



Roj: **SAP B 7049/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7049**

Id Cendoj: **08019370152018100488**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **16/07/2018**

Nº de Recurso: **1010/2017**

Nº de Resolución: **504/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120138002081

Recurso de apelación 1010/2017 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 278/2013

Parte recurrente/Solicitante: CONSTRUCCIONS PEREA PARK S.L., Gabino

Procurador/a: Maria Elena Movilla Blanco

Abogado/a:

Parte recurrida: ASEMAS, MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a:

Cuestiones esenciales que se plantean: Responsabilidad de administrador. Acción por deudas sociales.

SENTENCIA núm. 504/2018

Componen el tribunal los magistrados:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Elena Boet Serra

En Barcelona, a dieciséis de **julio** de dos mil dieciocho.

Parte apelante: Gabino y Construcciones Perea Park, S.L.

-Letrado: Ignacio Abad San Epifanio

-Procuradora: Elena Movilla Blanco

Parte apelada: Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija.



-Letrado: Daniel Meana Pascual

-Procurador: Ignacio López Chocarro

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 28 de octubre de 2013

-Demandante: Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija.

-Demandada: Gabino y Construcciones Perea Park, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

«Debo estimar y estimo íntegramente la demanda principal interpuesta por la entidad Asemas, mutua de seguros y reaseguros a prima fija, contra la entidad Construcciones Perea Park, S.L., y su administrador don Gabino , y por tanto, debo condenar y condeno a la entidad Construcciones Perea Park, S.L., y a su administrador don Gabino a que abonen de manera solidaria a la actora la cantidad de dieciséis mil trescientos treinta y dos euros y ochenta y ocho céntimos (16.332.88 euros) más intereses y costas procesales.»

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Admitido en ambos efectos, se dio traslado a la contraparte que presentó escrito de oposición al recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 15 de marzo de 2018.

Actúa como ponente la magistrada Elena Boet Serra.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- 1. La actora, la compañía Asemas, ejercita, por subrogación ex art. 43 LCS , una acción de reembolso entre codeudores solidarios del art. 1.145 Código Civil frente a la entidad Construcciones Perea Park, S.L. y, acumuladamente, una acción de responsabilidad civil ex art. 367 LSC y una acción individual de responsabilidad civil del art. 241 LSC contra su administrador único, Gabino .

Expone la demandante que es la aseguradora del arquitecto que fue condenado solidariamente, con el aparejador de la obra y la compañía Construcciones Perea Park, S.L., a abonar la cantidad de 94.543,06 euros. Esa cantidad fue abonada, en un 50%, por la actora y el restante 50% por la compañía aseguradora del aparejador condenado. La sociedad constructora, aquí demandada, no abonó nada de dicha condena solidaria, ejercitándose en el presente procedimiento la acción de reembolso por la cantidad de 16.332,89 euros, con más los intereses legales desde el 22 de abril de 2005, frente a la compañía constructora Construcciones Perea Park, S.L. La actora también solicita la condena solidaria al pago del administrador de la sociedad demandada con base en el art. 367 y 241 de la LSC, por estar incurso la sociedad en causa de disolución desde el año 2000 y sin que haya procedido a promover su disolución y/o liquidación.

2. Los codemandados se encuentran en situación de rebeldía procesal.

3. La sentencia de primera instancia, tras valorar la prueba documental, estima acreditada tanto la existencia de la deuda social nacida con fecha 22 de abril de 2005, como la causa de disolución acaecida con anterioridad a esa fecha y, por ello, estima la acción de reclamación contra la sociedad y la acción de responsabilidad por deudas sociales frente al administrador demandado.

4. Los codemandados comparecen en la segunda instancia y formulan recurso de apelación aduciendo, en síntesis, que no se ha probado por la actora, a quien corresponde la carga de la prueba en virtud del art. 217 LEC , la ausencia de depósito de las **cuentas anuales** correspondientes a los ejercicios sociales (1998- 2005) anteriores al nacimiento de la deuda social y, además, que la ausencia de **cuentas anuales** tampoco implica la automática aplicación de la presunción de la concurrencia de la causa de disolución.

SEGUNDO.- 5. Para la resolución del presente recurso debemos partir de los siguientes hechos relevantes incontrovertidos o acreditados en la primera instancia y que no han sido controvertidos en esta segunda instancia.

1º. La compañía Construcciones Perea Park, S.L. (unipersonal) se constituyó con fecha 3 de diciembre de 1997.



2º. El demandado Gabino es el socio único y ostenta el cargo de administrador único de la sociedad demandada desde la fecha de constitución de ésta y sin que conste su cese en el cargo.

3º. La deuda social reclamada es de fecha 22 de abril de 2005, fecha del pago por la actora de la cuota solidaria que correspondía a la sociedad demandada.

4º. La sociedad no está disuelta ni se ha promovido su disolución y liquidación. El demandado no ha convocado junta general, ni instado la declaración de concurso o liquidación de la sociedad.

