



Roj: **SAP BI 1622/2014 - ECLI: ES:APBI:2014:1622**

Id Cendoj: **48020370042014100341**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **30/07/2014**

Nº de Recurso: **35/2014**

Nº de Resolución: **475/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARRANZ FREIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-12/005157

NIG CGPJ / IZO BJKN :48.020.47.1-2012/0005157

R.apela.merca.L2 / E_R.apela.merca.L2 35/2014

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao / Bilboko 1 zk.ko Merkataritza-
arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 184/2012 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Luis

Procurador/a/ Prokuradorea:BEATRIZ AMANN QUINCOCES

Abogado/a / Abokatua: AINHOA ELENA VARONA CAL

Recurrido/a / Errekurritua: K W EUROPE GMBH

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA PILAR GAGO CARRILLO

Abogado/a/ Abokatua: MARTA BROSA MIRO

S E N T E N C I A Nº 475/2014

ILMOS/AS. SRES/AS.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

Dña. LOURDES ARRANZ FREIJO

Dña. REYES CASTRESANA GARCÍA

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta de julio de dos mil catorce.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los/as Ilmos/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 184/2012 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao , a instancia de Luis , apelante - demandada, representado por la Procuradora BEATRIZ AMANN QUINCOCES y defendida por la Letrado AINHOA ELENA VARONA CAL, contra K&W EUROPE GMBH , apelada - demandante, representada por la Procuradora MARÍA PILAR GAGO CARRILLO y defendida por la Letrado MARTA BROSA MIRO; todo ello en virtud del recurso



de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 9 de octubre de 2013 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Sentencia de instancia de fecha 9 de octubre de 2013 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por K&W EUROPE GmbH contra Luis , referida en el encabezamiento de esta resolución, y en su consecuencia, condeno al demandado a abonar a la actora la suma de 298.123,08 euros más los intereses legales recogidos en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, así como al pago de las costas procesales de la parte actora."

SEGUNDO .- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la **demandada** se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **35/14 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado **DÑA. LOURDES ARRANZ FREIJO** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sentencia recurrida declara la responsabilidad del Administrador societario demandado ex art. 367 LSC, condenándole al abono de la deuda societaria que se reclamaba en la demanda.

SEGUNDO. - Frente a dicha resolución se alza el Administrador demandado, que inicia su recurso afirmando con carácter general la manifiesta omisión de hechos que hubiesen conducido a la desestimación de la demanda, habiéndose producido una declaración de responsabilidad forzada, habiendo sido sancionado por atravesar un momento de desequilibrio patrimonial transitorio e inmediatamente removido.

Seguidamente sostiene que ha existido un error en la valoración de los hechos acaecidos y en la identificación de los presupuestos exigidos para estimar la acción de responsabilidad prevista en el art. 367 de la LCSC, afirmando que la deuda social es anterior a la concurrencia de causa de disolución, sin que concurren los requisitos exigidos para el éxito de la acción ejercitada, tanto si exigimos cualquier balance de comprobación, como vía de conocimiento de la contabilidad de la empresa por el Administrador, tanto si exigimos sólo la formulación de cuentas anuales.

Finalmente sostiene la existencia de error en la valoración del resultado de la prueba, en concreto de la prueba pericial realizada a instancias de la demandante y de la que se ha concluido que la no contabilización de la factura origen de este procedimiento, ha supuesto encubrir una situación de desequilibrio patrimonial que se ha prolongado desde finales de 2007; afirmando que lo relevante es que la no contabilización de la factura, no impide conocer que cuando se contrató con la actora, la sociedad no estaba incurso en causa de disolución.

TERCERO. - La resolución de este recurso, y al margen de alegaciones genéricas sobre lo riguroso de la condena impuesta, pasa por determinar si la deuda social reclamada que se contrajo en Mayo de 2007, es anterior o posterior a la concurrencia de causa de disolución, y caso de ser posterior incumplió el Administrador sus deberes legales, puesto que la causa de disolución no fue removida, sino que se mantuvo a lo largo de todos los ejercicios posteriores.

La recurrente niega el incumplimiento de sus deberes como Administrador, al sostener, en contra de la tesis seguida en la Sentencia, que el momento en el que el Administrador debe conocer la situación de la empresa es el de la formulación de las cuentas, por lo que sería en Marzo de 2008, cuando se hubo de comprobar si se habían tomado las medidas para corregir el desequilibrio patrimonial, celebrándose la Junta para aprobación de las cuentas en Junio de 2008, si bien no se adoptó ninguna decisión porque la causa de disolución ya había sido removida.

De seguirse la tesis acogida en la Sentencia, y si bien la recurrente reconoce que durante 2007, hubo dos situaciones de desequilibrio patrimonial, la de los dos primeros trimestres y la del cuarto, lo que afirma es que la causa de disolución que existía en los dos primeros trimestres, quedó removida durante el tercero, por



lo que la causa de disolución relevante a esos efectos sería la del cuarto trimestre de 2007, siendo la deuda reclamada (de Mayo de 2007) anterior a su concurrencia.

