



Roj: **SAP M 10811/2009 - ECLI: ES:APM:2009:10811**

Id Cendoj: **28079370282009100222**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/10/2009**

Nº de Recurso: **455/2008**

Nº de Resolución: **242/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00242/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 455/2008

Materia: Sociedades. Responsabilidad administrador social.

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

Autos de origen: juicio ordinario nº 423/2005

SENTENCIA NÚM. 242/09

En Madrid, a 16 de octubre 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 455/2008, los autos del procedimiento nº 423/2005, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, el cual fue promovido por RENTA GRUPO GAUDIR SL contra D. Carlos Alberto , D. Carlos y D. Fernando siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de responsabilidad contra administradores sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D.ª Rosalía Rosique Samper y el Letrado D. Feliu Comellas Camps por D. Carlos Alberto y el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y el Letrado D. Juan Ignacio Fernández Aguado por RENTA GRUPO GAUDIR SL.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 5 de octubre de 2005 por la representación de RENTA GRUPO GAUDIR SL contra D. Carlos Alberto , D. Carlos y D. Fernando en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"1.- Se declare que los codemandados, como Administradores de la compañía mercantil BM BIONATURAL, S.A. han incumplido las obligaciones inherentes a su cargo y, consecuentemente, se declare la responsabilidad solidaria de los codemandados respecto de la deuda que BM BIONATURAL, S.A., mantiene con mi mandante.

2.- Consecuentemente, se condene solidariamente a don Carlos Alberto , don Carlos y don Fernando a abonar a mi mandante la cantidad que resulte en ejecución de sentencia de sumar a 480.563,12€ los gastos en los que en concepto de depositaria de los bienes trabados a BIONATURAL incurra mi mandante así como



aquellos otros que se deriven del proceso de ejecución judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid [ejecución 755/2004], restándosele el importe de adjudicación, si la hubiere, de los referidos bienes trabados.

3.- Se condene a los demandados al pago de todas las costas que se causaren en este procedimiento".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 27 de junio de 2008, cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimado íntegramente la demanda formulada por el demandante Renta Grupo Gaudir, S.L.:

1.- Se declare la responsabilidad que los codemandados, como Administradores de la compañía mercantil BM Bionatural, SA han incumplido las obligaciones inherentes a su cargo.

2.- Se declara la responsabilidad solidaria de los codemandados respecto de la deuda que BM Bionatural, S.A. mantiene como RENTA GRUPO GAUDIR, S.L.

3.- Se condena solidariamente a D. Carlos Alberto, D. Carlos y D. Fernando a abonar a la parte actora la cantidad que resulte en ejecución de sentencia de sumar a 480.563,12 euros los gastos que en concepto de depositaria de los bienes trabados a BIONATURAL incurra mi mandante así como aquellos otros que se deriven del proceso de ejecución judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid (ejecución 755/04), restándose el importe de adjudicación, si la hubiere, de los referidos bienes trabados.

Todo ello con especial imposición a la parte demandada de las costas originadas en el proceso."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Carlos Alberto se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por parte de RENTA GRUPO GAUDIR SL, 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 15 de octubre 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 recurrente, D. Carlos Alberto, se muestra disconforme con la condena que, a instancia de RENTA GRUPO GAUDIR SL, se la ha impuesto en la primera instancia, en su condición de administrador de BM BIONATURAL SA, al amparo tanto de la responsabilidad por deudas del artículo 262.5 del TR de la LSA, como de la

Para el recurrente en la resolución de primera instancia se ha partido de un dato erróneo, ya que afirma haber demostrado que dimitió del cargo de administrador de BM BIONATURAL SA el 10 de junio de 2003 y no el 15 de septiembre de 2004, como establece la sentencia. Considera que no concurren, en su caso, las circunstancias para que se aplique en su contra ninguno de los dos regímenes de responsabilidad invocados, a la luz de la fecha de su dimisión y de las pruebas practicadas en el litigio, y alude, además, a la necesidad de aplicar retroactivamente la reforma introducida con la Ley 19/2.005, de 14 de noviembre.

La deuda impagada a RENTA GRUPO GAUDIR SL por un total de 480.563,12 euros, que subyace en la reclamación objeto de juicio, deriva de las rentas pendientes desde agosto de 2000 hasta diciembre de 2004 por el arrendamiento de un local sito en la calle Mayor nº 30 de Madrid, donde la entidad BM BIONATURAL SA regentaba un negocio de restaurante y tienda de productos naturales y biológicos.

