



Roj: **SAP A 2387/2017 - ECLI: ES:APA:2017:2387**

Id Cendoj: **03014370082017100356**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **07/09/2017**

Nº de Recurso: **224/2017**

Nº de Resolución: **358/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCIÓN OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA Nº 224 (M-86) 17

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 210/16

JUZGADO Mercantil nº 2 Alicante

SENTENCIA NÚM. 358/17

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a siete de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre responsabilidad individual y por deudas de administrador social, seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante con el número 210/16, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandada, D. Fidel , representado en este Tribunal por el Procurador D^a. Ana Calvo Muñoz y dirigida por el Letrado D. José Luis Martínez Domínguez; y como parte apelada la demandante integrada por D^a. Brigida y D^a. Coro , representadas en este Tribunal por el Procurador D. Ricardo Molina Sánchez-Herruzo y dirigidas por el Letrado D. Javier Beltrán Doménech, que ha presentado escrito de oposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 210/2016 del Juzgado de lo Mercantil num dos de Alicante, se dictó Sentencia de fecha 6 de marzo de 2017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dña Brigida y D^a. Coro , frente a D. Fidel , debo condenar y condeno al demandado a abonar a la actora la cantidad de catorce mil quientos ochenta y seis euros con cuarenta céntimos (14.586,40 euros), junto con los intereses legales a que se refiere la sentencia dictada en el Juicio verbal 2326/11. Y todo ello sin expresa condena en costas "*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a las demás partes, presentándose escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal en fecha 15 de mayo de 2017 donde fue formado



el Rollo número 224/M-86/17, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 5 de septiembre de 2017.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil Zoñumar S.L., cuya administradora única era D^a. Fidel , suscribió el día 1 de noviembre de 2003 contrato de arrendamiento de determinados locales de negocio, interviniendo el demandado, Sr. Fidel , como apoderado de la sociedad arrendataria, y D. Segundo , padre y esposo de las actoras, como arrendador. A partir de mayo de 2009 la entidad arrendataria dejó de abonar las rentas, acumulando una deuda por dicho concepto hasta febrero de 2011 por importe de 14.586,40 euros. Deducida ante tal incumplimiento demanda de Juicio Verbal en reclamación de dicho importe, seguido ante el Juzgado de Primera instancia número siete de los de Alicante -autos 2326/11-, la mercantil arrendataria fue condenada en la instancia por Sentencia de fecha 16 de marzo de 2012 , luego confirmada en segunda instancia - SAP Alicante, Secc 5^a, de 14 de febrero de 2013 -.

Al no resultar posible el cumplimiento de la Sentencia -en relación a la cual se inició una frustrada ejecución provisional-, las hoy titulares del crédito -por herencia- , han formulado demanda por responsabilidad de administradores, por daños y por deudas, tanto frente a la administradora de Zoñumar S.L., como frente al apoderado que suscribió el contrato de arrendamiento en nombre de la citada sociedad, exigiéndoles el pago del importe del crédito más los intereses y gastos judiciales del proceso declarativo y ello con causa en el cese de actividades con incumplimiento de obligaciones legales, estatutarias y de ordenado empresario al no promover procedimiento legal alguno para una ordenada disolución de la sociedad, incluida la promoción de un concurso de acreedores.

La Sentencia de instancia ha estimado parcialmente la acción de responsabilidad individual por daños deducidas en su demanda por D^a. Brigida y D^a. Coro contra a quien consideran administrador de hecho de la sociedad deudora.

