



Roj: **SAP M 10838/2009** - ECLI: **ES:APM:2009:10838**

Id Cendoj: **28079370282009100248**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/09/2009**

Nº de Recurso: **437/2008**

Nº de Resolución: **223/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ZARZUELO DESCALZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00223/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 437/08.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 141/07.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Parte recurrente: Don Sergio

Procurador: Doña Berta Rodríguez-Curiel Espinosa.

Letrado: Don Juan Carlos Rodríguez-Curiel Espinosa.

Parte recurrida: BANCO GUIPUZCOANO, S.A.

Procurador: Doña Ana Lázaro Gogorza.

Letrado: Don Eduardo Rodríguez de Brujón Fernández.

SENTENCIA Nº 223/09

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a 18 de septiembre de 2009.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. ÁNGEL GALGO PECO, D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo



437/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2008, dictada en el proceso ordinario núm. 141/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid .

Han sido partes en el recurso como apelante Don Sergio , representado por la Procuradora Doña Berta Rodríguez-Curiel Espinosa y asistido del Letrado Don Juan Carlos Rodríguez-Curiel Espinosa, siendo apelada la entidad BANCO GUIPUZCOANO, S.A., representada por la Procuradora Doña Ana Lázaro Gogorza y asistida del Letrado Don Eduardo Rodríguez de Brujón Fernández.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación del BANCO GUIPUZCOANO, S.A. frente a Don Sergio , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba el dictado de Sentencia por la que se declarase la responsabilidad del demandado por las deudas sociales de la mercantil GRÁFICAS JUANCARMA, S.L. con su condena al pago de la cantidad de 4521, 59 euros.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 27 de mayo de 2008 , cuyo fallo es el siguiente: " Estimando en su integridad, la demanda interpuesta por Banco Guipuzcoano, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Lázaro Gogorza, y asistida del Letrado D. J. Eduardo Rodríguez de Brujón Fernández, contra D. Sergio , representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Berta Rodríguez- Curiel Espinosa y asistido por el Letrado Don Juan Carlos Rodríguez-Curiel Espinosa, debo declarar y declaro:

1º) Que el demandado al obrar sin la diligencia de un Ordenado comerciante, ha lesionado directamente los intereses de la actora.

2º) El demandado está obligado a responder frente al actor de pagar la cantidad de 4.521,59 euros al haber obrado con negligencia en el desempeño de las funciones inherentes a su cargo de administrador único de Gráficas Juancarma, S.L.

3º) Condenar y condeno al demandado a abonar a la actora la cantidad de 4.521,59 euros que devengará el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de Don Sergio se interpuso recurso de apelación que admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma ha 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. En fecha 10 de septiembre de 2009 se celebró la deliberación, votación y fallo del recurso.

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

Es magistrado ponente D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, que expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el presente recurso de apelación por la representación de Don Sergio frente a la Sentencia dictada en primera instancia que, en los términos consignados en los antecedentes de hecho de la presente resolución, estimaba la acción de responsabilidad como administrador social de la entidad JUANCARMA, S.L. deducida en su contra por el BANCO GUIPUZCOANO, S.A. y le condenaba al pago de la cantidad de 4.521,59 euros con imposición de las costas del procedimiento.

La Sentencia recurrida desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva aducida por el administrador demandado, en base a su cese en el cargo con fecha de 20 de mayo de 2004 , por entender que al no haberse inscrito tal cese no podía oponerse a terceros de buena fe y al considerar responsable al demandado en base a lo dispuesto en los artículos 104 y 105 de la LSRL por haber desaparecido la sociedad del domicilio social, encontrándose infrapatrimonializada -sic-, en situación de insolvencia y quiebra y careciendo de actividad alguna, sin presentar nunca desde la fecha de su constitución las cuentas anuales y estando el administrador obligado a instar desde el año 2003 la disolución y liquidación o en su caso la declaración de concurso.

