



Roj: **SAP B 11696/2017** - ECLI: **ES:APB:2017:11696**

Id Cendoj: **08019370152017100445**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/11/2017**

Nº de Recurso: **409/2016**

Nº de Resolución: **467/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN DECIMOQUINTA**

ROLLO NÚM. 409/2016-1ª

JUICIO ORDINARIO NÚM.368/2015

JUZGADO MERCANTIL NÚM. 9 BARCELONA

**SENTENCIA núm. 467/2017**

#### **Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MANUEL DÍAZ MUYOR

ELENA BOET SERRA

Barcelona, a catorce de noviembre de dos mil diecisiete.

#### **Parte apelante:** Eulalio

- Letrado/a: Diego Herrera Gimenez

- Procurador: Susana Manzanares Corominas

#### **Parte apelada:** Isidoro y Miguel

- Letrado/a: Lluís Galván tapia

- Procurador: Raquel Palou Bernabé

**Objeto del proceso:** Responsabilidad de los administradores sociales.

**Resolución recurrida :** sentencia.

**Fecha :** 29 de marzo de 2016.

**Parte demandante:** Isidoro y Miguel

**Parte demandada:** Eulalio / EURONEXE INVEST, S.L.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil Isidoro Y Miguel y por ello condeno solidariamente a la compañía EURONEXE INVEST SL y su administrador el Sr. Eulalio al pago de la cantidad de 26.400 euros (a razón de 13.200 euros a favor del Sr. Miguel y 13.200 euros a favor del Sr. Isidoro ), más



los intereses moratorios legales desde el 27 de enero de 2012, incrementados en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, con condena en costas a la parte demandada.

Que debo declarar y declaro la nulidad de los acuerdos sociales adoptados durante la junta general de socios celebrada el día 28 de abril de 2014 ».

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Eulalio . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 13 de julio de 2017.

Ponente: magistrado MANUEL DÍAZ MUYOR.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### **PRIMERO.- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia .**

El día 14 de octubre de 2010 se constituyó la sociedad EUROENEXE INVEST, S.L., con un capital de 3.000 euros, formada por los Sres. Eulalio , Luis Pedro , Isidoro , Miguel y Alonso , con la finalidad de llevar a cabo la explotación de unos terrenos de cultivo de maíz en Rumania. Se designó administrador único de la sociedad a Eulalio .

Estos mismos socios decidieron constituir otra sociedad, de nacionalidad rumana, denominada SATUCAT, de la que fueron designados administradores solidarios los Sres. Eulalio y Miguel , como sociedad que debería participar del mismo proyecto empresarial.

La ejecución y desarrollo de esta explotación empresarial, prevista al menos durante un periodo de 5 años, requería de una inversión inicial de 190.000 euros, para lo cual ambas sociedades firmaron un convenio de colaboración y financiación por el que EURONEXE se comprometía a transferir inicialmente fondos a SATUCAT por la cantidad de 80.000 euros, con la finalidad de arrendar terrenos de cultivo en Rumania, cantidad que debería ser devuelta a lo largo de la duración de este proyecto.

Dado el mínimo capital con el que se constituyó EURONEXE, esta sociedad tuvo que acudir a entidades bancarias para obtener recursos con los que desarrollar el negocio, de forma que suscribió una póliza de financiación el día 5 de noviembre de 2010 con CAIXA MANRESA por un importe de 60.000 euros y vencimiento el día 4 de noviembre de 2011. En garantía de su devolución, cada socio pignoró un depósito con la cantidad de 13.200 euros. También se obtuvo un préstamo de LA CAIXA por importe de 29.146 euros, operación en la que los socios se constituyeron como avalistas.

Llegado el vencimiento del crédito con CAIXA MANRESA, la sociedad EURONEXE no pudo devolver la cantidad adeudada y el 27 de enero de 2012 se ejecutó la garantía prendaria que se había constituido abonando el Sr. Isidoro y Miguel la cantidad de 26.400 euros a dicha entidad financiera.

