



Roj: **SAP M 10798/2009** - ECLI: **ES:APM:2009:10798**

Id Cendoj: **28079370282009100209**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **24/09/2009**

Nº de Recurso: **406/2008**

Nº de Resolución: **224/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00224/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 406/2008

Materia: Sociedades. Responsabilidad administrador social.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 408/2005

SENTENCIA NÚM. 224/09

En Madrid, a 24 de septiembre de 2009.

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 406/2008, los autos del procedimiento nº 408/2005, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, el cual fue promovido por D. Alejo contra D. Epifanio siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de responsabilidad contra una administrador social.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D. Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa y el Letrado D. Andrés Carballo Martin por D. Alejo y la Procuradora D.ª Lucía Vázquez-Pimentel Sánchez y la Letrada D.ª Inés Vázquez García por D. Epifanio .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 28 de septiembre de 2005 por la representación de D. Alejo contra D. Epifanio en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba: "que, teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, se sirva tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento y por formulada demanda de juicio ordinario de acción social de responsabilidad contra DON Epifanio , y previos los trámites legales pertinentes, dicte sentencia que verse sobre los siguientes extremos:

- 1.- La responsabilidad de D. Epifanio en los actos denunciados.
- 2.- La obligación de pago de los daños y perjuicios irrogados a la sociedad en la cuantía de 64.434,95 euros.
- 3.- La condena al demandado al pago de las costas de este juicio".



SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 9 de junio de 2008 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa en nombre y representación de D. Alejo contra D. Epifanio debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones ejercitadas en su contra, con condena de costas a la parte actora."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Alejo se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por parte de D. Epifanio , han dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 23 de septiembre de 2009.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante, D. Alejo , pretendía con su demanda que D. Epifanio , como administrador único de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL, respondiese del perjuicio que le había ocasionado, al haber actuado de una manera negligente en el desempeño de su cargo de forma tal que habría impedido al actor cobrar su crédito contra dicha sociedad. La deuda impagada dimana del precio de unas obras, que se encuentra documentado en una serie de pagarés que no fueron atendidos a su respectivo vencimiento en diversas mensualidades de los años 2002 y 2003.

Eran tres las conductas del demandado que según el demandante le permitían exigirle responsabilidad: haber permitido la desaparición de hecho de la sociedad sin liquidarla ordenadamente, haber contraído la deuda a sabiendas de la imposibilidad de pagarla y no haber presentado las cuentas anuales de la sociedad.

La resolución de primera instancia desestimó la demanda porque entendió, respecto a la primera de las imputaciones expuestas, que faltaría el requisito del nexo causal entre el comportamiento del demandado y el daño sufrido por el demandante, pues entendió que no se había demostrado que la entidad deudora careciese de patrimonio suficiente para atender las expectativas de pago de sus acreedores; en cuanto a la segunda de ellas, porque no se habría constatado que el demandado fuese en su momento consciente de la imposibilidad de pagar; y, por último, respecto a la tercera, porque ni tan siquiera se habría incumplido esa obligación de presentación hasta el año 2004, sin que constase que ello hubiese podido interferir en el conocimiento por el demandante de cuál era la situación de la entidad con la que contrató.

El demandante está disconforme con esa decisión y ha acudido a la apelación insistiendo en todos sus argumentos iniciales, remarcando que su intención no ha sido otra que ejercitar contra el demandado la acción individual de responsabilidad que le otorga el artículo 69 de la LSRL .

SEGUNDO.- No es objeto de controversia que la entidad GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL adeuda al demandante la suma reclamada de 64.434,95 euros, derivada del impago de una serie de pagarés que no fueron atendidos a su vencimiento durante los años 2002 y 2003; tampoco lo es que dicha entidad se desprendió en enero de 2005 de todos sus inmuebles, entre ellos el establecimiento hotelero de su propiedad sito en Puerto de la Cruz (Tenerife); ni se discute la condición de administrador único de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL del demandado D. Epifanio .

Debemos señalar, sin que ello merezca mayor detenimiento, que estamos conformes con la resolución recurrida en cuanto a que no hay datos objetivos que permitan deducir que el demandado pudiese contraer la deuda para GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL en los años 2002 y 2003, fecha de libramiento de los pagarés, ni con la vocación de no pagarla ni con conciencia de que le fuera luego a resultar imposible hacerlo. Se trata de una argumentación del demandante que no rebasa la categoría de alegato carente de sustento probatorio.

