



Roj: **SAP M 15214/2019 - ECLI:ES:APM:2019:15214**

Id Cendoj: **28079370282019101346**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **11/11/2019**

Nº de Recurso: **3160/2018**

Nº de Resolución: **533/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0162438

Recurso de Apelación 3160/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 563/2015

APELANTE: VENTERKAS S.L.

PROCURADOR D. GUSTAVO GARCIA ESQUILAS

APELADO: D. Torcuato

PROCURADOR D. RODRIGO PASCUAL PEÑA

S E N T E N C I A nº 533/2019

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

En Madrid, a 11 de noviembre de dos mil diecinueve.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Alberto Arribas Hernández, Don Pedro María Gómez Sánchez y Don Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 3160/2018 interpuesto contra la Sentencia de fecha 07.11.2019 dictado en el proceso número 563/2015 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 08.07.2015 por la representación de VENTERKAS S.L. contra Don Torcuato , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que "... se condene al pago de la cantidad de 109.122,96 €, más los intereses legales y gastos del presente procedimiento, hasta su completo pago, imponiéndole expresamente además el pago de las costas del presente juicio."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 07.011.2019 cuyo fallo es del siguiente tenor : "*Que desestimando la demanda interpuesta por Venterkas S.L frente a D. Torcuato debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos de la demanda, sin expresa imposición en costas*".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 7 de noviembre de 2019.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil VENTERKAS S.L. interpuso demanda contra Don Torcuato en reclamación de 129.122,96 € e intereses legales en ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de su condición de administrador de la sociedad ROCADEN S.L. Esta habría contraído con la actora dicha deuda entre julio y octubre de 2001 como consecuencia del suministro de carpintería metálica destinada a una obra que estaba desarrollando en Aranjuez.

En la demanda se ejercitaron de manera acumulada la acción de responsabilidad por daños del Art. 241 de la Ley de Sociedades de Capital y la acción de responsabilidad por deudas de su Art. 367, esta última puesta en relación con las causas de disolución previstas en el Art. 363-1 siguientes: "*La sociedad de capital deberá disolverse:...c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social. d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*".

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza VENTERKAS S.L. a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Debemos indicar con carácter previo que el argumento de la prescripción invocado por el demandado en su escrito de oposición al recurso de apelación es enteramente novedoso y por ello inabordable en esta segunda instancia de acuerdo con el Art. 456-1 de la L.E.C.

El recurso de apelación no reproduce ni reitera la acción de responsabilidad por deudas del Art. 367 L.S.C. En todo caso, es manifiesta su imposibilidad, ya que parece difícil afirmar que con anterioridad al mes de julio de 2001 la sociedad ROCADEN S.L. incurrió en "*imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social*" cuando las facturas generadas a partir de esa fecha traen causa, precisamente, de suministros de carpintería metálica para una obra que dicha entidad estaba edificando en Aranjuez; y, en lo relativo a la "*paralización de los órganos sociales*", ningún hecho se adujo en la demanda capaz de evidenciarla más allá de reproducir el enunciado legal de esta causa de disolución.

Todo lo cual deja reducido el debate en esta segunda instancia a la procedencia de apreciar en el demandado la responsabilidad por daños definida por el Art. 241 de la misma ley, en particular, sobre la base de que aquel habría incurrido en una situación de cierre "de facto" de la mercantil que administraba.

Lo que al respecto se razonó en la sentencia apelada, en primer lugar, es que ni siquiera puede considerarse acreditada plenamente esa situación de cierre "de facto", punto de vista que compartimos porque consideramos insuficiente a tal efecto el mero hecho de que en una sola ocasión una carta remitida a la sociedad ROCADEN S.L. haya sido devuelta por el servicio de correos.

En cualquier caso, aunque concurriera el cierre "de facto", también compartimos el parecer de la sentencia recurrida en relación a que no se habría justificado la existencia de un vínculo causal entre dicha conducta y la frustración del derecho de crédito de la actora.