La sociedad EURONEXE presentó por última vez sus cuentas anuales, referidas al ejercicio 2010, con un patrimonio neto de 2. 422'64 euros. Durante el ejercicio 2011, y para evitar una situación en la que aflorasen pérdidas, el administrador Sr. Eulalio activó una factura a favor de la sociedad contra el Sr. Humberto (suegro de Luis Pedro ) por un importe de 15.340 euros, que no se correspondía con ninguna contraprestación, de forma que la sociedad pudo cerrar el ejercicio con un patrimonio neto de 1.525'35 euros. En el ejercicio 2012, el mismo administrador procedió a la anulación de la citada factura y la compañía cerró el ejercicio con un patrimonio negativo de -17.825'75 euros, y por tanto incurriendo en causa de disolución por pérdidas.

Siendo conocedor el administrador social de que en el ejercicio 2011 la situación real de la sociedad era de pérdidas, retrasó la obligación de proceder conforme establece la LSC en sus arts. 363 y ss. hasta el día 14 de octubre de 201 4.

Los actores Sres. Isidoro y Miguel ejercitan en este procedimiento una acción contra EURONEXE reclamando 2 6. 400 euros, satisfechos a CAIXA MANRESA, ello al amparo de los arts. 1838 y 1839 CC , por la cantidad que como fiadores abonaron a esta entidad financiera.

También ejercitan una acción de responsabilidad contra el administrador único de la sociedad Sr. Eulalio por infracción de sus deberes como administrador, y en particular por no haber procedido a disolver la sociedad tras el cierre del ejercicio 2011, en que la situación real de la sociedad era de pérdidas que le obligaban a ello. Alternativamente se ejercita una acción individual de responsabilidad por daños (art. 236 y 241 LSC)

**SEGUNDO.- Sentencia recurrida y alegaciones de las partes frente a la misma.**



La sentencia de instancia considera acreditada la existencia de la deuda que los actores reclaman frente a la sociedad EURONEXE, por la prenda constituida en favor de CAIXA MANRESA y su legitimación como acreedores de la citada sociedad. Considera también que el administrador demandado Sr. Eulalio debe responder solidariamente del pago de dicha deuda por no haber procedido, tras el cierre del ejercicio contable de 2011 a disolver la sociedad, dadas las pérdidas que acumulaba la misma.

Rechaza la sentencia que concurra mala fe en el ejercicio de esta acción por los demandantes, pese al conocimiento que de la situación económica de la sociedad pudieran tener los mismos.

Recorre el administrador demandado alegando la inexistencia de causa de disolución y una errónea valoración de las pruebas practicadas, así como la existencia de mala fe de la acción ejercitada por los actores.

### **TERCERO.- Posición del Tribunal.**

Como ya indica la sentencia de instancia, la sociedad EURONEXE no presentaba al cierre del ejercicio 2010 un resultado económico boyante (2.422'64 euros de patrimonio neto frente a un capital social de 3.000 euros) no siendo cuestionado tampoco que estas cifras eran resultado de la activación de una factura a cargo del Sr. Humberto , que no respondía en realidad a ningún derecho en favor de la sociedad, y que dicha activación se dejó sin efecto para las cuentas del año 2011, que ya pasan a reflejar claramente una situación de pérdidas.

El administrador demandado, ahora recurrente, niega tales pérdidas, cuestionando la irregular contabilización, de un lado, de los viajes realizados por los Sres. Isidoro y Eulalio a Rumania, cuyo coste sostiene que debió ser contabilizado por la sociedad de nacionalidad rumana (SATUCAT) ya que el mismo responde únicamente a los intereses de esta sociedad, y genera, indebidamente, un gasto que determina la situación de pérdidas que la sociedad presentaba en el año 2011.

El motivo debe ser rechazado. Las cuentas anuales fueron formuladas por el administrador único de la sociedad, ahora demandado, responsable de dicha tarea según dispone el art. 253 y ss. de la LSC, y no se justifica el cambio de criterio contable que pretende hacer valer amparándose en una circunstancia ya existente cuando procedió a elaborar las cuentas, que solo se explica por su propio interés en eludir la responsabilidad que ahora se le exige, y que debe ser rechazada también, en cualquier caso, ya que tanto el perito Sr. Luis Andrés como el testigo-perito Sr. Agapito afirmaron que con la imputación de dichos gastos a la sociedad EURONEXE se seguían los criterios del PGC y se contabilizaban según su naturaleza, conforme a la correcta práctica contable.

