



Roj: **SAP M 4453/2018 - ECLI: ES:APM:2018:4453**

Id Cendoj: **28079370282018100122**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/03/2018**

Nº de Recurso: **374/2016**

Nº de Resolución: **188/2018**

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

N.I.G.: 28.079.47.2-2012/0006583

Rollo: RECURSO DE APELACION 374/2016

Proc. Origen: P. Ordinario 434/2012

Órgano Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid

Recurrente: D. Vicente

Procurador: Dña. Esperanza Álvaro Mateo

Abogado: D. Alfonso García Sánchez

Recurrida: FIDECO INVERIONES, S.A.

Procurador: Dña. María Mercedes Revilla Sánchez

Abogado: D. Juan Jiménez Barba

S E N T E N C I A nº188/2018

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

En Madrid, a 19 de marzo de 2018

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ, Don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 374/16 interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de julio de 2015 dictada en el Procedimiento Ordinario número 434/12 seguido ante el Juzgado de lo mercantil número 8 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, el demandado D. Vicente , siendo apelada la parte demandante FIDECO INVERSIONES, S.A., 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 30 de julio de 2012 por la representación de FIDCO INVERSIONES, S.A. contra DON Vicente y DON Jose Manuel , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"..... se dicte sentencia estimando la demanda condenando SOLIDARIAMENTE a DON Vicente y DON Jose Manuel , como administradores y representantes legales de la entidad desaparecida, descapitalizada y no liquidada concurriendo causa legal de disolución REIMPER IMPERMEABILIZACIONES, S.L., por concurrir la responsabilidad objetiva grave de sus obligaciones legales y perdidas, como sanción ante el incumplimiento de una obligación legal y estatutaria de liquidarla, y por concurrir también la negligencia grave y derivada de responsabilidad extracontractual y subjetiva por culpa individual y especial por concurrir causa de disolución legal, a tener que pagar solidariamente la cantidad de 17.718,10.- EUROS, más los interés legales desde la interposición de la demanda, y más las costas del procedimiento en todo caso. "

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de julio de 2015 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"... Que estimando la demanda interpuesta por FIDECO INVERSIONES, S.A. , siendo demandados don Vicente y don Jose Manuel , debo condenar y condeno a éstos últimos, conjunta y solidariamente, al pago a la actora de la cantidad de 17.718,10 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial, con imposición a los mismos de las costas causadas. "

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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 marzo de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil FIDECO INVERSIONES S.A. interpuso demanda contra Don Vicente y Don Jose Manuel en ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de su condición de administradores de la sociedad REIMPER IMPERMEABILIZACIONES S.L. (en adelante, REIMPER) y en reclamación de 17.718,10 €, importe de un pagaré que esta adeudaría a la demandante como consecuencia de haberlo descontado en dicha entidad el día 5 de agosto de 2011 (remesa de efectos descontados obrante el folio 45).

En la demanda se ejercitaron de manera acumulada la acción de responsabilidad por daños del Art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital y la acción de responsabilidad por deudas de su Art. 367 puesta en relación, al menos, con las causas de disolución obligatoria previstas en los apartados a) y e) del Art. 363- 1 a cuyo tenor *"La sociedad de capital deberá disolverse:...*

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año. (...)

e) Por 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..."

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

SEGUNDO .- El apelante comienza reproduciendo el alegato con arreglo al cual él ceso en su cargo de administrador el 22 de diciembre de 2011 en que por Decreto de esa fecha del Juzgado de 1ª Instancia número 62 de Madrid se acordó nombrar como administrador judicial a Don Cecilio . De la lectura del mencionado Decreto (folio 519) se infiere que, de los distintos grados o modalidades de administración judicial que contemplan los Arts. 630 y ss. de la L.E.C ., lo acordado por dicho órgano judicial fue una administración en régimen de sustitución de las previstas por el Art. 632-1 (*"Cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos"*) , pues no en vano se atribuye en dicha



resolución al administrador nombrado las facultades "que corresponden a los administradores sustituidos" y se dispone el requerimiento a estos últimos "...para que cesen en el administración que vienen llevando".