La exposición que se efectuó en la demanda en relación con el régimen de responsabilidad del referido Art. 241 fue imprecisa y esencialmente teórica, con explicación de los requisitos para su apreciación y de ciertos supuestos en los que es habitual esa apreciación por parte de los tribunales.

Sin embargo, no resulta tarea fácil deducir la conexión que la actora pretendió establecer entre esa base teórica y las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto examinado.



Ha venido siendo doctrina jurisprudencial reiterada la de 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). Y esta Sala (Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid) había indicado también con reiteración que la imputación al administrador de responsabilidad por permitir la desaparición por vía de hecho de la entidad que administra está justificada al amparo de la acción prevista en el Art. 135 L.S.A., y ello por entender que el cierre "de facto" constituye una conducta de desarreglo generalizado en el que la sociedad deudora no solo se hace deliberadamente ilocalizable para sus acreedores sino que omite la adopción de las más elementales medidas tendentes a propiciar una liquidación ordenada -en su caso de carácter concursal- de su patrimonio. Y habíamos venido considerando que era posible establecer el vínculo causal entre tal conducta y la frustración del derecho de crédito del acreedor por un procedimiento de análisis meramente comparativo: deduciendo que esa frustración no se hubiera producido verosímilmente, o hubiera sido de menor entidad, en el caso de que los administradores de la sociedad hubieran adoptado la conducta alternativa y correcta, a saber, la liquidación ordenada de la sociedad. Obviamente, tal deducción no podría alcanzarse en el caso de que en el proceso existiera cumplida prueba de que en el momento en que la deuda devino exigible la sociedad deudora carecía de forma absoluta de patrimonio para afrontarla. Sin embargo, imperativos provenientes del principio de disponibilidad probatoria (Art. 217-7 L.E.C.) nos conducían a la convicción de que la carga de suministrar dicha prueba en litigios como el que ahora nos ocupa correspondía al administrador demandado.

Sucedo, sin embargo, que esta situación ha sido ligeramente alterada a partir de la doctrina contenida en las SS.T.S. de 18 de abril de 2016 y 13 de julio de 2016. Se nos dice en esta última que *"Con carácter general, debemos reiterar, como hicimos en la Sentencia 253/2016, de 18 de abril , "que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual. De otro modo supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC (Sentencias 242/2014, de 23 de mayo , con cita de la anterior sentencia de 30 de mayo de 2008)". No obstante, en alguna ocasión, la Sala ha admitido que se ejercite la acción individual de responsabilidad para solicitar la indemnización del daño que suponía para un acreedor el impago de sus créditos como consecuencia del cierre de facto de la actividad empresarial de la sociedad (por ejemplo, la Sentencia 261/2007, de 14 de marzo)"*.

Ahora bien, en relación con dicha figura -el cierre "de facto"- razona el Alto Tribunal lo siguiente:

"Respecto de la acción ejercitada, la acción individual de responsabilidad del administrador de la sociedad deudora, basada en el cierre de hecho de esta que ha impedido el cobro del crédito del demandante, hemos declarado recientemente, en la sentencia 253/2016, de 18 de abril , algo que tiene relevancia respecto del presente motivo:

"(P)ara que pueda imputarse a la administradora el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la sociedad acreedora, [...] debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social.

"De otro modo, si los tribunales no afinan en esta exigencia, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es esta la mens legis . La ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). Si fuera de estos casos, se pretende, como hace la demandante en su demanda, reclamar de la administradora la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe hacerse un esfuerzo argumentativo, del que carece la demanda, por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos. [...]"