Vemos por tanto que la recurrente, en cualquiera de las dos situaciones, exonera su responsabilidad por considerar que la situación de desbalance en la que se pudiera haber incurrido no se petrificó, siendo superada la causa de disolución.

Sobre la exoneración de responsabilidad sustentada en la evolución de la sociedad, criterio aplicado por el TS en la Sentencia de 20 de Febrero de 2013, citada por la recurrente, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de Febrero de 2013 lo siguiente:

"No desconocemos, desde luego, la doctrina jurisprudencial que postula la no petrificación en el tiempo de la situación creada por el incumplimiento de la obligación prevista en el Art. 262 L.S.A. (o Art. 105 L.S.R.L.), habiendo indicado el Tribunal Supremo en diferentes ocasiones que el rigor de la responsabilidad de los Administradores establecida en el art. 262.5 LSA no puede ser tan extremado que, una vez producida la causa de disolución contemplada en el art. 260.1.4 LSA, ésta quede absolutamente petrificada con absoluta abstracción de cuál haya sido la evolución de la sociedad durante ese tiempo y la conducta de los Administradores para con los acreedores (SS.T.S. de 20 de julio de 2001, 20 de febrero de 2007 y 14 de octubre de 2010). Sin embargo, descartamos la posibilidad de aplicar dicha doctrina al supuesto que nos ocupa por dos razones:

1.- En primer lugar, en relación con la cuestión relativa a la posible eficacia exoneratoria del cambio de circunstancias y de la posible superación de la situación de pérdidas con posterioridad al incumplimiento del Administrador, hemos de señalar que cuando la S.T.S. de 20 de julio de 2001 nos previene contra el fenómeno de la "petrificación" de la responsabilidad "ex" Art. 262-5 L.S.A., lo hace después de ratificar expresamente la muy copiosa doctrina jurisprudencial que objetiviza al máximo esa clase de responsabilidad, y lo hace además - y esto es acaso lo fundamental - como una particular aplicación, en atención a la singularidad del presupuesto de hecho examinado, del principio que consagra el Art. 7-1 al proscribir la mala fe en el ejercicio de los derechos. En efecto, la indicada resolución comienza por recordarnos que "...La jurisprudencia de esta Sala viene interpretando y aplicando el art. 262.5 LSA con todo el rigor que se desprende de su texto. Aceptada por la STS 15-7-97 (recurso 2388/93) la naturaleza de pena civil de la responsabilidad solidaria que dicho precepto impone a los Administradores, configurada ésta como una responsabilidad cuasi objetiva por la STS 29-4-99 (recurso 3200/94) y entendida desde luego como una responsabilidad "ex lege" por las SSTs 12-11-99 (recurso 803/95), 22-12-99 (recurso 2659/95), 30-10-00 (recurso 3341/95) y 20-12-00 (recurso 3654/95), se rechaza su identificación con la fundada en negligencia, de los arts. 133 a 135 LSA, por no ser necesaria ni una relación de causalidad entre la omisión de los Administradores y la deuda social ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto, que comenzaría en el momento mismo en que los Administradores conocen la situación patrimonial y sin embargo no proceden como dispone el art. 262 (SSTs 29-4-99, 22-12-99, 30-10-00, ya citadas), de modo que la mera pasividad de los Administradores traería aparejada su responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales a modo de "consecuencia objetiva" (STS 14-4-00 en recurso 2143/95) ...". Lo que hace, pues, la Sentencia comentada no es otra cosa que ratificar la doctrina de que, concurriendo los presupuestos objetivos necesarios, nace la responsabilidad del Administrador como una obligación de origen legal y nace, correlativamente, el derecho del acreedor a exigirle el cumplimiento de la obligación de forma solidaria. Por lo tanto, el hecho de que más tarde indique dicha resolución que, atendidas las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto examinado, el ejercicio por parte del acreedor de ese derecho frente al Administrador constituyó un ejercicio no acompasado a los postulados que emanan del principio de la buena fe del Art. 7-1 del Código Civil, constituye un tipo de reflexión jurídica que en modo alguno cuestiona ni pretende cuestionar el "nacimiento" a favor del acreedor de ese derecho a exigir el cumplimiento de la obligación del Administrador Social, sino que lo único que hace es remitirnos a las particulares circunstancias que en cada caso, y de modo ciertamente excepcional, puedan conducir a la apreciación de una vulneración del aludido principio general del derecho. Señala la indicada S.T.S. de 20 de julio de 2001 que "...En la Sentencia recurrida se declara probado que, teniendo la sociedad demandada fondos negativos y por tanto inferiores a la mitad del capital social "al 31 de diciembre de 1992, la crisis fue superada en el año 1993 mediante aportaciones de los accionistas para compensar deudas y en el año 1994 a través de una ampliación de capital, de manera que cuando posteriormente se solicita la declaración de la sociedad deudora en estado de suspensión de pagos, se pone de relieve un manifiesto superávit patrimonial que determina que deba calificarse la situación financiera de la misma como de insolvencia provisional ...". En otras palabras, la razón de que en el supuesto examinado por la Sentencia se otorgase cierta relevancia (en unión - ya lo hemos dicho- al estado de conciencia de los acreedores al contratar) al cambio de circunstancias y se apreciara violación del principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos no fue otra que la realización - posterior al nacimiento efectivo de la responsabilidad "ex" Art. 262-5 L.S.A. - por parte los Administradores y/o de terceros, de un esfuerzo económico personal y sustancial tendente a la consecución del objetivo de sobremontar la situación de infracapitalización de la empresa, abriendo así a los acreedores las esperanzas de hacer efectivos sus créditos frente a la misma. Situación la descrita completamente diferente de la que concurre en el supuesto



