



Roj: **SAP M 13834/2018 - ECLI:ES:APM:2018:13834**

Id Cendoj: **28079370282018100455**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **26/10/2018**

Nº de Recurso: **357/2017**

Nº de Resolución: **582/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.47.2-2010/0004285

**Recurso de Apelación 357/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 658/2010

**APELANTE:** D. Ceferino

PROCURADOR: Dña. MATILDE MARIN PÉREZ

APELADO: D. Desiderio

PROCURADOR: Dña. MARÍA SALUD JIMÉNEZ MUÑOZ

APELADO: PROMOCIONES VILASECA 2000 S.L.

PROCURADOR: D. GERMÁN MARINA GRIMAU

**SENTENCIA nº 582/2018**

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 357/2017, los autos del procedimiento nº 658/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, relativo a acciones en materia de sociedades, en concreto, de exigencia de responsabilidad al administrador social.

Han intervenido en representación y defensa de la parte apelante, la procuradora D<sup>a</sup>. Matilde Marín Pérez y el letrado D<sup>a</sup>. José Vicente Ubeda Fernández por D. Ceferino ; y de la parte apelada, la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Salud Jiménez Muñoz y el letrado D. Luis Fernando Iscor Álvarez por D. Lucas (no personado en esta segunda instancia) y D. Desiderio .

Asimismo se persona en esta segunda instancia la mercantil PROMOCIONES VILASECA 200 S.L. representada por el Procurador D. Germán Marina y Grimau en concepto de apelada.

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



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 16 de abril de 2010 por D. Ceferino contra D. Bernardino, D. Candido, D. Arcadio, PROMOCIONES VILASECA 200 SL, D. Lucas, D. Desiderio y D. Eduardo en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictara sentencia que dijera lo siguiente:

" **SUPLICO AL JUZGADO:** Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, tenga a bien admitirlos y por formulada **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra DON Bernardino, DON Candido, PROMOCIONES VILASECA 2000 S.L, DON Arcadio, Lucas, Eduardo y Desiderio**, cuyas circunstancias personales ya constan en ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores prevista en el artículo 69 de la LSRL y de la acción legal prevista en el artículo 105 nº 5 de la LSTL, a fin de que se personen en los autos y contesten a la demanda en el plazo que la Ley establece; y, previos los trámites propios de esta clase de juicio, se sirva dictar sentencia por la que se condene a los demandados solidariamente al abono a mi mandante de la cantidad de **setecientos veinte mil (720.000) euros más las costas de los juicios ordinario seguidos en los juzgados de primera Instancia números 88 y 90 de Madrid**, así como a los intereses desde la fecha en que la obligación es exigible, que es desde la fecha en que se tenía que haber producido el pago de la cantidad adeudada y al pago de las costas y gastos de este procedimiento."

**SEGUNDO.-** Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 23 de noviembre de 2015, cuyo fallo era el siguiente:

" **ESTIMAR PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por la representación de D. Ceferino contra PROMOCIONES VILASECA 2000, SL, D. Arcadio, D. Bernardino y D. Candido y **CONDENAR** a PROMOCIONES VILASECA 2000, SL, D. Arcadio, D. Bernardino y D. Candido solidariamente, a pagar a la actora la cantidad de **SETECIENTOS VEINTE MIL EUROS (720.000 €)**, según desglose efectuado en el **FUNDAMENTO DERECHO SEGUNDO, letra b)**, de esta resolución, devengando dichas cantidades, hasta el completo pago del principal:

a).- El interés del artículo 58 Segundo de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque desde que las cantidades de 300.000 € y 300.000 € que figuran en los cheques eran exigibles (1 y 9 de julio de 2007).

b).- El interés legal incrementado en dos puntos desde sentencia, desde que las cantidades de 70.000 € y 50.000 €, pagadas por transferencia, eran exigibles (5 y 21 de noviembre de 2007), debiendo cada parte satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

**DESESTIMAR TOTALMENTE** la demanda interpuesta por la representación de D. Ceferino contra D. Eduardo, D. Desiderio y D. Lucas y **DEBO ABSOLVER** de sus pedimentos a D. Eduardo, D. Desiderio y D. Lucas, con imposición de costas a la actora. "

**TERCERO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Ceferino se interpuso recurso de apelación que, una vez admitido por el mencionado juzgado, fue tramitado en legal forma.

