



Roj: **SAP M 12198/2018 - ECLI: ES:APM:2018:12198**

Id Cendoj: **28079370282018100350**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **09/07/2018**

Nº de Recurso: **823/2016**

Nº de Resolución: **383/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0066054

Recurso de Apelación 823/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 271/2015

APELANTE: EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS S.A.

PROCURADOR: D. IGNACIO BATLLO RIPOLL

ABOGADO: D. JOSE LUIS LEAL BONMATI

APELADO: D. Florentino , D. Fructuoso y D. Gabriel

PROCURADOR: D. JORGE DELEITO GARCIA

ABOGADO: D. JUAN JOSE MENESES TOJA

S E N T E N C I A nº 383/2018

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

En Madrid, a nueve de julio de 2018.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, Don JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA y Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 823/2016 interpuesto contra la Sentencia de fecha 23 de junio de 2016 dictado en el proceso número 271/2015 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS S.A., siendo apelada D. Florentino , D. Fructuoso y D. Gabriel , 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 marzo de 2015 por la representación de EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A., contra D. Florentino , D. Fructuoso y D. Gabriel , 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 por la que condene solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTIUN EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (31.221,47 -€), con expresa imposición de las costas, pues es Justicia que pido."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid dictó sentencia con fecha 23 de junio de 2016 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"DESESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Batlló Ripoll en nombre y representación de Eiffage Infraestructuras SA contra don Florentino , don Gabriel y don Fructuoso y CONDENAR a la parte actora al pago de las costas procesales."

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 5 de julio de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS S.A. interpuso demanda contra Don Florentino , Don Gabriel y Don Fructuoso en ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de su condición de administradores de la mercantil BERMEJO E HIJOS TRANSPORTES Y EXCAVACIONES S.L. y en reclamación de la suma de 31.221,47 €, cantidad a cuyo pago fue condenada dicha entidad por sentencia firme del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Majadahonda en juicio cambiario y en razón al descubierto de distintos pagarés que dicha entidad entregó a la demandante en octubre de 2010.

En la demanda se ejercitaron tanto la acción de responsabilidad por daños del Art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital como la de responsabilidad por deudas del Art. 367 de la misma ley .

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS S.A. a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- **Responsabilidad por deudas (Art. 367 L.S.C.)** .-

La acción de responsabilidad por deudas del Art. 367 fue puesta en relación con la causa de disolución prevista en el Art. 363-1 apartado e) a cuyo tenor "*La sociedad de capital deberá disolverse:...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 razón por la que la sentencia apelada no apreció dicha acción fue la inexistencia de prueba de que la referida causa de disolución concurriera con anterioridad al nacimiento de la deuda reclamada.

Considerando que a partir de la reforma introducida por la Ley 19/2005 (que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005) el régimen de responsabilidad por deudas sociales (Arts. 262.5 del TRLSA , 105.5 de la LSRL y 367 del vigente TRLSC) solo opera respecto de deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, desde el principio surgió la necesidad de precisar qué había de entenderse por deuda posterior y, más concretamente, la de determinar si solamente cabría considerar como tal aquella deuda que nace o se contrae después de la concurrencia de la causa de disolución o si, por el contrario, habrían de entrar también dentro de este concepto aquellas deudas que, aunque contraídas con anterioridad, tienen postpuesta su exigibilidad a un momento ulterior.

En diversas resoluciones precedentes (sentencias de 8 de febrero de 2013 , 31 de enero de 2014 y 7 de febrero de 2014) este tribunal ha venido tomando partido por la primera de dichas interpretaciones (fecha en que nace o se contrae la obligación con independencia de la fecha en que deviene exigible). Así, en la sentencia de 31 de enero de 2014 razonábamos lo siguiente:

"El primer requisito para que surja el deber del administrador de responder por deudas sociales (que al tiempo de los hechos que enjuiciamos estaba prevista en los artículos 262.5 del TRLSA y 105.5 de la LSRL y luego ha pasado al artículo 367 del vigente TRLSC) es la existencia de un derecho de crédito contra la sociedad que sea



posterior al acaecimiento de la causa de disolución (esta última exigencia se explicitó con la reforma introducida por Ley 19/2005, que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005).