*"En nuestro caso, en realidad, se está imputando al administrador el impago de las deudas sociales con la demandada, sin que tal impago sea directamente imputable, con carácter general, al administrador. Ni siquiera cuando la sociedad deviene en causa de disolución por pérdidas y no es formalmente disuelta, a no ser que conste que caso de haberlo sido, sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito. **Para ello hay que hacer un esfuerzo cuando menos argumentativo (sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento)** [...]"*

De acuerdo con esta doctrina, si existe ese esfuerzo argumentativo y, al margen de la acreditación de los hechos en que se funda, resulta lógica, caso de quedar acreditados, la responsabilidad del administrador, debe atribuirse



a dicho administrador la carga de la prueba de aquellos hechos respecto de los que tiene mayor facilidad probatoria. Por ejemplo, y en relación con el presente caso, la demandante razona que el administrador de la sociedad deudora no sólo cerró de hecho la empresa, sino que liquidó los activos sin que conste a dónde fue a parar lo obtenido con ello. Este hecho podría ser relevante, como veremos más adelante al explicar cómo se aplican al presente caso los presupuestos de la acción individual de responsabilidad, pues constituye un relato razonable de la responsabilidad: con el cierre de hecho se han liquidado activos de la sociedad que no se han destinado al pago de las deudas sociales. El ilícito orgánico que supone el cierre de hecho ha podido impedir el cobro del crédito de quien ejercita la acción individual. En este contexto, la prueba de la inexistencia de bienes y derechos o el destino de lo adquirido con la liquidación de los existentes, corresponde al administrador y no puede imputarse al acreedor demandante, en aplicación de la regla contenida en el apartado 7 del art. 217 LEC. Frente a la dificultad del acreedor demandante de probar lo contrario (que había bienes y que fueron distraídos o liquidados sin que se destinara lo obtenido al pago de las deudas), dificultad agravada por el incumplimiento del administrador de sus deberes legales de llevar a cabo una correcta liquidación, con la información correspondiente sobre las operaciones de liquidación, el administrador tiene facilidad para probar lo ocurrido, pues se refiere a su ámbito de actuación..." (énfasis añadido).

Y más adelante concluye:

"Es indudable que el incumplimiento de los deberes legales relativos a la disolución de la sociedad y a su liquidación, constituye un ilícito orgánico grave del administrador y, en su caso, del liquidador. Pero, para que prospere la acción individual en estos casos, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito.

*Como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico anterior, esto exige del acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un **mínimo esfuerzo argumentativo**, sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento (sentencia 253/2016, de 18 de abril)" (énfasis añadido).*

En definitiva, pues, la nueva línea jurisprudencial nos permite mantener nuestro primitivo criterio con arreglo al cual, en aplicación del principio de disponibilidad probatoria (Art. 217-7 L.E.C.), incumbe al administrador demandado acreditar que la sociedad carecía enteramente de recursos cuando la cerró por la vía de hecho, circunstancia que haría desvanecer el vínculo causal exigido por el Art. 135 L.S.A. Ahora bien, para que pueda acudir a dicha técnica de atribución de la carga probatoria es menester que la parte demandante haya llevado a cabo en su demanda un "mínimo esfuerzo argumentativo" mediante el cual haya introducido por vía alegatoria la circunstancia opuesta, esto es, aquellos planteamientos mediante los cuales se nos transmita la idea de que la sociedad disponía, antes del cierre "de facto", de recursos cuya desaparición o cuya anárquica liquidación hayan podido determinar causalmente la frustración de su crédito.

En el caso que nos ocupa la actora no solo no llevó a cabo en su demanda ese mínimo esfuerzo alegatorio o argumentativo sino que, de hecho, su planteamiento genérico fue más bien el contrario, es decir, el de considerar que la sociedad administrada por el demandado carecía de recursos. Y, aunque lo hizo sin especificar la época aproximada en la que consideraba que dicha entidad se habría visto en esa situación carencial, de los alegatos concernientes al ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas con arreglo a los cuales dicha sociedad habría incurrido con anterioridad a julio de 2001 en "imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social" se desprende que, en el sentir de la actora, la carencia de recursos concurría ya en dicha época y, por tanto, mucho antes de incurrir en cierre "de facto", lo que no se habría producido hasta el 27 de octubre de 2005 (fecha de la devolución de la misiva).

No ha de prosperar, pues, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:



- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de VENTERKAS S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDO