



Roj: **SAP M 14557/2015 - ECLI: ES:APM:2015:14557**

Id Cendoj: **28079370282015100233**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **23/10/2015**

Nº de Recurso: **545/2013**

Nº de Resolución: **288/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0009714

Recurso de Apelación 545/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 883/2007

Apelante: Dña. Nicolasa

PROCURADOR D. JUAN TORRECILLA JIMENEZ

Apelados: PRODUCCIONES NINNOS S,L.

PROCURADOR D. CARLOS LUIS SAUS REYES

D. Pedro Francisco

PROCURADORA Dña. MARIA MERCEDES ESPALLARGAS CARBO

SENTENCIA nº 288/2015

En Madrid, a 23 de octubre de 2015.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 545/2013, los autos del procedimiento nº 883/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, referente al ejercicio de acciones de responsabilidad contra administradores sociales.

Ha actuado en representación y defensa de la parte apelante, D^a. Nicolasa , el Procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y el Letrado D. Francisco Javier González Menéndez ; lo ha hecho por la parte apelada, PRODUCCIONES NINNOS SL, el Procurador D. Carlos Luis Saus Reyes y el Letrado D. Carlos Luis Saus Bernaldo de Quirós; asimismo se personó, por D. Pedro Francisco , la Procuradora D^a. Mercedes Espallargas Carbo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 7 de junio de 2007 por la representación de PRODUCCIONES NINNOS SL contra D^a. Nicolasa , D. Pedro Francisco y GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia en los siguientes términos:

"A) Se condene a la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO, S.L. a hacer total y cumplido pago a mi representada de la cantidad de VEINTE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES EUROS CON TREINTA Y DOS CENTIMOS (20.373,32.-?), intereses legales de esta suma y las costas del procedimiento.



B) Igualmente se condene con carácter solidario a D. Pedro Francisco y D^{ña}. Nicolasa a hacer total y cumplido pago a mi representada de las cantidades anteriormente indicadas en base a la declaración de responsabilidad solidaria y personal de los administradores que se les reclama respecto de la citada deuda contraída por GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO, S.L. a favor de mi representada."

SEGUNDO.- Desacumulada la acción en contra de la mencionada sociedad, tras seguirse luego el juicio contra los otros dos codemandados por sus trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid dictó sentencia, con fecha 19 de febrero de 2010 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimando la demanda planteada por el Procurador D. Carlos Luis Saus Reyes, en nombre y representación de PRODUCCIONES NINNOS, S.L., condeno solidariamente a D. Pedro Francisco y a D^a Nicolasa al pago de la cantidad de 20.373,32 euros, en concepto de principal, así como al pago de los intereses legales del fundamento jurídico cuarto. Todo ello con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, se interpuso recurso de apelación por la representación de D^a. Nicolasa , que fue tramitado en legal forma.

La remisión de los autos y su ulterior definitiva recepción por este tribunal, con fecha 7 de octubre de 2014, dio lugar a la tramitación desde entonces del presente rollo de apelación ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 22 de octubre de 2015.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante, D^a. Nicolasa , discrepa de la condena de la que ha sido objeto en la primera instancia por causa de la responsabilidad inherente a la condición que ostentó de administradora de la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL. El juez de lo mercantil le ha obligado a responder ante una acreedora social, al apreciar aquél que la sociedad administrada había desaparecido de su domicilio social, con lo que se consumó la producción de un daño a tercero, en concreto, PRODUCCIONES NINNOS SL, que ha sufrido el impago de su derecho de crédito por importe de 20.372,32 euros.

De los dos administradores condenados, sólo uno de ellos, D^a. Nicolasa , ha planteado recurso, pues el otro, D. Pedro Francisco , se ha aquietado al pronunciamiento judicial.