Ha sido consentida la sentencia por los otros dos codemandados por lo que este tribunal, por razones de congruencia y de los límites inherentes a la segunda instancia ( artículos 456.1 y 465.4 de la LEC ), no reexaminará las circunstancias que a ellos pudieran referirse para justificar su condena, sin que se den, por otro lado, las razones excepcionales que pudieran permitir la expansión a ellos de los efectos de la sentencia de apelación.

Advertimos desde ahora que la polémica suscitada en la apelación a propósito de la fecha concreta en que se habría producido la dimisión del recurrente como miembro del consejo de administración de BM BIONATURAL SA tiene, como a continuación se verá, escasa incidencia práctica a los efectos de resolver este litigio, pues ya se produjera el 10 de junio de 2003, como éste alega, o el 15 de septiembre de 2004, como publicita el



Registro Mercantil, la consecuencia jurídica, a tenor de cuáles son los hechos que realmente podrían generar su incursión en responsabilidad, resulta la misma.

Procurará además este tribunal no perder de vista cuáles fueron las causas concretas que se invocaron en la demanda para fundar la exigencia de responsabilidad al apelante (falta de convocatoria de junta ante la concurrencia de una causa de disolución social atribuida a la paralización del órgano de administración desde mayo de 2004; desaparición de facto de la entidad a partir de noviembre de 2004 que fue permitida por los administradores; incumplimiento de las obligaciones de depósito de cuentas; y la falta de exigencia de los desembolsos pendientes de capital social que habría conllevado insuficiencia de recursos para satisfacer el crédito de la actora), a fin de enfocar la contienda en el marco procesal que le corresponde.

SEGUNDO.- En la demanda se sostenía, y parece hacerlo suyo la sentencia apelada, que habría mediado una causa de disolución de la entidad BM BIONATURAL SA por paralización del órgano social de administración desde, al menos, el mes de mayo de 2004, por lo que el apelante sería responsable de no haber convocado junta para acordar la disolución y con ello resultaría responsable de las deudas sociales. Sin embargo, tal argumento no se sostiene, con independencia de la fecha de dimisión del apelante, pues la paralización del órgano de administración no debe, en principio, constituir circunstancia justificativa para entender preceptiva la disolución social al amparo del artículo 260.1.3º del TR de la LSA, puesto que se trata de una incidencia removible por acuerdo de junta general de la sociedad mercantil. Para que concurra la causa de disolución comentada no bastará con que la imposibilidad de funcionamiento afecte tan solo al órgano de administración, pues siempre estará en manos de otro, la junta general, que es el supremo órgano deliberante (y que incluso puede ser convocada judicialmente si no pudieran hacerlo los propios administradores), la posibilidad de efectuar en aquél los cambios que juzgue convenientes, lo que pugnaría con la apreciación de una situación de paralización permanente e insuperable de los órganos sociales que es lo que se exigiría para aplicar el citado precepto legal (sentencias de la AP de Madrid, sección 28ª, de 10 de mayo de 2007 y 24 de abril de 2008) sin que baste que sea meramente accidental (sentencia del TS de 7 de abril de 2000). Por lo tanto, no cabría invocar en contra del apelante ese hecho como determinante de su incursión en responsabilidad al amparo del art. 262.5 del TR de la LSA por la inexistencia del presupuesto ineludible para su aplicación, cuál sería que mediase la causa invocada que impusiera la obligación legal de promover la disolución de la sociedad.