Se alega también que existe una incorrecta contabilización de los intereses que habría devengado el préstamo que se dice haber efectuado por EURONEXE en favor de SATUCAT y que el apelante afirma que deben ser contabilizados como un ingreso de EURONEXE, reduciendo en su importe las pérdidas que presenta el ejercicio. Los peritos Sr. Luis Andrés y Agapito se manifestaron con toda claridad sobre este punto, negando la realidad de un préstamo retribuido y su posible devengo de intereses, procediendo, en aplicación del criterio de prudencia valorativa a contabilizar, en el momento en que sean satisfechos, los intereses correspondientes pero no antes, dado que el documento suscrito entre ambas sociedades, si bien fue denominado "contrato de colaboración y financiación" no recoge expresamente dicho préstamo ni una cláusula que establezca pago de intereses concretos salvo una expectativas genéricas e inconcretas de cierto rendimiento económico al finalizar el periodo de negocio, cuya duración estaba prevista por un periodo de 5 años.

Alega también el administrador demandado que no existía causa de disolución en el momento en que surgió la deuda de la sociedad frente a los demandantes (día 27 de enero de 2012, fecha en que se ejecutó la garantía prendaria) porque el momento real de descapitalización de la sociedad se produjo, según el recurrente, cuando se pudo conocer el importe de la venta de la cosecha de maíz del año anterior y el consiguiente fracaso de las expectativas económicas de EURONEXE. La irrelevancia de este dato es absoluta, el cierre del ejercicio se produjo a 31 de diciembre de 2011, cuyas cuentas arrojaban las pérdidas ya referidas, sin que el cierre pueda diferirse al momento del cobro de la cosecha correspondiente, posibilidad, la de cerrar el ejercicio contable en fechas distintas a las del año natural, prevista en el artículo 26 LSC y a la que no ha recurrido la sociedad EURONEXE.

Sin embargo, la alegación, pese a su deficiente construcción argumentativa, debe ser estimada en la medida en que pone de manifiesto la falta de uno de los requisitos que exige la acción ejercitada, que desde la Ley 19/2005 (que en aquel momento modificó en el mismo sentido el art. 262 LSA y 195 LSRL, ahora unificados en el art. 367.1 LSC) concreta la responsabilidad de los administradores que no proceden a tramitar la disolución societaria respecto de " *las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución* ". En este caso la obligación que asumió la sociedad fue anterior a la causa de disolución, ya que el crédito y la garantía del mismo nacieron el día 5 de noviembre de 2010, anterior por tanto al ejercicio 2012, en que se ejecutó la misma. La obligación ahora reclamada ya había surgido con anterioridad, conclusión que en modo



alguno se ve enturbiada por el hecho de que los demandantes pasaren a ser los acreedores de la sociedad. El pago de los garantes da lugar a una acción subrogatoria en la obligación preexistente desde que se constituyó la garantía, pero no surge una obligación nueva y posterior a la causa de disolución.

Alega también el recurrente mala fe en el ejercicio de la acción ejercitada por los demandantes dado el conocimiento que estos tenían de la sociedad EURONEXE y de la situación económica en que la misma se encontraba, dada su condición de socios, motivo por el cual además suscribieron la garantía por la que ahora reclaman a la sociedad y a su administrador, con conocimiento previo del escaso capital social que se dotó a la misma para acometer el proyecto empresarial en Rumania para el que se precisaba una inversión de al menos 190.000 euros.

El apelante insiste en el carácter instrumental de EURONEXE en relación a la sociedad SATUCAT, con un plan de negocios común perfectamente conocido por los demandantes, y atribuye además el recurrente la condición de administrador de hecho de EURONEXE aunque no hubiese aceptado el cargo por estar inhabilitado para ello.