Este tribunal identifica, aunque la parte apelante los ordene y enumere de otro modo, incurriendo además en innecesarias duplicidades, los siguientes motivos de recurso: 1º) la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido codemandada la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL; 2º) la excepción de falta de legitimación pasiva afirmando que ella no sería deudora de la entidad demandante, cualidad que en su caso la ostentaría la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL; y 3º) que cesó en el cargo de administradora el 17 de julio de 2006, durante el pleno ejercicio de la actividad empresarial, y sin que hasta entonces hubiese incumplido obligación social alguna, por lo que entiende que no debería ser responsabilizada de lo ocurrido después de ese momento, con independencia de que entonces no se inscribiese su cese en el Registro Mercantil.

SEGUNDO.- No tiene sentido que la apelante insista en aducir la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues para poder apreciarla sería preciso, a tenor de lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que por razón de lo que fuese objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pudiera hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados. No es éste el caso, en el que cabe perfectamente que el acreedor social opte por dirigirse directamente contra la administradora, no para reclamarle, como ocurre en ese caso, que le pague una deuda social, sino para exigirle a aquella que le indemnice por un daño que considera que la misma le habría causado, amparándose para ello en el régimen legal de responsabilidad al que están sujetos los administradores sociales.

Es cierto que en los supuestos en los que se ejercita una acción de responsabilidad en la que el daño sufrido se materializa en el importe no percibido de una deuda social habrá un sustrato que podría estimarse común entre la acción ejercitada contra el administrador y la que podría haberse dirigido contra la sociedad para exigirle el cumplimiento contractual. Pero ello no impide el ejercicio independiente de la primera; lo que ocurrirá es que al acreedor demandante le incumbirá acreditar, entre otros hechos, la existencia de dicha deuda a cargo de la sociedad para luego poder obtener la condena que persigue, lo que exigirá la concurrencia adicional de todos



demás presupuestos que pueden generar la incursión en responsabilidad del administrador. Obviamente, si hubiere mediado pleito previo al respecto la deuda habría quedado ya determinada por resolución judicial y ésta operaría como elemento probatorio determinante de la concurrencia del presupuesto legal establecido en orden a la exigencia de responsabilidad. Pero no es imprescindible que haya mediado tal litigio como antecedente, pudiendo también optarse por accionar directamente contra el administrador social, en cuyo caso deberá justificarse que la deuda existía (que hubiese sido contraída), lo que podría ser debatido por el administrador en el seno del proceso contra él promovido (que podría atacar su validez, que se produjo su extinción, etc) sin merma alguna de sus derechos.

En el caso objeto de litigio la existencia de la deuda, que está formalizada en escritura pública, está debidamente acreditada y no consta que la misma fuese extinguida, por lo que la polémica debe reservarse para otros presupuestos de la acción de responsabilidad. La constatación de ese hecho en modo alguno entraña la vulneración de derecho alguno de la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL, pues la misma ni tan siquiera es parte en el presente proceso y por lo tanto resulta ajena a la condena judicial que pueda decidirse en el seno del mismo, que afectará a los litigantes, mas no a tercero (al no darse ninguno de los supuestos excepcionales del artículo 222.3 de la LEC).

TERCERO.- La apelante aduce la excepción de falta de legitimación pasiva afirmando que ella no sería deudora de la entidad demandante, cualidad que, en su caso, ostentaría la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL que era quien fue parte, como tal persona jurídica, en el contrato de préstamo suscrito con la actora (PRODUCCIONES NINNOS SL).

La recurrente no parece ser consciente del verdadero fundamento de la demanda planteada en su contra, en la que en ningún momento se le considera deudora de cantidad alguna en concepto de prestataria. No se le ha demandado por el impago de una obligación contractual, sino que se le ha exigido responsabilidad en su condición de administradora de la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL.