Para poder asignar a una deuda susceptible de quedar amparada por este régimen legal de responsabilidad la condición de posterior al acaecimiento de la causa de disolución ha de atenderse al momento de generación de la misma. Tratándose del régimen obligatorio derivado de un negocio jurídico (como es aquí el caso), eso significa referirse al tiempo en el que se contrajo el compromiso de realizar una prestación (artículos 1088, 1089 y 1091 del C. Civil), en este caso la de pagar el precio del material adquirido, pues desde entonces la obligación ya existía y era eficaz. La fecha relevante a estos efectos sería, por lo tanto, la del momento en el que se hubiese contraído la obligación (sin perjuicio de las particularidades propias de cada tipo de negocio o relación jurídica), no la de la forma de pago (plazos, etc) o la de su reclamación judicial.

Este criterio de atender al momento en el que se contrae la deuda es además el más coherente con la finalidad perseguida por los artículos 105 de la LSRL y 260 del TRLSA (ahora artículos 356 y 367 del TR de la LSC), pues se pretende con ello el prevenir que la sociedad siguiese adquiriendo nuevos compromisos que le obligasen, que con toda probabilidad no podría atender, estando ya incurso en causa de disolución, cuando lo que debería haberse hecho es no seguir operando en el tráfico mercantil sino emprender los trámites legales para hacer efectiva su definitiva liquidación (o hacer lo necesario para remover la concurrencia del motivo que hacía exigible la disolución). Es por ello que el incumplimiento de la obligación que le impone la ley de impulsar en tales circunstancias la disolución social conlleva un severo régimen de responsabilidad para el administrador que no vele por ello.

Con todo, es cierto que pueden plantearse problemas singulares, como, por ejemplo, los supuestos de relaciones de tracto continuado (vg, el arrendamiento) donde podría distinguirse, como consecuencia de una misma relación, entre una diversidad de deudas generadas con anterioridad y con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución (según el momento de devengo de rentas que correspondiese a utilizaciones del bien arrendado antes o después). Pero no es éste el caso.

Resultaría, además, perturbador el atender a otro tipo de criterios como tomar como referencia el momento en la que la deuda fue exigida extrajudicial o judicialmente, como aquí nos proponen las recurrentes, cuando es claro que el momento de su generación fue anterior y perfectamente cognoscible, pues ello podría generar inseguridad jurídica para la aplicación del régimen de responsabilidad del administrador, ya que una de sus premisas quedaría en manos de una actuación potestativa del acreedor, lo que no parece razonable".

Así pues, haciendo aplicación de dicho criterio al supuesto que nos ocupa, la deuda que se reclama en el presente litigio ha de entenderse contraída no más tarde del 21 de octubre de 2010, que es cuando la mercantil administrada por los demandados emite, firma y entrega a la actora los distintos pagarés que han resultado incorrientes y en los que se fundamenta la actual reclamación, y ello con independencia de las fechas de vencimiento de dichos efectos mercantiles.

La documental acompañada a la demanda pone de relieve que, con un capital social de 1.778.274,61 €, la entidad BERMEJO E HIJOS TRANSPORTES Y EXCAVACIONES S.L. incurre en una situación de pérdidas cualificadas por primera vez en el ejercicio 2012 al quedar reducido su patrimonio neto a la suma de 761.045,16 €, inferior a la mitad de su capital social. En cambio, en el ejercicio 2011 las pérdidas sufridas no llegan a provocar esa situación al cerrarse el mismo con un patrimonio neto de 1.072.300,01 €, superior a la mitad de su capital. Así las cosas, no concurre razón alguna para suponer que en un ejercicio anterior a ese -2010- dicha mercantil hubiera incurrido en la referida causa de disolución, y menos aún que lo hubiera hecho con anterioridad al 21 de octubre de dicha anualidad que es cuando se contrae la deuda. De hecho, no parece reparar el apelante en que, tal y como resulta preceptivo, las cuentas de 2011 que ella misma aporta incorporan información comparativa de las cuentas de 2010 y que, de acuerdo con tal información, contando con un capital social inferior (60.101,21 €), dicho ejercicio 2010 se cerró con un patrimonio neto de 92.308,76 €, es decir, con una cifra superior no ya a la mitad del capital sino al propio capital social.