Descartada la procedencia de la exigencia de responsabilidad al recurrente merced a esta acción consideramos que pierde interés la polémica jurídica suscitada entre las partes a propósito de si ha de reconocerse efecto retroactivo a la reforma por la Ley 19/2.005, de 14 de noviembre, que limita la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas sociales a las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Simplemente reseñamos que en sentido desfavorable a la aplicación retroactiva de la nueva redacción del artículo 262.5 de la LSA, más benigna para el administrador responsable en cuanto le exime de responder de las deudas anteriores a revelarse la causa de disolución, ya se ha manifestado esta Sección 28ª en sentencias de 1 de marzo de 2.007 y 15 de enero de 2008 señalando: ".que no se ha consolidado doctrina jurisprudencial alguna sobre dicha retroactividad, que únicamente se menciona como mero obiter dicta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2006, y que se carece de un concepto definido de sanción en el ámbito civil, lo que lleva a calificar tal responsabilidad como sanción solo en un sentido amplio, como consecuencia derivada de la infracción de las normas previstas en orden a la disolución, de lo que resultan serias dudas de que una responsabilidad de naturaleza especial, que nace ex lege, pueda integrarse en el Derecho sancionador del que se desprenden principios como el de presunción de inocencia que no parece que se hayan sustentado en esta materia." Además, la polémica generada en torno a la posibilidad de aplicar la mencionada limitación objetiva de la responsabilidad ex artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas ó 105.5 de la LSRL a hechos ya producidos antes de la entrada en vigor de la reforma legal, puede considerarse disipada por la jurisprudencia más reciente, en el sentido de que carece de efectos retroactivos, pues el Tribunal Supremo (sentencias de 22 de noviembre de 2.006, 30 de enero de 2.007, 7 y 20 de febrero de 2.007) está tomando en consideración el citado artículo en la redacción aplicable, por razones temporales, al supuesto contemplado en el proceso, lo que no haría si partiese del planteamiento contrario.

TERCERO.- También se aducía en la resolución apelada la falta de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas de los ejercicios 2002 a 2004 como justificación de la condena impuesta al apelante con apoyo en el artículo 135 del TR de la LSA. Sin embargo, la simple constatación de la falta de presentación de las cuentas anuales de algunos ejercicios en el Registro Mercantil no sería de por sí motivo suficiente para fundar una acción de responsabilidad contra el apelante 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, lo que no es el caso. 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).



CUARTO.- La alegada situación de desaparición de hecho de la sociedad BM BIONATURAL SA tampoco permitiría la imputación de responsabilidad al recurrente, al amparo de la acción individual del artículo 135 del TR de la LSA , por la sencilla razón de que en la demanda se localizaba el acaecimiento de tal circunstancia en un momento posterior a la cesación del recurrente como administrador de aquélla. Si en la demanda se decía que desde el mes de noviembre de 2004 dicha entidad había desaparecido de su sede física no puede ser más claro que se estaba haciendo referencia a un momento posterior a aquél en el que, en cualquiera de las dos fechas barajadas en autos, el Sr. Carlos Alberto había resultado cesado en su cargo de administrador, por lo que no puede ser responsabilizado de tal hecho. Para aplicar el régimen de responsabilidad del administrador debe atenderse a la conducta por él desplegada hasta que, con arreglo a derecho, dejó de serlo. Un administrador social no debe ser responsabilizado de hechos posteriores a su gestión, sobre los que su comportamiento no hubiera podido influir, salvo que se le atribuyese, pese a que su nombramiento hubiera caducado o hubiera cesado formalmente en él por cualquier causa, la condición de administrador de hecho (lo que aquí no se ha planteado).

QUINTO.- Más fundamento tiene, sin duda, la imputación de responsabilidad al recurrente, al amparo del artículo 135 de la LEC , por su comportamiento como administrador al no haber exigido a los socios de BM BIONATURAL SA que efectuaran el desembolso pendiente del 50% del capital social . Según los estatutos de dicha entidad el plazo máximo para efectuar el desembolso era el de dos años desde la escritura de constitución, que se otorgó el 28 de abril de 2000, por lo que el vencimiento del mismo se produjo el 28 de abril de 2002. A partir de entonces los administradores debieron exigir ese desembolso o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso ( artículos 43 y 45 del TR de la LSA ), lo que no consta que hiciesen. En esa época, en la que ya se había acumulado, y por cuantía relevante, una deuda por impago de renta a la actora, el recurrente Sr. Carlos Alberto era miembro del consejo de administración de BM BIONATURAL SA.

La jurisprudencia (entre otras, las sentencias del TS de 7 de marzo de 2006 , 28 de abril de 2006 y 14 de marzo de 2007 ) exige que concurren los siguientes requisitos para que nazca la responsabilidad de los administradores que se establece en los artículos 133.1 y 135 del TR de la LSA : a) que se hayan producido actos u omisiones negligentes por parte de los administradores, en su condición de tales, lo que supone que hayan incumplido la obligación de proceder con la diligencia exigible a un ordenado empresario y representante leal, conforme al artículo 127 LSA o, en su caso, al artículo 61 de la LSRL ; b) que se haya producido un daño al socio o acreedor, que ha de consistir en una lesión directa a su patrimonio; y c) que exista relación de causalidad entre la citada conducta y el daño ocasionado.