Esgrime el recurso como motivos de impugnación frente a dicho pronunciamiento la clara vulneración de la normativa de carácter mercantil y de la jurisprudencia interpretativa por la indebida extensión de la responsabilidad a quien no tenía la cualidad de administrador de la sociedad, por incumplimiento de la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general que adoptara el acuerdo de disolución, vulnerándose por otra parte la jurisprudencia que de manera reiterada y pacífica ha venido proclamando el



carácter no constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras de cese del administrador y, finalmente, el error en cuanto parece confundir los dos supuestos de hecho que pueden hacer nacer la responsabilidad del administrador frente a terceros en referencia a la mención que se recoge en el fallo sobre la negligencia en el desempeño de sus funciones.

Por la parte apelada se formuló oposición al recurso en los términos que constan en el correspondiente escrito.

SEGUNDO.- La Sala no comparte los argumentos utilizados por la sentencia apelada para basar la condena del Sr. Sergio . Ante la ausencia en las actuaciones de documentación al respecto no pueden compartirse determinadas referencias que se hacen en la resolución recurrida como las de que la sociedad se encontrase infracapitalizada, en situación de insolvencia y quiebra técnica, al resultar cuando menos dudoso que concurren tales circunstancias a la fecha de cese del administrador demandado en la que se procede a la venta de las acciones por el importe de 3.012 euros y se consignan unos beneficios en el ejercicio de 2003 por importe de 1.530,90 euros, según consta en el documento nº 2 de los presentados con la contestación a la demanda.

No se comparte tampoco el argumento de que al no estar inscrito el cese de dicho señor como administrador de la sociedad GRÁFICAS JUANCARMA, S.L., no tiene eficacia frente a terceros que ejerciten contra él una acción de exigencia de responsabilidad como administrador social.

El Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 1ª de 26 de junio de 2006 ) ha distinguido en relación con la pervivencia y extensión temporal de la responsabilidad y el cómputo del plazo de prescripción dos planos distintos, el sustantivo, relativo al tiempo en que se mantiene la responsabilidad del administrador, y el procesal, relativo al plazo de prescripción de la acción para exigirla.

Si bien en el plano procesal debe entenderse que si no constase el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador o no se acreditase de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años de prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción del cese en el Registro Mercantil, en el plano sustantivo el Tribunal Supremo ha declarado que la falta de inscripción en el Registro Mercantil del cese del administrador no comporta por sí misma la ampliación del lapso temporal en el que deben estar comprendidas las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad, pues como recuerda la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 760/2007, de 4 julio , "la inscripción registral del cese de los administradores no tiene carácter constitutivo, de suerte que su omisión no puede extender en el tiempo la responsabilidad de los administradores cesantes porque el deber de inscribir su cese no les incumbe a ellos sino a los que les suceden ( sentencias de 7 de febrero de 2007 en recurso núm. 362/00 , 28 de mayo de 2005 en recurso núm. 4720/98 , 16 de julio de 2004 en recurso núm. 2566/98 , 24 de diciembre de 2002 en recurso núm. 1753/97 y 23 de diciembre de 2002 en recurso núm. 1698/97 )", y la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe los actos no inscritos en el Registro Mercantil ( artículo 21.1 del Código de Comercio , en relación con el artículo 22.2 del mismo texto legal ) no excusa de la concurrencia de los requisitos exigibles en cada caso para apreciar la responsabilidad establecida por la Ley, como es la titularidad efectiva de los deberes derivados de la condición de administrador social, de la que se carece desde el momento en que se cesa como tal administrador.

Únicamente cabe admitir que la falta de diligencia que comporta la no inscripción puede en algunos casos, especialmente en supuestos de ejercicio de la acción individual del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas , constituir uno de los elementos que se tengan en cuenta para apreciar la posible existencia de responsabilidad, dado que la ausencia de inscripción puede haber condicionado la conducta de los acreedores o terceros fundada en la confianza en quienes creían ser los administradores y ya habían cesado, lo que no es el caso de autos puesto que en ningún momento se ha alegado por la parte actora tal circunstancia.

Tampoco se ha alegado que el hoy apelante hubiera continuado como administrador de hecho de la sociedad, lo que por otra parte carece de soporte probatorio alguno.

