



Roj: **SAP M 5963/2021 - ECLI:ES:APM:2021:5963**

Id Cendoj: **28079370282021100252**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/03/2021**

Nº de Recurso: **641/2019**

Nº de Resolución: **119/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0153400

Rollo de apelación nº 641/2019

Materia: Derecho de sociedades. Responsabilidad de administradores

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 8

Autos de origen: Juicio ordinario 614/2016

Parte apelante: D. Ignacio

Procurador: D. Armando García de la Calle

Letrado: D-

Parte apelada: D. Iván

Procuradora: D^a María Teresa Fernández Tejedor

Letrado: D. Francisco José González Sanz

SENTENCIA N° 119/2021

En Madrid, a 22 de marzo de 2021.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. José Manuel de Vicente Bobadilla, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 641/2019, los autos del procedimiento nº 614/2016, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la procuradora D^a María Teresa Fernández Tejedor en nombre y representación de D. Iván contra D. Ignacio, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, terminaba solicitando el dictado de "*sentencia en la cual se declare*:"



1.- Que Don Ignacio es responsable solidario con su propio patrimonio de la deuda contraída por la mercantil TARRAFAL BAY CORPORATION, S.L.U., conforme a auto firme en fecha 24 de enero de 2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid en la ejecución judicial 9/2012, una vez deducido el importe abonado por la reverenciada mercantil, por cuantía de 42.100 euros, mediante subasta pública de fecha 11 de noviembre de 2015.

2.- Que se le condene al demandado al pago a mi mandaste de la cantidad de 56.982,76 euros en concepto de principal, conforme al auto firme en fecha 24 de enero de 2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid en la ejecución judicial 9/2012 contra la mercantil Tarrafal Bay Corporation SLU, una vez deducido del principal por importe de 99.082,76 euros, el importe de 42.100 euros, entregados a mi representado, mediante mandamiento de devolución por el reverenciado importe, en fecha 22 de abril de 2016, por aporte obtenido a través de pública subasta.

3.- que se le condene al demandado a abonar a mi representado, el importe de la tasación de costas y liquidación de intereses, una vez firme, que se fije en la ejecución judicial 9/2012, seguida ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid contra la mercantil Tarrafal Bay Corporation, SLU.

4.- Que se le condene al demandado al pago a mi mandaste de la cantidad de 3.998,13 euros en concepto de gastos devengados y pagados por mi representado, en la ejecución judicial 9/2012, seguida ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid contra la mercantil Tarrafal Bay Corporation SLU.

5.- Que expresamente se le impongan las costas al demandado del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Al cabo del trámite, el tribunal de primera instancia dictó sentencia con fecha 14 de marzo de 2019, con el siguiente fallo:

"Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Iván frente a D. Ignacio debo condenar y condeno al demandado a abonar al actor la cantidad de 56.982,76 euros, junto con los intereses y costas que se fijen en la ejecución judicial 9/2012 seguida en el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes derivadas del presente procedimiento".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que, admitido y tramitado en legal forma, habiendo formulado oposición la contraparte, ha dado lugar al presente rollo. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 18 de marzo de 2021.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- La sentencia dictada en primera instancia, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Iván, condenó a D. Ignacio al pago de 56.982,76 euros, más intereses y costas que se liquiden en el procedimiento de ejecución judicial seguido contra TARRAFAL BAY CORPORATION, S.U. ("TARRAFAL") ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid con número de registro 9/2012. Tal fallo se sustenta en el acogimiento de la acción de responsabilidad solidaria de administradores contemplada en el artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio ("LSC"). La acción individual de responsabilidad del artículo 241 del referido cuerpo legal, igualmente ejercitada en la demanda con base en el cierre de hecho de TARRAFAL, fue desestimada.

2.- Disconforme con lo así resuelto, el demandado apeló para solicitar del tribunal de segunda instancia nueva sentencia que le absolviese de todos los pedimentos de la demanda. En los apartados que siguen abordaremos, en la medida exigida para la resolución de la controversia, las cuestiones que afloran en el recurso.

II. PRIMER MOTIVO DE IMPUGNACION

3.- El primer apartado impugnatorio se estructura en dos subapartados. El primero de ellos discurre a lo largo de una doble línea argumental.

(i) Por una parte, se aduce la existencia de bienes de TARRAFAL que podrían aplicarse al pago de la deuda que pretende hacerse efectiva en el presente expediente. Según las tesis del apelante, dicha circunstancia debería impedir que la acción acogida en la sentencia impugnada prosperase, hablando en concreto de acción subsidiaria, en tanto que supeditada a la excusión del patrimonio de la sociedad. En esta línea, se presenta la



demanda como un "atajo" para eludir las dificultades que plantearía la ejecución sobre los bienes en cuestión, y, en esta medida, un ejercicio de mala fe.