Igualmente, estamos totalmente de acuerdo con que la simple constatación de la falta de presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil no sería de por sí motivo suficiente para fundar una acción de responsabilidad contra un administrador como la ejercitada en el presente proceso, salvo que ello hubiese privado de información relevante al acreedor al tiempo de contraer con él la deuda y a éste se le hubiese ofertado otra de cualquier índole que no respondiese a la realidad o se hubiese aparentado una solvencia que no se tenía. El solo hecho del incumplimiento de una obligación social no es por sí mismo demostrativo de la



culpa del administrador ni determinante de su responsabilidad ( sentencias del TS 2 de julio de 1998 , 20 de julio de 2001 y 6 de marzo de 2003 , citadas en la de 14 de marzo de 2007 ).

Discrepamos, sin embargo, de la suerte deparada en la primera instancia a la acción individual de responsabilidad emprendida contra D. Epifanio que se sustentaba en haber ocasionado un perjuicio al actor consistente en haberle cercenado cualquier oportunidad de cobrar el crédito que ostentaba contra GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL, puesto que habría permitido que la sociedad deudora, que él administraba, desapareciese del tráfico mercantil, sin haberla disuelto y liquidado en legal forma ni haber acudido a un procedimiento concursal que garantizase un trato igualitario a los derechos de sus acreedores. Vamos a analizar con detenimiento la misma para comprender el porqué del desacierto en su enjuiciamiento.

TERCERO.- La aceptación del cargo de administrador de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL por parte de D. Epifanio supuso la asunción por ésta de una responsabilidad en la llevanza de la sociedad de la que no podía hacer dejación ante terceros. Y ha resultado acreditado en este litigio que el demandado llevó a la sociedad, que ahora carece de activos relevantes y hasta de establecimiento comercial operativo (pues consta en autos la enajenación de la totalidad de los inmuebles de la sociedad), a una situación de desaparición de la sede física de la misma (lo que no ha llegado a ser negado de contrario). Por lo que puede concluirse que la imputación de responsabilidad al administrador de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL está justificada al amparo de la acción prevista en el artículo 69 de la vigente ley 2/1995 de 23 de marzo de sociedades de responsabilidad limitada (en relación con el artículo 135 del TRLSA ), pues no actuó con la diligencia exigible al ordenado administrador ( artículo 127 del TRLSA ) al enfrentarse a una situación de crisis empresarial, sin proceder a una ordenada liquidación de la misma, quebrantando así los principios de confianza y buena fe que han de regir en el tráfico mercantil y causando con ello daño a los acreedores que, como la demandante, han visto cercenadas las posibilidades de ver atendido, siquiera en alguna medida, su crédito contra GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL. La no liquidación del patrimonio social en forma legal cuando la sociedad está en situación de insolvencia ya es de por sí susceptible de crear un daño directo a los acreedores y por tanto de generar responsabilidad del administrador por tolerarlo, incumpliendo así sus deberes legales, resultando posible en tal caso exigírsela al amparo de los artículos 133 y 135 del TRLSA y 69 de LSRL . La jurisprudencia ha señalado 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 (sent. TS 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 ), ya sea mediante la desaparición del domicilio social, el cierre de facto de la empresa o la volatilización del activo. Tal conducta incurre en una vía de hecho, al realizarse al margen de los intereses de los acreedores, que tienen derecho a que sus créditos sean atendidos en la medida de lo posible y en cualquier caso de modo ordenado, lo que sólo se garantiza bien mediante un procedimiento liquidatorio o bien acudiendo al proceso concursal. Basta con demostrar el daño -sufrido por la parte acreedora demandante, inherente al hecho de cercenársele la posibilidad de cobrar su crédito, y el cierre de facto del establecimiento en el que radicaba la empresa deudora, o la volatilización de sus activos por la vía de hecho, ni siquiera cuestionado en este supuesto, para que el nexo causal entre uno y otro se presuma, salvo prueba en contra del administrador demandado ( sentencias de la sección 28ª de la AP de Madrid de 15 de junio de 2006 , 19 de abril de 2.007 , 7 de febrero de 2008 y 18 de marzo , 27 de marzo , 14 y 22 de mayo de 2009 , entre otras) que en este caso no se ha facilitado.