TERCERO.- 6. El recurso de apelación se ciñe exclusivamente a combatir la estimación de la acción de responsabilidad social por deudas sociales (art. 367 LSC), de modo que no entraremos a valorar la procedencia de la acción de reclamación de cantidad (acción de reembolso entre codedueños), al quedar fuera de nuestro enjuiciamiento por decisión del apelante (art. 465.5 LEC).

7. La Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/2010, (en adelante, LSC), establece en el art. 367 LSC la responsabilidad de los administradores por deudas sociales.

El Tribunal Supremo afirma, en sentencia nº 144/2017, de 1 de marzo (con cita en su sentencia nº 151/2016, de 10 de marzo), que la función de la norma del art. 367 LSC es *incentivar la disolución o la solicitud de concurso de las sociedades cuando concurra causa legal para una u otra solución porque, de no adoptar las medidas pertinentes para conseguir la disolución y liquidación de la sociedad o su declaración de concurso, según los casos, si la sociedad sigue desarrollando su actividad social con un patrimonio sustancialmente menor a su capital social y que se presume insuficiente para atender sus obligaciones sociales (o concurriendo otra causa legal de disolución, aunque la más frecuente en estos casos sea la de pérdidas agravadas), los administradores deberán responder solidariamente de cuantas obligaciones sociales se originen con posterioridad, tanto las de naturaleza contractual como las que tengan otro origen. Dentro de ese ámbito general, como concreción de esta función, tiene efectivamente un efecto desincentivador de la asunción de nuevas obligaciones contractuales por parte de la sociedad, aunque no es su función única dado que la responsabilidad solidaria de los administradores se produce respecto de cualesquiera obligaciones sociales, y no solo de las de origen contractual.*

Conforme al art. 367 LSC, *[r]esponderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.*

La doctrina del Tribunal Supremo establece (sentencias nº 144/2017, de 1 de marzo , con cita en las sentencias 246/2015, de 14 de mayo y 456/2015, de 4 de septiembre) que *"[...] la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales nace: (i) cuando concurre una causa de disolución y no cuando nace la deuda, aunque tal deuda origine posteriormente la causa de disolución por pérdidas (luego el administrador contra el que se dirige la acción no puede ser el que ostentaba el cargo cuando se produjo la deuda, sino el que lo ostentaba cuando se produjo la causa de disolución y no cumplió los deberes de promover la disolución); (ii) no se haya convocado la Junta en el plazo de dos meses para adoptar el acuerdo de disolución o cualquier otro para restablecer el equilibrio patrimonial; y (iii) ni se haya solicitado la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde aquella fecha. [...]"*

8. El citado texto legal del art 367 LSC y doctrina del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad del administrador limitado a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución no es de aplicación cuando los hechos que determinan la responsabilidad, esto es, la aparición de la causa de disolución y el incumplimiento del deber de promoverla, son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 19/2005 (al día siguiente de su publicación en el BOE de 15 de noviembre de 2005), conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS núm. 733/2013, de 4 de diciembre , entre otras).

La citada Sentencia del TS, con cita en la sentencia 414/2013, de 21 de junio , declara que *la regla de "(l)a regla de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables - que la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo , declaró contenida, " a sensu contrario ", en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Española , expresamente referido al supuesto de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables-, no es aplicable a la norma del artículo 262, apartado 5, del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas , tal como fue reformada por la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre , por razón de que no es sancionadora, empleada la expresión en un sentido propio -que es el que utiliza el recurrente-".*

Los administradores, bajo la regulación de la responsabilidad por deudas sociales anterior a la reforma de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, respondían de las obligaciones sociales, en general, sin hacer distinción



entre las anteriores y las posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Mientras que tras la reforma, y conforme al actual art. 367 LSC, la responsabilidad se limita "a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución".

9. En el supuesto de autos no es controvertido que la deuda social nace en el año 2005 y que el administrador demandado ostenta el cargo desde el año 1997. La controversia se ciñe a la existencia de la causa de disolución alegada en la demanda y, de concurrir ésta, en la fecha de su acaecimiento, que de ser anterior a abril de 2005 (fecha de la deuda social) conllevaría la estimación de la acción de responsabilidad por deudas sociales. Y ello, tanto por cumplirse los presupuestos del vigente art. 367 LSC, en particular, el relativo al ámbito temporal de las obligaciones sociales (posteriores al acaecimiento de la causa de disolución), como en su versión anterior a la Ley 19/2005, que resulta de aplicación a las obligaciones sociales anteriores y posteriores a la causa de disolución.