La aceptación por parte de la apelante, Sra. Nicolasa, del cargo de administrador social conllevó la asunción de una responsabilidad en la llevanza de la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL de la que no podía hacer dejación ante terceros. En ella se puede incurrir, siquiera por vía de omisión, si se lleva a la sociedad administrada a una situación que merecería el calificativo de cierre de facto de la empresa que constituía su objeto social. La imputación a la administradora demandada de responsabilidad por permitir la desaparición por vía de hecho de dicha entidad estará justificada al amparo de la acción prevista en el artículo 69 de la LSRL (actuales artículos 236 y 241 del TRLSC, RDL 1/2010, de 2 de julio), en relación con el artículo 135 del TRLSA, si no ha actuado 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 sociedad que gestionaba, 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 entidad demandante, se han visto privados de toda posibilidad de ver atendido, siquiera en alguna medida, su crédito contra ella. La no liquidación en forma ordenada y conforme a ley del patrimonio social cuando la sociedad está en situación de crisis 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.

Los titulares de créditos pendientes contra la sociedad, que provienen, lógicamente, de un momento anterior al de la ulterior desaparición de facto de la entidad deudora, sufren la imposibilidad de hacerlos efectivos con cargo al patrimonio social, con la circunstancia significativa, que resulta determinante para comprender el porqué de la incursión en este tipo de responsabilidad, de que no han podido siquiera controlar la liquidación de la mercantil ni el destino final de su patrimonio.

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 (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). 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, para que pueda concluirse, siquiera de forma presuntiva, la existencia de nexo causal entre uno y otro, salvo prueba en contra que debería aportar el administrador demandado.

Lo que no se puede cuestionar es que la desaparición de facto del negocio sin sujeción al procedimiento legal, que es un comportamiento precisamente imputable, por vía de omisión, al administrador de la entidad,



perjudica al acreedor de ésta, tanto a la parte demandante como a cualquier otro que estuviese pendiente de percibir pagos, pues con el abandono de hecho de la entidad se les ha desprovisto de cualquier 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 por haber actuado de ese modo.

No se le está aquí reprochando a la demandada el mal resultado del negocio que desempeñaba la entidad que regentaba, lo que, entre otras circunstancias, podría deberse a los avatares adversos del mercado y al riesgo inherente a toda actividad empresarial (lo que no es fuente, por sí mismo, de imputación de responsabilidades), como tampoco se le estaría simplemente trasladando una responsabilidad por el pago de deuda ajena, la cual incumbía realizar a la sociedad administrada, que es una entidad mercantil con su propia personalidad y que sería la contractualmente obligada ante la actora. Lo que se le está achacando a la administradora social es su desentendimiento del cumplimiento de obligaciones que eran propias de su cargo, cuya desatención conlleva consecuencias perjudiciales para terceros que, como la demandante, tenían derecho a que la liquidación social se hiciese con transparencia y que se atendiesen sus créditos en la medida de lo posible o se constatare, al menos, en legal forma y con respeto del principio de la "par condicio creditorum", por lo tanto sin posible lugar para estrategias fraudulentas, la imposibilidad, total o parcial, de hacerlo. El problema estriba en que, si no se respetan las reglas para hacer patente que se está siguiendo un trato ordenado para atender a todos los acreedores, se puede incurrir en el pago a capricho de algunos de ellos, obviando o postergando los legítimos derechos de los demás, o incluso se puede producir que los gestores sociales o los socios se queden para sí con aquello que debió destinarse a atender los créditos contraídos con terceros.

Una vez demostrado por la acreedora demandante que tenía un crédito a su favor y que se había producido el cierre de facto de la entidad que era su deudora, incumbía al que era administrador de la sociedad deudora no sólo haber alegado sino también demostrado, entre otras razones porque dispondría de más facilidad para ello (artículo 217.7 de la LEC), que la situación no era tal o que la parte actora tenía a su disposición activos sociales con los que poder hacer efectivo el cobro de su derecho.

CUARTO.- La recurrente sostiene que ella cesó en el cargo de administradora el 17 de julio de 2006, época que asevera que era de pleno ejercicio de actividad empresarial, que hasta entonces no había incumplido obligación social alguna y que lo que no debería ocurrir es que se le hiciera responder por hechos posteriores a ese momento, con independencia de que entonces no se hiciera constar se cese en el Registro Mercantil por ciertos defectos de notificación.