A tal efecto ha considerado en primer lugar que la acción deducida por las demandantes no está prescrita, desestimando la excepción opuesta por el demandado, al considerar que la información sobre el cese de actividades y momento para el ejercicio posible de la acción, configurada a través del dato relativo a la baja en el censo de empresarios y profesionales que se aporta por el demandado, solo fue conocido por las demandantes cuando se aportó la información en el proceso de ejecución provisional de la Sentencia de condena a la sociedad el día 24 de octubre de 2012 y no con anterioridad, en modo tal que solo a partir de dicho momento computaría en su caso el plazo prescriptivo; en segundo lugar llega la Sentencia a la conclusión que el demandado, que era apoderado de la sociedad Zoñumar S.L. de la que era administradora de derecho su madre, D^a Fidel , demandada pero ya fallecida, actuó como auténtico administrador de hecho de la sociedad a la vista de la documentada actuación del mismo en relación al negocio desarrollado por la mercantil y su posición en la misma; y, en tercer lugar, llega la Sentencia a la conclusión que procede estimar la acción de responsabilidad individual por daños porque siendo conocedor del estado de la sociedad, dejó de presentar cuentas anuales, no promoviendo la disolución de la sociedad o su concurso, infringiendo con ello la ley, los estatutos y el patrón de diligencia del ordenado empresario, causa del daño a las actoras -impago del crédito- como acreedoras de la sociedad deudora que carece de capacidad patrimonial para cumplir con su obligación.

En desacuerdo con tales conclusiones ha formulado recurso de apelación el demandado a través del cual cuestiona las decisiones de la instancia relativas a la prescripción de la acción, a la atribución del carácter de administrador de hecho al demandado y respecto de la estimación de la acción de responsabilidad individual por daños.

Analizaremos consecuentemente los motivos que se formulan en el recurso promoviendo la revocación de la Sentencia de instancia y la desestimación de la demanda frente al apelante.

SEGUNDO.- Plantea en primer lugar en su escrito de apelación la parte recurrente lo relativo a la desestimación de la prescripción de la acción de responsabilidad individual.

Afirma el apelante que la Sentencia de instancia infringe el art. 241 bis LSC conforme al cual, la acción prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.

Dice el recurrente que conforme a este precepto, el *dies a quo* es aquél en el que la demandante hubiera tenido conocimiento de que la administración social hubiera causado daño a los acreedores, frustrando sus



expectativas de cobro de lo adeudado, lo que en el caso -afirma- ocurrió en el periodo comprendido entre el mes de mayo de 2009 al mes de febrero de 2011, estando por tanto prescrita la acción cuando se presenta la demanda del presente proceso judicial pues el día en que se pudo ejercitar la acción fue el día 16 de marzo de 2012 en tanto la propia parte actora ha reconocido en su demanda que cuando en fecha 17 de julio de 2010 se suscribió reconocimiento de deuda por el demandado en nombre de la sociedad era "*palmaria ya entonces la imposibilidad de incumplimiento*".

Que en todo caso, desde el mismo día en que se celebró el acto del juicio verbal de reclamación de cantidad frente a la sociedad, se conoció por la contraparte la situación de insolvencia de Zoñumar y el cese total de sus actividades. En efecto, en el acto del juicio se aportó la declaración censal que con fecha 16 de enero de 2012 se había presentado en la Agencia Tributaria y por el que se significaba que Zoñumar dejaba de ejercer todas sus actividades, sin disolución, con efecto desde día 31 de diciembre de 2011.

Respecto de este documento la Sentencia, recuerda el apelante, afirma que se conoció por la parte actora el día 24 de octubre de 2012 y no, a lo más, el día 16 de marzo de 2012. Pero yerra la Sentencia en tal apreciación pues, dice el apelante, hay prueba fehaciente de que el documento fue conocido por la actora al tiempo de la celebración del juicio que tuvo lugar no más tarde del 16 de marzo de 2012, bastando para tener acreditado tal conocimiento con remitirse a la demanda donde se dice que "*en el acto de la vista los ahora demandados aportaron los 15 documentos (el 14 no se entregó) que se aportan como documento nº 2 de esta demanda*", documentos entre los que se encuentra la declaración censal que fue presentada ante la Agencia Tributaria el día 16 de enero de 2012 y donde, en efecto, se comunicaba la inactividad de la sociedad con efectos de 31 de diciembre de 2011. Es por ello que en la página 6 de la demanda se afirmaba que "*queda meridianamente claro, por más documental que aportó en su día la propia Zoñumar S.L....que su situación era de total insolvencia ya al momento incluso de la firma del reconocimiento de deuda, habiéndose agravado al momento de la celebración de la reclamación judicial instada por mis mandantes*", de donde resulta irrefutable que se conocía del cese de la actividad de Zoñumar, sin disolución formal, desde la vista del juicio y no después.