De todo ello se colige que, al menos desde el 18 de enero de 2012 en que toma posesión de su cargo el administrador judicial nombrado, los demandados en el presente litigio dejaron de ostentar la condición de administradores, sin que pueda exigírseles responsabilidad por los comportamientos activos u omisivos que hayan podido desarrollar a partir de ese cese y que no comporten administración de hecho de la entidad, debiendo rechazarse a este respecto, de acuerdo con un criterio jurisprudencial cuya reiteración excusa de cita, el argumento de la actora apelada con arreglo al cual la falta de inscripción registral del administrador judicial haría irrelevante su nombramiento.

De lo que se trata, en consecuencia, es de ponderar si el hoy apelante incurrió o no en conductas activas u omisivas generadoras de la responsabilidad propia de un administrador social con anterioridad al 18 de enero de 2012 en que debemos considerarle apartado de dicho cargo.

TERCERO .- Compartimos con la sentencia apelada la idea de que las circunstancias que por ella son tenidas en cuenta (falta de depósito de cuentas desde 2008, diferentes declaraciones de insolvencia emitidas por órganos de la jurisdicción social, imposibilidad de localizar a la empresa en su domicilio y baja en la Tesorería General de la Seguridad Social por ausencia de trabajadores) integran en su conjunto un escenario favorable a la tesis con arreglo a la cual la sociedad REIMPER incurrió en algún momento en cese de su actividad. Lo que sucede es que la virtualidad de ese escenario no es otra que la de desplazar sobre el administrador demandado la carga de desvirtuar probatoriamente la apariencia que aquel refleja. Y lo cierto es que en el presente caso el demandado Sr. Vicente asumió dicha carga aportando voluminosa documentación comprensiva de facturas emitidas por REIMPER a sus clientes y de facturas recibidas por dicha entidad de su proveedores, documentación acreditativa, en su conjunto, de que dicha mercantil desarrolló la actividad propia de su giro o tráfico, al menos hasta octubre o noviembre de 2011. Y, constatada esta circunstancia, el hecho de que pueda haber cesado en su actividad a partir de esa época carece de relevancia a la hora de fundar el tipo de responsabilidad definido por el Art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que el nacimiento de la deuda tuvo lugar en la fecha en la que REIMPER obtuvo de FIDECO el descuento del efecto cambiario, es decir, el 5 de agosto de 2011, con lo que la presunción de posterioridad de la deuda respecto de la causa de disolución que dicho precepto contempla habría quedado plenamente desvirtuada.

Pese a ello, no podemos olvidar que, aunque no haya sido tratada por la sentencia apelada, en la demanda se invocó también -y se ha reiterado en el escrito de oposición al recurso- la concurrencia de una situación de pérdidas cualificadas como causa de disolución obligatoria. En tal sentido, se adujo en el escrito rector (folio 8) que REIMPER tenía su patrimonio reducido a una cifra muy inferior a la mitad de su capital social desde finales de 2010.

Teniendo en cuenta que los demandados incumplieron la obligación de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil a partir del ejercicio 2008 (las últimas cuentas depositadas son del ejercicio 2007), a la actora le resultaba imposible acreditar la circunstancia contable que aducía en su demanda, circunstancia que infería de signos externos cual lo era el hecho de atravesar REIMPER serias dificultades económicas. Así, se ha puesto de relieve en el proceso que el Juzgado de 1ª Instancia número 68 de Madrid acordó el embargo general de bienes de dicha entidad por auto y por decreto de fecha 11 de enero de 2001, deduciéndose de lo actuado en dicha ejecución (folios 432 y ss.) que la orden de embargo resultó infructuosa.