Además, a la vista de dicha situación, podemos incluso decir, a mayor abundamiento, que la relación de anterioridad de la causa de disolución respecto de la deuda no podría apreciarse ni siquiera en el caso de que computásemos como fechas de esta las de vencimiento de los distintos pagarés (desde noviembre de 2010 hasta principios de 2011), ya que la primera ocasión en que podemos considerar constatada la situación de pérdidas cualificadas es a 31 de diciembre de 2012.

Para finalizar este apartado, no entendemos el alegato de la apelante cuando nos dice que, por aplicación del Art. 377 del Reglamento del Registro Mercantil, no le hubiera sido posible recabar las cuentas anuales de 2010 pues, constando en autos que dichas cuentas se depositaron el 23 de noviembre de 2011, la obligación de conservación que dicho precepto reglamentario impone no habría expirado, como pronto, hasta el 23 de noviembre de 2017, fecha ésta muy posterior a la de presentación de la demanda (30 de marzo de 2015).



En todo caso, la cuestión resulta por completo irrelevante cuando, como hemos indicado más arriba, son las propias cuentas de 2011 que la apelante aportó las que incorporan información agregada de las distintas partidas del balance cerrado a 31 de diciembre de 2010.

Ha de confirmarse, pues, el punto de vista de la sentencia apelada en relación con esta acción.

TERCERO .- Responsabilidad por daños (Art. 241 L.S.C.) .-

El ejercicio de esta acción se vinculó en la demanda al hecho de que la mercantil BERMEJO E HIJOS TRANSPORTES Y EXCAVACIONES S.L. había incurrido en una hipótesis de cierre de facto.

Aunque los demandados negaron en la instancia precedente la realidad de ese hecho, no han mantenido dicha negativa en su escrito de oposición al recurso de apelación, lo que, por aplicación del Art. 465-5 de la L.E.C., nos permite considerar abandonado ese argumento de oposición. Por lo demás, tal hecho debe considerarse demostrado a partir de la diligencia judicial negativa de 13 de octubre de 2014 (folio 76) en la que el funcionario judicial certifica que dicha entidad se había marchado de su domicilio social sito en la Calle Rufino Lázaro 3 de Las Rozas desde hacía un año aproximadamente, circunstancia que, además, le constaba a dicho funcionario por el resultado infructuoso que habían arrojado anteriores diligencias o intentos de comunicación, sin que, frente a la credibilidad que tal manifestación ofrece, pueda prevalecer el simple hecho de los demandados tengan en su poder distintas misivas dirigidas a la sociedad en dicha dirección postal, hecho este de carácter polivalente que bien pudiera obedecer al mero hábito de recoger ocasional o periódicamente la correspondencia dejada en el establecimiento. Así pues, la circunstancia de que dicha mercantil incurrió en una hipótesis de cierre de facto con anterioridad al 13 de octubre de 2014 constituye un hecho que podemos considerar plenamente fijado en el proceso en virtud de la prueba documental referida.

Ha venido siendo doctrina jurisprudencial reiterada la de que constituye un comportamiento negligente de los administradores el limitarse a eliminar a la sociedad de la vida comercial o industrial sin liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente (sentencias de la Sala 1ª del TS de 4 de noviembre de 1991, 22 de abril de 1994, 6 de noviembre 1997, 4 de febrero de 1999 y 14 de marzo de 2007). Esta Sala ha indicado también con reiteración que la imputación al administrador de responsabilidad por permitir la desaparición por vía de hecho de la entidad que administra está justificada al amparo de la acción prevista en el Art. 135 L.S.A., y ello por entender que el cierre "de facto" constituye una conducta de desarreglo generalizado en el que la sociedad deudora no solo se hace deliberadamente ilocalizable para sus acreedores sino que omite la adopción de las más elementales medidas tendentes a propiciar una liquidación ordenada -en su caso de carácter concursal- de su patrimonio. Y hemos venido considerando que es posible establecer el vínculo causal entre tal conducta y la frustración del derecho de crédito del acreedor por un procedimiento de análisis meramente comparativo: deduciendo que esa frustración no se hubiera producido verosímelmente, o hubiera sido de menor entidad, en el caso de que los administradores de la sociedad hubieran adoptado la conducta alternativa y correcta, a saber, la liquidación ordenada de la sociedad.