Completado el trámite ante el juzgado, los autos fueron enviados a la Audiencia Provincial, en cuyo registro general tuvieron entrada con fecha 5 de mayo de 2017.

Turnado el asunto a la sección 28ª, tras recibir ésta los autos, se procedió a la formación del rollo de apelación, que se ha seguido con arreglo a los trámites previstos para los procedimientos de su clase.

**CUARTO.-** La sesión de deliberación del asunto se realizó con el tribunal constituido al efecto en fecha 25 de octubre de 2018, respetando el orden de señalamientos establecido en este órgano judicial.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demanda presentada por D. Ceferino se dirigía con los administradores de la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, esgrimiendo tanto la acción individual ( artículo 69 de la LSRL y de los vigentes artículos 236 y 241 del TRLSC) como la de responsabilidad solidaria por impago de deudas sociales por no haber impulsado su disolución ( artículo 105.5 de la LSRL y del vigente artículo 367 del TRLSC).

El motivo de la reclamación del demandante hay que buscarlo en el impago por GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL de una deuda por importe de 720.000 euros, correspondientes a un cheque, de fecha 1/7/2007, de otra de 300.000 euros, por otro cheque del mismo importe, de fecha 9/7/2007, y de los derechos derivados de la realización de dos transferencias, de 70.000 u 50.000 euros, efectuadas el 5 y el 22 de noviembre de 2007.



En su demanda reprochaba a los sucesivos miembros del consejo de administración de la entidad deudora no haber promovido su disolución social cuando procedía, ni haber instado tampoco su concurso en tiempo, además de haberla llevado a su desaparición por la vía de hecho.

El demandante consiguió que su demanda prospera, en la primera instancia, contra varios de los que fueron miembros del consejo de administración de GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, pero no contra D. Lucas , D. Desiderio y D. Eduardo , por lo que su empeño es que se les condene también a éstos en la segunda instancia.

Tras analizar detenidamente el escrito de recurso llegamos a la conclusión de que los problemas jurídicos que se nos suscitan en él son los siguientes:

1º) cuánto duró el mandato de los apelados D. Lucas , D. Desiderio y D. Eduardo como miembros del consejo de administración de GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL;

2º) si se produjo la concurrencia de la causa de disolución por erosión patrimonial derivada del padecimiento de pérdidas agravadas en la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL durante el tiempo en el que los referidos apelados fueron miembros del órgano de administración de esta entidad;

3º) si tiene aquí trascendencia el eventual incumplimiento por los demandados de la obligación de presentar en plazo el concurso de GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, incurriendo en una quiebra del mandato del artículo 5 de la LC;

4º) si devino una situación de desaparición de facto de la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL bajo el mandato de los apelados

5º) si, de no prosperar los alegatos precedentes, debería revisarse la imposición a la parte actora de las costas de la primera instancia, en lo que respectaba a su demanda contra D. Lucas , D. Desiderio y D. Eduardo .

Vamos a analizar cada uno de esos problemas jurídicos, teniendo en cuenta el enfoque que efectúa la defensa de la parte apelante a propósito de cada uno de ellos

**SEGUNDO.-** En lo que atañe a la duración en el desempeño del cargo de miembros del consejo de administración de GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL por parte de los señores D. Lucas , D. Desiderio y D. Eduardo , éstos aceptaron empezar a ejercerlo con fecha 14 de enero de 2008, según las misivas suscritas por los mismos que obran en autos. Por lo tanto, desde entonces surtió efecto su designación, según disponía el nº 4 del artículo 58 de la LSRL y prevé ahora el nº 3 del artículo 214 del TRLSC.