analizado en estos autos donde, además de no acreditada -como se ha razonado en el precedente numeral- la realidad de la invocada superación de la situación económica precedente, existen al respecto dudas poderosas que nacen del hecho de que la sociedad, cuya Administradora no ha cuestionado la exigibilidad de la deuda, se haya visto en la imposibilidad de satisfacerla en trámite de ejecución de Sentencia iniciado a comienzos del año 2010. Y, siendo ello así, en modo alguno podría afirmarse que es contraria al principio de la buena fe la decisión del actor de ejercitar su derecho -derecho "nacido", no lo olvidemos, al haber concurrido los presupuestos legales a los que ese nacimiento se vincula- a hacer efectivo su crédito frente a la Administradora de la sociedad deudora.

2.- En segundo lugar, porque, como se ha encargado de matizar la más reciente S.T.S. de 23 de noviembre de 2011, no basta con que los Administradores demandados llevaran a cabo, después de incumplir su obligación de promover la disolución, actuaciones tendentes a buscar una "salida airosa" para la sociedad y sus acreedores (en el caso, instaron la suspensión de pagos de la entidad), sino que para poder aplicar la mencionada doctrina mitigadora que tiene su origen en la S.T.S. de 20 de julio de 2001, es necesario que concurra también el segundo de los presupuestos que dicha Sentencia enuncia, a saber, que los acreedores demandantes hubiesen "aceptado contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrían sus créditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad.". Señala en tal sentido dicha Sentencia que "la buena fe es exigible en el ejercicio de la acción prevista antes en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y hoy en el 367 de la Ley de Sociedades de Capital, pero que en este caso no hay base para sostener que los demandantes no han actuado de buena fe, sin que sea aplicable la doctrina contenida en la Sentencia de 20 de julio que parte de un supuesto de hecho diferente -los acreedores demandantes "aceptan contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrían sus créditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad.".

Pues bien si atendemos dichos criterios, es evidente que en el caso de autos no concurren los presupuestos necesarios para exonerar de responsabilidad al Administrador recurrente, pues ante la concurrencia de causa de disolución no consta realizara ningún esfuerzo económico, o personal para superar la situación, sin que los acreedores conocieran la misma.

En la Junta de Junio de 2008, para la aprobación de cuentas del ejercicio de 2007, que arrojaban un saldo de fondos propios negativos, no se adoptó acuerdo alguno tendente a remover la causa de disolución, causa de disolución que en contra de lo que se alega, seguía concurriendo a la vista de los balances de los dos primeros trimestres de 2008.

Y tampoco se puede sostener que una causa de disolución que concurría al momento de contraer la deuda, se hubiese removido porque en un trimestre se refleje una situación de equilibrio patrimonial, si seguidamente y en el trimestre siguiente el desequilibrio vuelve a existir.

Pero es que además y en todo caso, lo que no se ha acreditado es que la causa de disolución fuera removida desde el momento en la que concurrió.

Rechazamos así las alegaciones que, sobre la valoración del dictamen pericial, realiza la recurrente en su última alegación del escrito de recurso, al estimar que las conclusiones de tal dictamen han sido correctamente valoradas por el Juzgador de la instancia, conforme al sana crítica.

La falta de contabilización de las facturas de la demandante, hecho no controvertido, evidencia que la contabilidad de la sociedad deudora no reflejaba su imagen fiel, y menos si tenemos en cuenta que se había reconocido el impago, y existía una Sentencia que había rechazado las excepciones opuestas al pago de las mismas.

Pero además la constatación de déficit patrimonial desde el primer trimestre de 2007, que se concluye por el perito, no se debe sólo a la falta de contabilización de las facturas, sino a una serie de ajustes que realiza dicho perito, ajustes que tienen su origen en el examen de los libros diarios de la deudora, y también del informe de la Administración Concursal.

Las conclusiones de tal dictamen no se han desvirtuado por ninguna otra prueba de igual carácter, y por tanto, el Juzgador de instancia al acoger las mismas efectúa una valoración de la prueba pericial conforme a la sana crítica, no existiendo fundamento alguno para sustituir tal valoración, por la del recurrente sustentada únicamente en apreciaciones subjetivas.

Procede por lo expuesto la íntegra confirmación de la Sentencia de instancia.

CUARTO. - La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas ocasionadas con su tramitación (arts. 394 y 398 de la LEC).

QUINTO -. La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su



apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Luis contra la Sentencia de fecha 9 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao , en el procedimiento proc.ordinario 184/12 , de que el presente rollo dimana; debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución condenando al apelante al pago de las costas del recurso.

Transfírase el depósito por el Secretario Judicial del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0035 14. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.