Obviamente, tal deducción no podría alcanzarse en el caso de que en el proceso existiera cumplida prueba de que en el momento en que la deuda devino exigible la sociedad deudora carecía de forma absoluta de patrimonio para afrontarla. Sin embargo, las recientes SS.T.S. de 18 de abril de 2016 y 13 de julio de 2016 nos indican que " *la prueba de la inexistencia de bienes y derechos o el destino de lo adquirido con la liquidación de los existentes, corresponde al administrador y no puede imputarse al acreedor demandante, en aplicación de la regla contenida en el apartado 7 del art. 217 LEC. Frente a la dificultad del acreedor demandante de probar lo contrario (que había bienes y que fueron distraídos o liquidados sin que se destinara lo obtenido al pago de las deudas), dificultad agravada por el incumplimiento del administrador de sus deberes legales de llevar a cabo una correcta liquidación, con la información correspondiente sobre las operaciones de liquidación, el administrador tiene facilidad para probar lo ocurrido, pues se refiere a su ámbito de actuación...*". Lo único que exige esa doctrina jurisprudencial para proyectar la carga probatoria sobre el administrador demandado es que el acreedor demandante haya llevado a cabo en su demanda un "mínimo esfuerzo argumentativo" mediante el cual haya introducido por vía simplemente alegatoria aquellos planteamientos mediante los cuales se nos transmita la idea de que la sociedad disponía, antes del cierre "de facto", de recursos cuya desaparición o cuya anárquica liquidación hayan podido determinar causalmente la frustración de su crédito.

Cierto es que en el presente litigio la actora no llevó a cabo ese mínimo esfuerzo argumentativo. Lo que sucede es que fueron los propios demandados quienes le liberaron de dicha carga alegatoria el reconocer en su escrito de contestación a la demanda que la mercantil de la que son administradores posee en la actualidad, y poseía en la época en que se inició la situación de cierre de facto, un patrimonio integrado, cuando menos, por derechos de crédito contra diversas entidades por importe total de 1.2129.128,52 € (folio 189) y cuyo cobro se estaba gestionando. La existencia de tales activos, además de otros como existencias, inversiones y efectivo que se reflejan en el balance de 2014 (folio 197 vto.), nos permite deducir que el cierre de facto, además de



integrar un comportamiento antijurídico, ha contribuido causalmente a la frustración del derecho de crédito de la actora en la medida en que hace opaco e incontrolable para los acreedores el destino que los demandados puedan dar -o haber dado ya- a dichos bienes, diluyendo de ese modo toda expectativa de percibir, siquiera parcialmente y con arreglo a elementales principios de comunidad de pérdidas, las cantidades adeudadas.

Se ha de estimar, pues, el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO .- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C., debiendo imponerse a los demandados, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley.

Al haber sido absolutoria la sentencia apelada, el interés procesal previsto por el Art. 576-2 L.E.C. habrá de computarse solamente desde la fecha de la presente resolución

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocamos dicha resolución y, estimando -como estimamos- la demanda interpuesta por EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS S.A. contra Don Florentino, Don Gabriel y Don Fructuoso, condenamos solidariamente a dichos demandados a que abonen a la actora la suma de TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTIUN EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (31.221,47 €) y el interés de dicha suma previsto en el Art. 576 de la L.E.C. desde la fecha de la presente resolución, imponiéndoles asimismo el pago de las costas causadas en la instancia anterior.

3.- Imponer a la demandada las costas originadas en la instancia precedente y no efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

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.