Su permanencia en el cargo se produjo hasta el 29 de octubre de 2008, fecha en la que comunicaron su renuncia al cargo de consejeros mediante burofax dirigido a la sociedad y entregado en esa fecha al presidente del consejo de administración, órgano éste que estaba además compuesto por otras personas. La dimisión del administrador produce sus efectos con la mera comunicación de la misma a la sociedad, operando de modo unilateral, sin necesidad de atender a que ésta la acepte. Ahora bien, esta afirmación general exige dos precisiones: 1º) que habiendo tercero afectado es exigible prueba suficiente de cuándo produjo, de modo inequívoco, sus efectos tal cese para que el administrador pueda oponerlo como límite a la exigencia de responsabilidad; y 2º) que en el caso de administrador único ( o incluso en el de aquél miembro del consejo de administración que pudiera así impedir su válida constitución) podría no eximirse de responsabilidad al dimisionario si éste, además de expresar su voluntad en ese sentido, no hubiese adoptado o promovido las medidas necesarias para proveer a su sustitución, mediante la convocatoria, en su caso, de la correspondiente junta de socios con ese fin, a fin de que la misma no quedase acéfala. Pues bien, en el caso que nos ocupa nos consta la prueba escrita de la dimisión de los apelados y de su formal notificación, y no se trataba de administración única que dejara acéfala a la sociedad. Luego la dimisión produjo plenos efectos. De manera que el mandato de los apelados se prolongó, por lo tanto, durante unos ocho meses, en concreto, desde el 14 de enero al 28 de octubre de 2008, si bien no llegó nunca a inscribirse en el Registro Mercantil, aunque ello no implicaba efectos constitutivos.

**TERCERO.-** Para la constatación de la concurrencia de la causa de disolución por erosión patrimonial, debemos analizar cuál era la situación de GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, a la luz de la información obrante en autos, cuando los apelados fueron miembros de su órgano de administración. Vamos a tener que emplear en ello varios de los fundamentos de esta resolución porque tendremos que precisar también determinados conceptos jurídicos que la parte demandante no maneja adecuadamente , tal vez porque le interesa tratar de sembrar dudas en un terreno que, en realidad, resulta bastante diáfano.

El apelante equivoca los conceptos cuando pretende negar relevancia a las aportaciones de capital por compensación de créditos como modo de superar una situación de erosión patrimonial.



Se trata de uno de los modos legales de contribuir al incremento del capital social, según estaba previsto en el artículo 74.2 de la LSRL y lo está ahora en el artículo 301 del TRLSC, y no hay razón alguna para considerar de peor condición su incidencia patrimonial en la sociedad. Dependerá de las circunstancias concurrentes el que ésta pueda ser, precisamente, la alternativa elegida.

Es cierto que mediante la ampliación de capital por compensación de créditos la sociedad no recibe un ingreso de dinero, sino que se materializa a través de una operativa contable que implica una disminución del pasivo resultante de la capitalización del crédito. Ahora bien, aunque con el aumento de capital por compensación de créditos no afluyan nuevos fondos a la sociedad, no por ello constituye un mero juego contable, sino que puede provocar que una entidad supere la incursión temporal en causa legal de disolución al incidir de manera positiva en la situación económica de la misma. Eso se debe a que con la disminución del pasivo se produce, a su vez, un aumento del patrimonio neto. La supresión de la deuda social implica un efecto similar al de aumentar el activo con una cantidad de dinero equivalente a ella. El acreedor deja de serlo, y con ello de concurrir con los demás acreedores en su aspiración a ver satisfechos sus derechos con cargo al patrimonio social, pasando a convertirse en socio. Esto implica una contribución del acreedor social (condición que puede cumplir un tercero o el que ya fuese antes socio) al saneamiento de la situación económica de la entidad. Se cumple con ello la finalidad de protección de los intereses de los acreedores sociales en cuanto a la efectividad e integridad del capital social.

**CUARTO.-** También se equivoca el apelante cuando critica que se tome en cuenta el importe de las primas de emisión, que exige que se descuenten para analizar la existencia o no de la causa de disolución por erosión patrimonial.

Las primas de emisión forman parte del patrimonio neto de la entidad y deben ser tenidas en cuenta a los efectos de determinar si la sociedad está incurso en causa de disolución por pérdidas, según señala el artículo 36.1 del C. de Comercio. No siempre es necesario, para superar la incursión en causa de disolución, ampliar la cifra del capital social en el mismo importe que el desequilibrio previo, sino que puede, entre otras alternativas lícitas y en ocasiones preferibles, según las circunstancias del caso, efectuarse una ampliación por una cuantía inferior, siempre que el pago de la prima de emisión resulte suficiente para compensar aquél hasta reequilibrar el patrimonio neto.