Lo que no puede cuestionar el recurrente es que al desprenderse de los bienes inmuebles de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL, cuando ésta se hallaba en una situación de relevante endeudamiento, que es un comportamiento precisamente a él imputable como administrador de dicha entidad, estaba perjudicando a los acreedores de ésta, como lo es el demandante, pues con la desaparición de facto de su sede física y la volatilización de los activos sociales se les ha dejado sin la posibilidad de cobrar, al menos en alguna proporción, su correspondiente crédito. Por lo que debe tutelarse el derecho del acreedor perjudicado a exigir responsabilidad al administrador, que por cierto no ha explicado que ha hecho con el dinero que percibió con la enajenación de los activos, por haber actuado de ese modo. Debemos recordar que, como enseña la sentencia del TS de 14 de marzo de 2007 , la carga de la prueba de la insolvencia del deudor no se puede hacer recaer sobre el acreedor, pues éste no tiene por qué conocer cuáles son los bienes de aquél y no cabe exigirle una labor de investigación o indagación más allá de lo que puede advertirse fácilmente por los signos externos o consulta de un registro. Por el contrario, el deudor fácilmente puede desvirtuar la afirmación de insolvencia mediante la indicación de bienes de su propiedad susceptibles de realización, por lo que a él incumbe la carga de la prueba en la materia.

CUARTO.- El hecho de que en el contrato de venta de los inmuebles de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL se estipulase una retención de parte de precio por el adquirente, por razón de las cargas que pesaban sobre los mismos y por las obligaciones pendientes con proveedores, no permite exonerar de responsabilidad al demandado, puesto que: 1) ningún efecto produciría ante el demandante una



pretendida novación por cambio de deudor si no ha sido consentida por el acreedor ( artículo 1205 del C Civil ), por lo que GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL nunca habría quedado liberada de su deuda con el Sr. Alejo ni podría escudarse en su derivación a un tercero (sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad contractual entre éste y la mencionada entidad, lo que sólo vincula a ambos); 2º) resulta además cuestionable si el demandante pudiera llegar a beneficiarse de tal estipulación, pues debería merecer la consideración de proveedor de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL, que es a lo que expresamente se refiere la cláusula inserta en el contrato entre la sociedad administrada por el demandado y el tercero adquirente de sus bienes, y sin embargo el crédito de aquél deriva de un contrato de obra y no de una relación de suministro con el hotel; 3º) además, no consta que el administrador demandado tuviese la precaución, para intentar, de algún modo, salvar su responsabilidad, de exigir la constitución de algún tipo de garantía para asegurar el destino de la suma retenida por el tercero a favor de los acreedores de GRUPO DE INVERSIONES Y EXPLOTACIONES ACUARIO SL, lo que no excluye la apreciación de falta de diligencia por su parte en relación con la atención de los créditos sociales, que es lo que aquí se le está imputando; y 4º) en cualquier caso, no se ha acreditado por el demandado, que es quién debería haberlo hecho, la solvencia ni la disposición de ese tercer adquirente para afrontar el pago adeudado por la sociedad vendedora al demandante, siendo lo cierto que pese al tiempo transcurrido a éste no se le ha satisfecho su derecho de crédito.

QUINTO.- La estimación de la demanda conlleva la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, según el principio del vencimiento que contempla el nº 1 del artículo 394 de la LEC

SEXTO.- La estimación del recurso planteado por el demandante supone la no imposición de las costas derivadas de la apelación, tal como se prevé en el nº 2 del artículo 398 de la LEC .

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

## FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Alejo contra la sentencia dictada el 9 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el juicio ordinario nº 408/2005 del que este rollo dimana, por lo que revocamos dicha resolución y en su lugar acordamos:

- 1º) la estimación de la demanda promovida por D. Alejo contra el demandado D. Epifanio ;
- 2º) la condena a D. Epifanio a pagar a D. Alejo la cantidad de 64.434,95 euros;
- 3º) la imposición al mencionado demandado de las costas derivadas de la primera instancia; y
- 4º) la no expresa imposición de las costas correspondientes a la apelación.

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