actividad con la pretensión de



obtener anticipos de sus compradores, con la obligación de establecer la garantías legales que permitieran que el adquirente de vivienda pudiera recuperar lo que pagase a cuenta del precio de compra.

El apelante no puede eludir su responsabilidad, pues al tiempo en el que todavía desempeñaba el cargo de administrador social de WESTMINJTER DEVELOPS SL es cuando se contrató con la parte demandante en nombre de esta entidad y aquél, como administrador único de la misma, se desentendió, sin embargo, de concertar seguro o aval y de constituir la cuenta especial donde deberían ir a parar los anticipos que fueran pagando los adquirentes. A ello debe añadirse que bajo su mandato se produjo también el desembolso por parte de los compradores de la casi totalidad de las cantidades que anticiparon a cuenta del precio final, sin que estuviera garantizada la posibilidad de su devolución por parte de la promotora en los términos previstos en la ley.

Las previsiones de los contratos privados que fueron suscritos con los demandantes preveían como garantía la entrega de unos pagarés por parte de la promotora, pero ello no puede considerarse excluyente, e incluso así se desprende del propio tenor de las cláusulas de aquellos, de la obligación de dar cumplimiento a las garantías previstas en las Leyes 57/1968 y 38/1999 (cuya finalidad es proteger al que pone en juego su dinero para la compra de una vivienda en fase de planificación o de construcción, tal como señalan las sentencias de la Sala 1ª del TS de 8 de marzo de 2011 , 13 de enero de 2015 , 30 de abril de 2015 , 9 de marzo de 2016 y 1 de junio de 2016). Ante el carácter imperativo de lo previsto a este respecto en dichas normas no podía inhibirse el demandado de velar por su cumplimiento y esa omisión por su parte justifica que se le pueda exigir responsabilidad en su condición de administrador de la entidad promotora WESTMINJTER DEVELOPS SL por el daño que, con el incumplimiento de la ley, se ha ocasionado a un tercero.

CUARTO.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia, tal como se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC que debe hacerse en los casos de decisión desestimatoria del recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Erasmo contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en el seno del proceso nº 25/2013.

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia.

Las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal contra la presente sentencia, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.