**QUINTO.-** Con esos antecedentes, simplemente no podemos hacer nuestros los cálculos, que a partir de conceptos errados, realiza la parte apelante, para fijar a su conveniencia la incursión de la entidad en causa de disolución por erosión patrimonial, es decir, por el padecimiento de pérdidas que hubiesen menguado el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (antiguo artículo 104.º 1.e de la LSRL y vigente artículo 363.1.e del TRLSC) .

No puede el apelante refugiarse en el alegato de que la falta de inscripción de los acuerdos de ampliación los harían inoponibles, frente a él, puesto que D. Ceferino , era una persona con estrechas vinculaciones con la entidad GADAIR EUROPEAN AIRLINES SL y con el proceso de incorporación de nuevos socios a ella, tal como nos permite considerar demostrado, además de otros indicios, la prueba de interrogatorio del demandante, en su modalidad de "ficta confessio" ( artículo 304 de la LEC), por no haber comparecido para su práctica (ya que lo que se adujo en la vista en su descargo para no hacerlo, dadas las fechas del certificado que aportó, fue claramente insuficiente, de modo que entendemos que pudo y debió presentarse a la convocatoria judicial).

Dado el tener del litigio nos parece más relevante, a los efectos de imponer o no responsabilidad a los administradores, el que efectivamente existieran aportaciones bastantes para reequilibrar el patrimonio social, aunque estuviese pendiente la formalidad de su inscripción.

Pues bien, atendiendo al informe emitido por el administrador concursal de GADAIR EUROPEAN AIRLINES SL, que, tanto por razón de su designación judicial como por la de su cometido, nos parece un técnico idóneo para emitir su parecer al respecto, resulta que los fondos propios de esta entidad en 2008, ejercicio social que se corresponde con el mandato de los apelados, ascendían a 12.380.617 euros, por lo que no eran inferiores a la mitad de la cifra del capital social (entonces de 21.817.388 euros) con lo que no concurría la causa de disolución invocada por la parte apelante. Tampoco al cierre del ejercicio 2007, justo antes del inicio del mandato de los apelados, la entidad estaba incurso en esa causa, según se desprende, asimismo, del referido informe, aunque pudiera haberlo estado unos meses antes, fuera del período de administración social correspondiente a los apelados.

**SEXTO.-** La invocación del artículo 5 de la LC, reprochando a los administradores sociales no haber presentado el concurso en el plazo legal, tiene su adecuado encaje en sede de calificación del concurso ( artículo 165.1º LC) y del específico régimen de responsabilidad concursal previsto en materia concursal (antiguo artículo 172.3 LC, luego vigente artículo 172 bis de la LC).



No tiene sentido que se funde en ello la exigencia de la acción de responsabilidad por deudas, porque para que ésta prosperase lo decisivo no sería la concurrencia de una situación de insolvencia (imposibilidad de cumplir las obligaciones), que es lo que pone en juego la obligación de solicitar el concurso, sino la existencia de déficit patrimonial (desbalance) que exigiera poner en marcha el mecanismo para la disolución social. Ya hemos descartado la apreciación de la insuficiencia patrimonial para el período correspondiente al mandato de los administradores sociales apelados.

Si el escenario lo fuera de una situación de insolvencia sin déficit patrimonial, las únicas consecuencias se depurarían en el ámbito concursal, a lo que antes hemos aludido. Tampoco podría justificarse como único sustento de la acción individual de responsabilidad porque su soporte vendría a superponerse con el que vamos a analizar en el fundamento subsiguiente, en la medida en que lo interesaría no sería si se fue tarde a concurso, sino si entretanto se hizo desaparecer el contenido patrimonial de la entidad deudora que estaría llamado a soportar, mediante su realización y conversión en dinero, el pago de las deudas sociales.