Sobre esta cuestión es necesario recordar que no existe en la LSC una norma que contemple la exoneración de responsabilidad de los administradores cuando se ven sometidos a una acción por no haber promovido la disolución social cuando existe causa para ello, a diferencia de lo que ocurre con la regulación de las acciones social e individual de responsabilidad, en el art. 237 LSC, donde con peor o mejor fortuna se regulan ciertos supuestos que permiten liberar de responsabilidad a los administradores societarios.

Mayoritariamente parece rechazarse la traslación de tales supuestos a la acción por no promoción de la disolución social, si bien ello no supone que la mera concurrencia de los presupuestos legales lleve anudado en todo caso el éxito de la acción interpuesta contra el administrador. La jurisprudencia, como extensamente recoge la sentencia recurrida, ha venido considerando en algunas ocasiones que la acción ejercitada contra el administrador no diligente no debe ser estimada en función de las circunstancias concurrentes. En muchos de estos casos la doctrina jurisprudencial se remite al conocimiento que el acreedor tiene de la situación económica, considerándose abusivo que pese a ello haya contratado con la sociedad y se pretenda trasladar la deuda de dicha sociedad a sus gestores.

En este sentido, también con remisión a la doctrina del levantamiento del velo, cuyo fundamento último radica en la aplicación del art. 7 CC, se viene sosteniendo la idea de que si el acreedor sabía con quién contrataba, en qué condiciones lo hacía, y, en suma, la entidad del riesgo asumido, no puede suscitar *a posteriori* la desproporción entre el capital social y la obra acometida, es decir, no puede invocar la existencia de una causa de disolución como son las pérdidas cualificadas para exigir su crédito a los administradores sociales.

El supuesto que se recoge en este recurso responde a una situación de infracapitalización nominal, como supuesto de sustitución de aportaciones de capital por préstamos efectuados por los socios, o mediante operaciones equivalentes. La doctrina viene sosteniendo que en estos casos el socio pretende anticipar su posición a la del acreedor societario, para obtener una preferente restitución de las prestaciones que la sociedad deba prestarle como tal y no como socio, que en tal caso deben ser efectuadas en sede de liquidación. El fundamento, como hemos apuntado, se sitúa en la buena fe precontractual y también el art. 1902 CC, o dicho de otra forma, no cabe exigir responsabilidad por la concurrencia de una causa de disolución (pérdidas cualificadas) cuando con la infracapitalización el acreedor (y a su vez socio) ha contribuido a que se produzca esta situación.

Ya el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de abril de 2012 (ROJ: STS 3071/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3071) sostiene que la buena fe " es exigible en el ejercicio de la acción prevista antes en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.45 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y hoy en el 367 de la Ley de Sociedades de Capital ", y en este caso no se aprecia cuando, tal como se ha expuesto, cuando quien exige responsabilidad es partícipe directo de la situación de infracapitalización que aboca a la sociedad, ya prácticamente desde un inicio, a una situación de disolución, por lo que en este caso, y prescindiendo de la consideración de administrador de hecho del demandante Sr. Isidoro, que atinadamente ya rechaza la sentencia de instancia, procede la estimación del recurso y la exoneración de responsabilidad del administrador recurrente.

#### **CUARTO.- Costas procesales.**

Dada la estimación del recurso no se imponen las costas procesales causadas en esta instancia, a tenor de lo dispuesto en el art. 398 LEC.

Dada la desestimación de la acción ejercitada contra el recurrente, deben imponerse a los demandantes las costas causadas por la misma a tenor de lo dispuesto en el art. 394 LEC, manteniendo el pronunciamiento sobre costas en relación a la acción ejercitada contra la sociedad.



## FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación formulado por Eulalio contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2016 del Juzgado Mercantil 9 de Barcelona, que se revoca en parte dejando sin efecto la estimación de la demanda en relación al recurrente Eulalio , con imposición a los actores de las costas de la acción contra el administrador demandado en primera instancia.

No se imponen costas de segunda instancia y se acuerda la devolución del depósito constituido para formular el recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Líbrese certificación de la presente, una vez firme, y remítase al Juzgado de origen a los efectos pertinentes junto con los autos originales.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** La sentencia que antecede ha sido leída y publicada por el magistrado ponente en el mismo día de su fecha y en acto de audiencia pública; doy fe.