Por tanto, por más que el cese del apelante como administrador de la sociedad deudora no fuera inscrito en el Registro Mercantil, no puede basarse su condena en hechos acaecidos con posterioridad al momento de su cese como administrador social, que tuvo lugar en la Junta Celebrada el 20 de mayo de 2004, como parece fundar la Sentencia recurrida con base en lo dispuesto en los artículos 104 y 105.5 de la LSRL cuando no resulta posible sostener con los datos obrantes en las actuaciones que a la fecha del cese del administrador concurría causa de disolución y por tanto que el demandado conociera la misma y pudiera haber incumplido la obligación de promover la disolución de la sociedad en el plazo legal, desvinculándose de la sociedad por venta de sus acciones y cesando en el cargo en la fecha indicada, y cuando ni siquiera se presenta justificación por la entidad actora de la fecha en que se origina la deuda reclamada y únicamente consta que deriva de una reclamación por procedimiento monitorio del año 2006, sin que conste en definitiva que cuando cesó como administrador hubiera incumplido el deber de convocatoria de la junta social por concurrencia de causa



legal de disolución impuesto por el art. 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por lo que tal incumplimiento, así como en su caso la falta de presentación de cuentas o la desaparición del domicilio, de imposible enlace cronológico al momento del cese del demandado, únicamente podría imputarse a quien quedara como administrador social después del cese del apelante.

El juzgador de instancia no debía por tanto limitarse a constatar el simple hecho de si dicha cesación había o no tenido constancia registral a su debido tiempo. Como se ha señalado reiteradamente por este Tribunal (Sentencias de 7 de febrero , 22 de mayo y 3 de julio de 2008 o 6 de febrero de 2009 ) la previsión del artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil , relativa a que no puede oponerse a tercero lo que no figure inscrito, no es suficiente para justificar la condena del administrador cesado antes de la concurrencia del presupuesto para desencadenar su responsabilidad, merced a las siguientes razones: 1º) la inscripción del cese como administrador en el Registro Mercantil no tiene carácter constitutivo, de modo que el tercero no puede pretender que responda como titular de un cargo aquél que no lo es ( sentencias del TS de 10 de mayo de 1999 , 23 de diciembre de 2002 , 26 de junio de 2003 y 4 de julio de 2007 ); y 2º) que el Registro no publicase el cese, al margen de que pueda justificar la exención de costas a favor del demandante que confió en la apariencia registral( arts. 21.1 del C de Comercio y 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil ), supone una inexactitud que no autoriza a cambiar el régimen de responsabilidad del administrador, para cuya exigencia deberá atenderse a la conducta por él desplegada hasta que, con arreglo a derecho, dejó de serlo. Un administrador social no deberá 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 hubiese significado que permaneciese en el ejercicio de las funciones determinantes de gestión de la empresa, implicando una participación continua en esa gestión y un control efectivo y constante de la marcha de la sociedad), siempre que esta circunstancia se hubiese planteado en la demanda y hubiese sido objeto de controversia en el litigio, pues la jurisprudencia tiene declarado que el órgano jurisdiccional no puede apartarse de los hechos aducidos en la demanda para sustentar la responsabilidad del administrador, por incurrir de otro modo en vicio de incongruencia ( Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 ).

Debe por tanto estimarse el recurso sin necesidad de abordar el motivo que refiere la posible incongruencia entre la negligencia que se hace constar en el fallo de la Sentencia en relación con el fundamento de la condena que consta en su fundamentación jurídica al resultar en definitiva revocada esa parte dispositiva.

TERCERO.- Con relación a la imposición de las costas de primera instancia, la falta de inscripción del cese como administrador del apelante debe llevar a que no se haga expresa imposición de las costas derivadas de su intervención en el proceso a la demandante, puesto que la confianza del actor en la publicidad resultante del Registro Mercantil, que se ha visto frustrada por la no inscripción del cese del apelante como administrador social, debe considerarse, a estos efectos, como la concurrencia de serias dudas de hecho que justifica la no imposición de costas conforme al art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO.- Al estimarse el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hará expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Sergio contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2008, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid , en el procedimiento ordinario núm. 141/07 del que este rollo dimana.
- 2.- Revocar la mencionada resolución para desestimar la demanda inicial del procedimiento absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra sin hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas en primera instancia.
- 3.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

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



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