Pues bien, constatamos la existencia de una acción omisiva imputable al apelante, pues como miembro del consejo de administración debió velar porque se instara el desembolso o la venta de las acciones para conseguir la entrada de fondos en la sociedad con la que atender los derechos de sus acreedores; se trata de un comportamiento que estimamos culpable por contrario a la diligencia exigible al administrador social, sobre todo si no perdemos de vista que el plazo estatutario para el desembolso había vencido, que la demandante ya había acudido a juicio en reclamación de lo que se le adeudaba y que los administradores no podían inhibirse ante tal situación; y entendemos que se ha causado un daño a la acreedora demandante, que ha visto perjudicada, en tanto que dificultada y menoscabada, la posibilidad de hacer efectivo el cobro de su crédito contra BM BIONATURAL SA.

El establecimiento del nexo causal resulta algo más complicado de dilucidar en estos casos. No obstante, se ha demostrado que la demandante se ha enfrentado a la carencia de suficientes bienes en la entidad BM BIONATURAL SA como para satisfacer sus derechos contra ella, pues ha dirigido actuaciones de ejecución contra la misma y solo ha conseguido el embargo de una serie de bienes muebles que resulta notorio que no bastarán para atender tan cuantioso crédito de la demandante. No nos consta en estas actuaciones, pues la ausencia de las cuentas sociales ulteriores a 2001 nos impide constatarlo, la posible incidencia de otros pasivos que pudieran haber gravado de modo relevante una eventual liquidación de BM BIONATURAL SA ni que existan significativas reclamaciones pendientes de otros acreedores que pudieran haber concurrido al cobro contra el patrimonio de dicha entidad. Es por ello que, no pudiendo exigirse a la actora mayor esfuerzo probatorio que el desplegado ( artículo 217.6 de la LEC ), podemos imputar al demandado Sr. Carlos Alberto , como consecuencia derivada de su incorrecta conducta al haber impedido al acreedor social poder cobrar con cargo a lo que debieron ser fondos sociales, una responsabilidad por daño frente a RENTA GRUPO GAUDIR SL cuyo importe puede determinarse manejando los siguientes parámetros: 1º) el límite máximo del menoscabo atribuible al comportamiento del apelante, aunque el demandante lo haya sufrido, por todos los conceptos, en un montante muy superior, lo constituye la cantidad de 60.662 euros, que es el 50% del capital pendiente de desembolso que faltaba en el activo de la deudora y al que debería haber podido acceder en vía de ejecución el acreedor social (por su traducción a caja o su conversión en otro activo) para el cobro si los administradores lo hubieran reclamado cuando procedía; y 2º) a esa cantidad habrá que sustraer el importe que se pueda obtener por la adjudicación de los bienes embargados a la entidad BM BIONATURAL SA., todavía cobrable con cargo



a la sociedad, lo que permitirá ajustar definitivamente el alcance cuantitativo de la responsabilidad sin incurrir en el defecto de extenderla más allá de lo que debe incumbir al demandado recurrente.

Al tratarse de una condena pendiente de liquidación nada prevemos en cuanto al pago de intereses procesales, que deberán operar, como resulta del artículo 576 de la LEC , una vez que se liquide el importe adeudado.

SEXTO.- La estimación parcial de la demanda respecto del recurrente conlleva la no imposición a éste de las costas de la primera instancia, según el criterio que contempla el nº 2 del artículo 394 de la LEC

SEPTIMO.- La estimación del recurso planteado 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 en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Carlos Alberto contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el juicio ordinario nº 423/2005 del que este rollo dimana, por lo que revocamos parcialmente dicha resolución y en su lugar acordamos:

1º) que procede moderar la condena impuesta al apelante en la resolución recurrida, sin modificar la decidida en la primera instancia respecto de los codemandados no recurrentes;

2º) que la condena que se impone a D. Carlos Alberto lo es a pagar a RENTA GRUPO GAUDIR SL el resultado de sustraer a 60.662 euros el importe que se obtenga por la adjudicación de los bienes embargados a la entidad BM BIONATURAL SA a instancia de la demandante;

3º) que no procede efectuar al mencionado D. Carlos Alberto imposición de las costas ocasionadas en la primera instancia a la parte actora, debiendo el citado demandado soportar las propias; y

4º) que tampoco procede efectuar 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.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.