**SÉPTIMO.-** El apelante insiste en que debería haber prosperado la acción individual de responsabilidad ejercitada contra los apelados que sustenta en que habrían permitido la desaparición de facto de la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, cercenando los derechos de los acreedores sociales.

Este planteamiento del apelante colisiona con varias circunstancias que demuestran que la acción no tiene posibilidad alguna de prosperar.

La primera de ellas es que el dato que el recurrente invoca para tratar de demostrar el cierre de la sede social, como indicio de desaparición de la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, es una diligencia negativa de fecha 1 de diciembre de 2009, por lo que se trata de un hecho más de un año posterior al que anteriormente hemos señalado en el que los apelados dejaron sus cargos. Ellos ya no estaban al frente de la sociedad entonces y no pueden ser responsabilizados por lo acaecido con posterioridad a su mandato, cuando ya no disponen de control alguno sobre la gestión social.

Otro tanto ocurre con el dato que se invoca del cese de operaciones de GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL en el ejercicio 2009, cuando, como hemos explicado, los apelados habían dejado el órgano de administración en 2008.

Por último, no tiene sentido que se esté insistiendo en sustentar la acción individual en haber hecho desaparecer la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL por la vía de hecho, cuando en 2010 esta sociedad se presentó a concurso voluntario, con la finalidad, precisamente, de atender los derechos de sus acreedores y no de obviarlos por completo.

**OCTAVO.-** El apelante considera que no debería haber sufrido la imposición de las costas de la primera instancia, en lo que corresponde a los tres sujetos aquí apelados, porque ni las cuentas de los ejercicios 2007 y sucesivos, ni las ampliaciones de capital operadas en GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, habrían sido objeto de inscripción registral, de manera que se trataba de información que no pudo conocer al preparar su demanda.

Hemos de recordar que en materia de costas, como regla general, rige el principio del vencimiento previsto en el nº 1 del artículo 394 de la LEC. Es por ello que, en principio, cada parte actora debería responder de las costas derivadas de la íntegra desestimación de sus pretensiones. No obstante, hay una única excepción a tal regla, que vendría dada, según dispone la norma apuntada, por la apreciación de que concurriesen serias dudas de hecho o derecho que hubiesen sido constatadas al ser enjuiciado el caso concreto, lo que revelaría como más prudente no efectuar condena en costas.

Para aplicar la excepción hay que constatar, apreciándolo y razonándolo de modo expreso, pues así lo exige el nº 1 del artículo 394 de la LEC, bien que los hechos sometidos a litigio no quedaron suficientemente aclarados o podían ser interpretados en sentido dispar, bien que jurídicamente la solución de la contienda era muy discutible, por no ser clara la norma reguladora del supuesto de hecho o suscitarse dudas a tenor de la jurisprudencia recaída en casos similares.

No advertimos que se dé ninguna de estas situaciones de excepcionalidad en el caso que nos ocupa, ni desde el punto de vista fáctico, ni jurídico. Aunque la parte apelante, señala, con razón, que faltaba información actualizada en el Registro Mercantil sobre la entidad GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, consideramos que ello no era motivo suficiente para demandar, como lo ha hecho, a los aquí apelados. La vinculación de éstos con esa entidad fue durante un lapso temporal muy corto y también fue extrarregistral, por lo que no fue la apariencia creada por la publicidad del Registro Mercantil lo que pudo motivar la demanda planteada contra ellos por la parte actora. Por otro lado, existen indicios en autos, que se refuerzan con el resultado de la prueba de interrogatorio del demandante, en su modalidad de "ficta confessio" (cuyo operativa ya hemos explicado), que apuntan a la existencia de conexiones entre éste y la operativa de incorporación de nuevos socios a GADAIER EUROPEAN AIRLINES SL, lo que vuelve a alertarnos sobre el hecho de que el actor no era tan ignorante de las





vicisitudes que afectaron a esta sociedad como ahora pretende, interesadamente, tratar de hacernos ver con el único fin de intentar eludir una condena en costas que le incumbe soportar con arreglo a las reglas generales del Derecho procesal.

**NOVENO.-** Imponemos a la parte 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 pronuncia el siguiente

### FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Ceferino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el seno del procedimiento número 658/2010.

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

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 contra la presente sentencia, 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.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.