10. En la demanda se invocan las pérdidas agravadas, así como la ausencia de actividad que constituye el objeto social y la desaparición de hecho como causas de disolución que concurrían, se afirma en la demanda, como mínimo desde el año 2000. Fundamenta su alegación en la ausencia de **cuentas anuales** depositadas en el Registro Mercantil desde la constitución de la sociedad en el año 1997, el cierre provisional de la hoja de la sociedad (certificación del Registro Mercantil, documento de la demanda) y en la desaparición de hecho de la sociedad al constar desaparecida de su domicilio social no siendo posible notificarle, la reclamación de las deudas tributarias en el año 2010 (BOE de fecha 20 de **julio** 2010, documento 9), ni el burofax de reclamación extrajudicial de la deuda a finales de abril de 2011 (documento 10), ni el emplazamiento de la presente demanda.

La actora ha aportado a los autos una certificación literal del Registro Mercantil relativa a la sociedad demandada librada con fecha 30 de mayo de 2012 (documento 7 de la demanda), que certifica que (i) la inscripción primera es la única practicada; (ii) la sociedad no ha depositado las **cuentas anuales** correspondientes a los ejercicios de 2008, 2009 y 2010, añadiendo que ello se hace constar a los efectos que dispone el art. 378 RRM ; y (iii) la nota extendida con fecha 6 de mayo de 2005 en la hoja abierta a la sociedad no está cancelada. La citada nota marginal tiene el siguiente tenor literal: "Cerrada provisionalmente la hoja de la sociedad al haber causado baja en el índice de Entidades Jurídicas establecido en la Ley del Impuesto de Sociedades, al no haber presentado las declaraciones del citado impuesto de los ejercicios 1999, 2000 y 2001...".

11. Estimamos que la referida documental aportada por la actora permite concluir la existencia de la causa de disolución de pérdidas agravadas del art. 363.1.e) LSC.

Pues, de la certificación literal extendida en mayo de 2012 en la que se hace constar expresamente que no se han depositado las **cuentas anuales** de los tres ejercicios anteriores (2008, 2009 y 2010) no cabe concluir, como aduce la actora, que sí se han depositado las **cuentas anuales** de los ejercicios anteriores (1998-2005), sino que esa referencia a los referidos tres ejercicios se realiza, como dice literalmente la certificación, a los efectos que dispone el art. 378 RRM . Esto es, a los efectos del cierre registral y de su enervación con el depósito de las **cuentas** correspondientes a los últimos tres ejercicios. Pues, el citado precepto legal estipula que [*t*] *transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las **cuentas anuales** debidamente aprobadas, el Registrador Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito. Y, conforme a la doctrina de la DGRN (Resolución de 3 de octubre de 2005, 8 de febrero de 2010 y 22 de diciembre de 2015) a los efectos de enervar el cierre registral únicamente es necesario depositar las **cuentas anuales** (o acreditar la falta de aprobación en la forma prevista en el artículo 378.5 del Reglamento del Registro Mercantil) correspondientes a los tres últimos ejercicios.*

Además, también consta con fecha 6 de mayo de 2005 el cierre de la hoja de la sociedad provocado por la nota marginal de baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración tributaria por no presentar las declaraciones del impuesto de sociedades desde el año 1999.

12. La falta de **cuentas anuales** imposibilita a terceros el conocimiento de la situación económica de la sociedad, la desaparición de la sociedad de su domicilio social y la no presentación de la declaración del impuesto de sociedades del año 1999 y siguientes nos permite concluir la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas invocada en la demanda y que su aparición y el incumplimiento del deber de promoverla es anterior al nacimiento de la deuda social (abril de 2005)) o a la entrada en vigor de la Ley 19/2005 (noviembre de 2005), dado que el administrador demandado no ha realizado ningún esfuerzo probatorio que permita desvirtuarlo. Esta Sección ha declarado de modo inequívoco que ante la ausencia de publicidad de las **cuentas anuales**, las deficiencias de prueba deben ponerse a cargo de la sociedad y de su administrador, ya que ellos son los que tienen al alcance las pruebas referidas a la situación patrimonial de la compañía.



El Tribunal Constitucional, en sentencia 140/1994, de 4 de mayo, ya declaró que debía tenerse presente que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales en curso del proceso (art. 18 CE) conlleva que sea aquella quien los posee la que deba acreditar los hechos determinantes de la *litis* .

Diversamente a lo que alega la propia parte recurrente, es la parte demandada la que, en virtud del **principio de facilidad probatoria**, disponibilidad y proximidad de fuentes de prueba, que la vigente LEC positiviza en el art. 217.7 º, tenía a su disposición las fuentes de prueba contradictorias para acreditar que no estaba incurso en esa causa de disolución.

Nada de lo anterior hizo la parte demandada, limitándose, tan sólo, a negar la falta de concurrencia de dicha causa de disolución.

13. Por todo ello, procede confirmar la sentencia de primera instancia y desestimar el recurso de apelación.

CUARTO.- 14. La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas del recurso a la apelante (art. 398 LEC).

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Gabino y la entidad Construcciones Perea Park, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 28 de octubre de 2013, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos, con condena a la apelante en las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la **cuenta** de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así lo pronuncian mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal, de lo que doy fe.