Pues bien, sabido es que de acuerdo con la denominada teoría de la "facilidad", de la "disponibilidad" o de la "cercanía de la fuente probatoria", que representó un temperamento de origen jurisprudencial al excesivo rigor que en ocasiones implicaba la aplicación a ultranza de la norma distributiva del hoy derogado Art. 1214 del Código Civil, cada parte estaría obligada a demostrar en el proceso aquellos hechos cuya prueba tuviera a su alcance o le resultara próxima o de fácil obtención aun cuando en principio incumbiera a la contraparte la carga de demostrar el hecho opuesto (S.T.S. de 25-6-87, 29-10-87, 18-11-88, 12-12-88, 17-6-89, 18-4-90, 23-10-91, 15-11-91 y 13-12-92, entre otras), criterio que más tarde recibió sanción positiva a través del Art. 217-6 L.E.C. 1/2000. Así, en tanto que entidad ajena a la entraña contable de REIMPER, a FIDECO le resultaba extremadamente difícil acreditar que dicha sociedad incurrió en pérdidas cualificadas con anterioridad al nacimiento de la deuda que reclama, en tanto que para sus administradores resultaba tarea sencilla demostrar el dato opuesto. Téngase en cuenta que, pese a constar que el último depósito contable que realizaron fue el del ejercicio 2007, nunca adujo el ahora apelante que también se viniera incumpliendo en el seno de REIMPER la obligación de formular y de aprobar anualmente las cuentas del ejercicio anterior, como tampoco ha aducido en momento alguno que se incumpliera también por su parte la obligación de formular balances trimestrales de comprobación de conformidad con el Art. 28 del Código de Comercio. Por lo tanto, para desvirtuar el alegato de la actora solamente hubiera hecho falta que el apelante aportase al proceso las cuentas, aun no depositadas, del ejercicio 2010 y 2011 y los balances trimestrales intermedios mediante simple aportación del



Libro de Inventarios y Cuentas anuales en cuyo interior deberían estar reflejados los balances cuya confección periódica -se insiste- nunca ha sido negada. Y, sin embargo, a pesar de esa facilidad, se ha abstenido de hacerlo. Téngase en cuenta a este respecto que, pese a que formalmente la sociedad se encuentra intervenida por un administrador judicial, fue este mismo quien se dirigió al Juzgado de 1ª Instancia número 62 que le habría nombrado para participarle que el hoy apelante se había negado a poner a su disposición la documentación de la empresa que le requirió (folios 531a 5ª3), siendo esa y no otra la razón de que el 25 de mayo de 2012 presentara su renuncia al referido órgano judicial por imposibilidad de cumplir su cometido. Y, aunque no consta que dicha renuncia le haya sido aceptada, todo ello denota que materialmente el ahora apelante nunca se desprendió de la posesión de la documentación de la sociedad, documentación que, cual la aludida, bien pudo aportar al proceso con el fin de desvirtuar los alegatos de la demanda en relación a la fecha en la que REIMPER incurrió en una situación de pérdidas cualificadas.

En tal sentido, en presencia de una hipótesis de falta de depósito de cuentas por parte de la sociedad administrada por los demandados, la S.T.S. de 5 de octubre de 2004 razonó lo siguiente: *"Es de mala fe y al mismo tiempo irracional pretender que el incumplimiento de una obligación (se refería a la obligación de depositar las cuentas en el Registro Mercantil) deriva en beneficio para el incumplidor, en cuanto deja sin prueba a la contraparte de datos objetivos muy importantes. (...) La prueba de que la sociedad no ha sufrido disminución de su patrimonio en términos que obligasen a los [administradores] a proceder conforme al art. 262.5 Ley de Sociedades Anónimas le hubiera correspondido a la parte demandada, por serle más fácil y accesible (hipotéticamente en este caso) que a la actora, supuesto este último (facilidad y accesibilidad de la prueba) que invierte el onus probandi hacia la parte que está en esas condiciones, a fin de evitar la indefensión de la contraria"*.

Por lo tanto, no controvertida ya en el recurso -además de documentalmente soportada- la existencia de la deuda y, fijada en el proceso de acuerdo con el precedente planteamiento, la concurrencia de una situación de pérdidas cualificadas en época anterior al nacimiento de la misma, se ha de desestimar el recurso interpuesto al no constar -ni haberse aducido- que los demandados adoptasen en momento alguno la iniciativa disolutiva exigida por el Art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital en los dos meses siguientes al cierre del ejercicio 2010 o, en el peor de los casos, en los dos meses siguientes al término de la mitad del año 2011.

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 .

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 Vicente 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 .

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.