(ii) Por otra parte, se combate el análisis de la sentencia que, en relación con aquellos alegatos del demandado rechazando la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.d) LSC (redacción originaria) por la existencia de determinados inmuebles en Cabo Verde integrados en el patrimonio de TARRAFAL, estima que esta circunstancia no ha resultado acreditada y que es la parte demandada quien debe sufrir las consecuencias de ello.

4.- El segundo subapartado se nos presenta como mero corolario del primero. En definitiva, se considera que la revocación del pronunciamiento condenando al pago de la parte de principal que no consiguió hacerse efectiva en el procedimiento de ejecución de referencia como consecuencia de lo argumentado en el subapartado primero, debería comportar la revocación del pronunciamiento condenando al pago de intereses y costas que se liquidasen en ese procedimiento.

Respuesta del Tribunal

4.- Ninguna acogida merecen los descargos de la parte recurrente.

5.- Los referentes a que únicamente cabría dirigirse contra el administrador social tras evidenciarse la inexistencia de bienes de la sociedad con los que hacerse pago chocan con el carácter solidario de la responsabilidad proclamada en el artículo 367 LSC y el consiguiente *ius variandi* que ha de reconocerse al acreedor (artículo 1144 del Código Civil).

6.- La segunda línea argumental no puede correr mejor suerte. Con independencia de que consideremos que el juicio sobre el particular de la existencia de los bienes en cuestión que recoge la sentencia resulte inobjetable, la efectiva existencia de dichos bienes no determinaría por sí sola la no concurrencia de la causa de disolución, definida por una situación patrimonial consistente en pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

7.- Por lo demás, cabe recordar que, además de la situación de pérdidas cualificadas, en la sentencia impugnada se aprecia la concurrencia de otras causas de disolución que no han resultado combatidas en el escrito de interposición del recurso.

8.- La improsperabilidad del segundo subapartado fluye de cuanto se lleva dicho.

III. SEGUNDO MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

9.- En el segundo capítulo impugnatorio se denuncia la aplicación incorrecta del artículo 367 LSC, en alusión, concretamente, a la indebida apreciación del requisito de posterioridad de la deuda. En concreto, se aduce que la fecha a tener en cuenta es la de la sentencia dictada frente a TARRAFAL en la reclamación judicial previa, 10 de diciembre de 2010.

Respuesta del Tribunal

10.- La posterioridad de la deuda social opera como requisito del régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 367 LSC. Este factor viene determinado, obvio es decirlo, por la fecha de la deuda social y la fecha de concurrencia de la causa de disolución de la sociedad deudora. En cuanto al primer elemento, lo determinante es el momento en que nació la obligación. De esta forma, la responsabilidad contemplada en el precepto indicado aparece anudada al nacimiento de nuevas obligaciones a cargo de la sociedad en un momento en que esta debería haber cesado en su actividad.

11.- En el caso que nos ocupa, la deuda social es una obligación restitutoria derivada del ejercicio de una acción resolutoria de sendos contratos de compraventa concluidos por el Sr. Iván y TARRAFAL en los meses de enero y febrero de 2006. De los antecedentes con los que contamos, no se desprende que el Sr. Iván ejercitara la facultad resolutoria con anterioridad a la interposición de la demanda origen de esos otros autos. De esta forma, el origen de la deuda objeto de la litis ha de localizarse en la fecha de dictado de la sentencia, 22 de noviembre de 2010.

12.- Por lo tanto, la juzgadora de la anterior instancia erró al situar la generación de la deuda en el año 2012.

13.- Lo anterior no desvirtúa, sin embargo, las conclusiones alcanzadas en la sentencia. En efecto, el aquí apelante omitió dar cumplimiento al requerimiento que se le hizo, subsiguientemente a la petición articulada en la audiencia previa por el demandante, para que aportara libros y contabilidad de TARRAFAL, sin ofrecer ninguna explicación. De este modo, se evitó toda comprobación sobre la situación patrimonial de la empresa, siquiera en los seis años anteriores (de conformidad con los términos del artículo 30 del Código de Comercio), lo que nos situaría en una etapa histórica muy cercana a la del nacimiento de la deuda. Ello abona la apreciación



de una duda cualificada inducida por el propio apelante que, siguiendo la pauta señalada en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1454), justifica la entrada en juego de la presunción prevista en el artículo 367.2 LSC.

14.- A la vista de cuanto antecede, el recurso debe ser desestimado.

IV. COSTAS

15.- La suerte del recurso determina que las costas ocasionadas por el mismo hayan de ser a cargo de la parte recurrente, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1 LEC.

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Ignacio contra la sentencia dictada con fecha 7 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 8 en el expediente con número de registro 614/2016.

2.- Condenar a D. Ignacio al pago de las costas de segunda instancia.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, 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.