Consecuentemente, cuando el día 24 de octubre de 2012 se presenta en la ejecución de la Sentencia escrito por la representación de la mercantil Zoñumar S.L. manifestando que había cesado en su actividad el día 16 de enero de 2016 y que no tenía patrimonio, lo que se hace no es sino volver a aportar el mismo documento aportado con anterioridad.

No es por tanto cierto que fuera en ese momento, y no antes, cuando se conocieran estas circunstancias por la parte actora, recordando que además en el juicio se presentaron balances, cuenta de pérdidas y ganancias y otros que demostraban que en el ejercicio 2009 la sociedad solo había obtenido un beneficio neto de 1.500 euros y a cierre del 2010 pérdidas de casi 30.000 euros que dejaban reducido su patrimonio neto a menos de la mitad de su capital social.

Por tanto, y conociendo estas circunstancias la parte actora desde marzo de 2012, concluye el apelante que queda acreditado que se ha dejado transcurrir más de cuatro años sin accionar, presentándose la demanda el día 22 de marzo de 2016.

La acción, finaliza su motivo, está prescrita.

Posición del Tribunal.

Ninguno de los hechos base en que sustenta su recurso -en su día, su contestación- el demandado, es cuestionado fundadamente por la parte demandante al contestar, oponiéndose, en el recurso de apelación. Y por lo que aquí resulta relevante, no se contradice que en efecto se conociera desde la firma del reconocimiento de deuda en el año 2010 la situación económica de la sociedad, impeditiva del cumplimiento de sus obligaciones ni que se tomara -o hubiera podido tomarse- conocimiento del cese formal de las actividades de la sociedad con efectos de 16 de enero de 2012.

Es por ello y a la vista de la documental aportada que debemos tener por probado lo siguiente:

Primero, que el documento relativo a la declaración censal fue efectivamente aportado en el acto de la vista del juicio celebrado ante el Juzgado de Primera instancia número siete de los de Alicante -autos 2326/11-, procedimiento que dio lugar a la sentencia estimatoria de fecha 16 de marzo de 2012.

Segundo, que conforme a dicho documento, la sociedad deudora había cesado en sus actividades en enero de 2012.

Tercero, que con anterioridad a dicha fecha, y desde el año 2010, la sociedad estaba en situación de disolución por pérdidas en el patrimonio neto, siendo esta razón económica la causa del cese de la actividad societaria.



Pues bien estos hechos, conocidos al menos desde el día 16 de marzo de 2012, ponen de relieve dos aspectos esenciales para resolver el recurso formulado, a saber. En primer lugar que la acción de responsabilidad deducida contra la administradora de derecho y frente a su apoderado pudo ejercitarse, por lo menos, desde la fecha de la Sentencia referenciada y por tanto, desde el día 16 de marzo de 2012.

Así resulta de la incorporación al art. 241 bis LSC, con la reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de la norma contenida en el art. 1969 CC -criterio de la *actio nata*- que viene a determinar el *dies a quo* en aquél momento en que puede ejercitarse la acción, es decir, se inicia el cómputo de la prescripción el día en que *hubiera podido ejercitarse* que es, conforme a la doctrina asentada por la jurisprudencia al interpretar dicho precepto, aquél en que;

1) concurren los presupuestos de la acción ejercitada, es decir, un comportamiento activo o pasivo de los administradores, que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal, que la conducta del administrador sea *antijurídica* por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal, que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un *daño*, que el daño que se infiere sea *directo al tercero que contrata*, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad, y la relación de *causalidad* entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero (sentencias 131/2016, de 3 de marzo; 396/2013, de 20 de junio; 395/2012, de 18 de junio; 312/2010, de 1 de junio; y 667/2009, de 23 de octubre, entre otras), elementos que desde la descripción hecha por la propia demandante, concurrían claramente al tiempo de dictarse Sentencia contra la sociedad deudora que, ya con anterioridad había reconocido la deuda.