Lo primero que debemos puntualizar es que es cierto que 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 ya no lo fuera (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).

Para aplicar el régimen de responsabilidad del administrador resulta necesario comprobar si el demandado se encontraba efectivamente en el desempeño del cargo en el período que resulta relevante para los hechos objeto de enjuiciamiento. Para efectuar ese análisis debe tomarse en cuenta el momento efectivo de su salida del cargo y no simplemente el de su constancia registral. La previsión del artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil , relativa a que no puede oponerse a tercero lo que no figure inscrito, no sería suficiente para justificar la condena del administrador cesado antes de la concurrencia del presupuesto para desencadenar su responsabilidad. Para la exigencia de responsabilidad al administrador debe atenderse a la conducta por él desplegada hasta que, con arreglo a derecho, dejó de serlo.

Lo que ocurre es que en el caso de la apelante el problema no se ciñe a la falta de constancia registral de su cese, sino que lo que detectamos es que cuando la misma pretendió hacer efectivo su cese, en julio de 2006, ya concurrían los presupuestos para exigirle responsabilidad.

Aunque la defensa de la recurrente sostiene que cuando dejó el cargo de administradora la entidad estaba en plena actividad y no se hallaba incurso en causa alguna de disolución, ello se contradice con poderosos indicios que obran en autos que revelan lo contrario. El primero, que la entidad no había depositado sus cuentas desde el año 2004, lo que arroja un marco de opacidad sobre su situación económica y contable que sólo puede ser esgrimido en contra de quienes, como la apelante, eran entonces responsables de la gestión social. El segundo, que no vemos muestra alguna de actividad social más allá del mes de febrero de 2006 (toda la facturación y documentación del giro social aportada es coetánea o anterior a esa referencia temporal, mas ninguna posterior; el mero hecho de estar de alta la propia demandada en la Seguridad Social con posterioridad a esa fecha, dado que respondía a un interés propio de ella, no nos parece un dato revelador de actividad social). El tercero, que la propia demandada ni tan siquiera pudo notificar en el domicilio social, sito en la calle Gran Vía nº 69, ático, en julio de 2006, su decisión de cesar como administradora, lo que permite concluir que con anterioridad el mismo ya había sido abandonado por la entidad GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL,



como la demandante constataría más tarde. Y, por último, el tenor de la propia misiva de dimisión redactada por la apelante en julio de 2006 es bastante revelador, pues en él se refiere, aunque culpe de ello a otras personas con intereses en la entidad, que GRUPO EDITORIAL COLOMBIA CONTACTO SL ya estaba sumida en una situación en la que le resultaba imposible desarrollar su actividad empresarial; si esto era así, la actora no podía hacer dejación de su responsabilidad y debió reaccionar impulsando la disolución y liquidación de la entidad en legal forma, en lugar de inhibirse de ello. La solución no era tratar de descabezar al órgano social, dejándolo vacante o bloqueado con su dimisión (la entidad quedaba con un solo administrador mancomunado que necesitaba el concurso de otro para obrar por la entidad), sino que lo procedente hubiese sido procurar no desentenderse ni de los intereses sociales ni de los de terceros que tuviesen derechos de crédito en contra de la entidad administrada. El mero hecho de presentar la dimisión no liberaba a la demandante de una responsabilidad en la que consideramos que ya había incurrido con anterioridad, pues todo indica que cuando pretendió dejar el cargo, tras haber contraído meses antes la deuda con la actora, ya se había producido la desaparición por la vía de hecho de la entidad que corregentaba, de modo que los únicos que para entonces habían cobrado eran aquellos a quienes sus gestores habían considerado oportuno pagar, olvidando los derechos de otros, tales como los de la parte demandante.

QUINTO.- Imponemos a la apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia, tal como se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC que debe hacerse en los casos de decisión desestimatoria del recurso de apelación.

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

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a. Nicolasa contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el juicio nº 883/2007.

2º.- Imponemos a la apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia

Contra la presente sentencia las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

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