2) se tiene conocimiento de los hechos que fundan la acción y determinan el nacimiento del derecho a ser indemnizado, incluido el conocimiento del daño y la relación causal entre la conducta de los administradores y ese daño, lo que en el caso resulta indubitado a la vista de lo expuesto sobre el conocimiento del estado económico de la sociedad desde al menos el año 2010, el crédito impagado y su reconocimiento ya en el año 2010 y el cese no formal de las actividades de la sociedad en enero de 2012.

3) y no hay obstáculos que impidan el ejercicio de la acción, lo que en el caso, nuevamente, debemos afirmar, se produce desde al menos la fecha de la Sentencia de instancia respecto de la que se promueve una ejecución provisional a pesar de la evidenciada situación económica puesta de relieve en el acto del juicio oral que ponía de relieve que no obstante ello, no se había procedido a la disolución formal, no actuando conforme a derecho los administradores.

Consecuentemente con lo expuesto no cabe sino conferir razón jurídica al demandado cuando plantea la prescripción de la acción pues las partes demandante, a pesar de la concurrencia de las circunstancias expuestas, conocidas desde al menos el día 16 de marzo de 2012, no formulan demanda hasta el día 22 de marzo de 2016, dejando transcurrir con exceso el plazo de los cuatro años fijado en el art. 241 bis LSC como plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores, incluida la relativa a la responsabilidad por deudas como resulta del tratamiento unitario dado a ambas en este aspecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el art. 949 CCo.

Pero no solo hemos de afirmar que la acción de responsabilidad por daños y la de responsabilidad por deudas están prescritas, argumento suficiente para estimar el recurso de revocar la Sentencia en contra de las pretensiones deducidas por las demandantes, sino que además -y a este segundo aspecto esencial hacíamos antes referencia para abundar nuestra respuesta al litigio que nos ocupa- y aún en la hipótesis de que no hubieran estado prescritas las acciones habríamos desestimado en todo caso la acción individual ya que no consta, como requiere la doctrina jurisprudencial - STS 1650/2016, de 18 de abril -, que cuando la sociedad devino en causa de disolución por pérdidas, cesando de facto en su actividad sin haber sido formalmente disuelta, que, en el caso de haberlo sido, sí hubiera sido posible que las demandantes hubieran podido hacerse cobro de su crédito. Es más, si algo se dice al respecto es, precisamente lo contrario, es decir, que no había posibilidad alguna de cobro.

En estos casos, sin tal argumento, no es posible apreciar relación causal entre la conducta ilícita del administrador y el resultado lesivo para el acreedor pues cuando a pesar de no haber disolución formal tampoco hay posibilidad de cobro por el acreedor, difícilmente puede vincularse el daño -en este caso, impago de crédito- a la falta de disolución.

Como dice la STS *ut supra* "debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social" añadiendo que cuando se reclama frente a un administrador "la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe hacerse un esfuerzo argumentativo, del que carece la demanda, por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos".



El recurso queda por lo expuesto estimado y desestimada la demanda principiadora del presente proceso.

TERCERO.- En cuanto a las costas de esta alzada, habiéndose estimado el recurso de apelación, no cabe hacer expresa imposición de las costas a la parte apelante conforme lo prevenido en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Procede sin embargo modificar el criterio de las costas de la instancia ya que dado que la estimación del recurso de apelación supone la íntegra desestimación de la demanda no cabe sino la expresa imposición de las costas a la parte demandante conforme al artículo 394-1 LEC .

CUARTO.- Habiéndose estimado el recurso de apelación, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ -.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación entablado por la parte demandada, D. Fidel , representado en este Tribunal por el Procurador D^a. Ana Calvo Muñoz contra la Sentencia de fecha 6 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm dos de los de Alicante , debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, debemos desestimar y desestimamos la demanda deducida contra el citado apelante, condenando al abono de las costas de la instancia a la parte demandante; y sin expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Se acuerda la devolución al apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose el Tribunal de Marcas de la Unión Europea celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-