



Roj: **SAP M 3401/2019 - ECLI:ES:APM:2019:3401**

Id Cendoj: **28079370282019100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **26/03/2019**

Nº de Recurso: **274/2018**

Nº de Resolución: **162/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28

MADRID

C/GRAL. MARTINEZ CAMPOS 27

Tfno : 914931988/9 Fax : 914931996

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0291795

RECURSO DE APELACION 274/2018

Proc. Origen : 39/2016

Organo Procedencia : Mercantil nº 4

Recurrente : D. Jesús Ángel

Procurador : D. IGNACIO MELCHOL DE ORUÑA

Abogado : D. ÍÑIGO LÓPEZ RECALDE

Recurrida : BPN CORBETA WORLD S.L.

Procuradora : DÑA. MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCÍA

Abogado : D. RAFAEL ALVAR DE LA CALLEJA

S E N T E N C I A Nº 162/2019

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

En Madrid, a veintiséis de marzo 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 JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 274/2018 interpuesto contra la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017 dictado en el proceso número 39/2016 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 04 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada D. Jesús Ángel , siendo apelada la parte demandante BPN CORBETA WORLD S.L., 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 30 de diciembre de 2015 por la representación de BPN CORBETA WORLD S.L. contra ORIENTAL PLAYA, S.A., D. Jesús Ángel y DÑA. Flora , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"se dicte sentencia por la que se acuerde condenar solidariamente a los codemandados al pago a la Actora de la cantidad de UN MILLÓN SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (1.064.578,94 euros), más los correspondientes intereses moratorios y procesales, con expresa condena en costas a los mismos".

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 04 de Madrid dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 2017 cuyo fallo es del siguiente tenor :

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por PNB CORBETA WORDL, S.L., frente a D. Jesús Ángel y la mercantil ORIENTAL PLAYA, S.A., y debo condenar y condeno a los demandados a abonar solidariamente a la parte demandante la cantidad de 1.064.578,94 euros más los intereses legales a contar desde el día 9 de diciembre de 2015. Se imponen igualmente a los demandados los intereses de la mora procesal previstos en el artículo 576 de la LEC .

Se imponen las costas de este procedimiento a los demandados".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada D. Jesús Ángel 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 21/03/2019.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil PBN CORBETA WORLD S.L. (en adelante, PBN) interpuso demanda contra ORIENTAL PLAYA S.A. (en adelante, ORIENTAL) en reclamación de la suma de 1.064.578,64 € así como contra sus administradores solidarios Don Jesús Ángel y Doña Flora en reclamación de la misma suma y en ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas del Art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital por falta de adopción de iniciativas disolutivas en presencia de una situación de pérdidas cualificadas legalmente configurada como causa de disolución obligatoria.

En el curso del proceso falleció Doña Flora sin que se produjera su sucesión procesal al desistir la actora de la acción entablada contra ella.

El fundamento de la deuda reclamada es el siguiente: habiendo adquirido PBN una industria hotelera anteriormente explotada por ORIENTAL, mediante resolución de 3 de septiembre de 2015 (folios 118 y ss.) la Tesorería General de la Seguridad Social, apreciando la existencia de sucesión de empresa, derivó a la primera la responsabilidad solidaria hasta la suma de 1.064.578,64 € correspondiente a descubiertos en que había incurrido la anterior titular por el periodo comprendido entre septiembre de 2010 y febrero de 2014, todo ello en aplicación del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y del Art. 127-2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social entonces en vigor, precepto este a cuyo tenor *"En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión"* . Efectuado el pago de dicha deuda por parte de PBN el día 9 de diciembre de 2015, interpone la presente demanda contra ORIENTAL con base en el Art. 1145 de Código Civil con arreglo al cual *"El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo"*.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Jesús Ángel a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- Insiste en esta instancia el apelante Sr. Jesús Ángel en que la demandante carece de legitimación activa ya que, fundando su reclamación en el Art. 1145 del Código Civil , dicho precepto solo otorga tal cualidad a quien *"...hizo el pago..."* , siendo así que en el caso que nos ocupa el pago no lo hizo PBN sino la entidad bancaria BBVA.



El argumento nos parece inasumible. Es patente que la transferencia que BBVA efectuó en favor de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL obedeció al hecho de haberse constituido dicha entidad de crédito en fiadora de PBN por razón de la responsabilidad solidaria que dicho ente público le había derivado, y de hecho, como no podría ser de otro modo, consta en el documento de transferencia (folio 272) que de modo simultáneo a dicha operación se procede a cargar en la cuenta del afianzado (PBN) el mismo importe transferido. En suma, el pago mediante fiador es una modalidad de pago tan válida como cualquier otra, además de habitual en el tráfico.

Muestra el apelante su inquietud ante la eventualidad de que BBVA, una vez realizada la transferencia a la que venía obligada en virtud del contrato de fianza, llegase a reclamar lo pagado a ORIENTAL. No vemos, sin embargo, fundamento alguno a dicho temor cuando las acciones con que cuenta el fiador que paga la deuda son acciones contra el deudor afianzado (PBN) y no contra terceros (Arts. 1838 y 1839 del Código Civil).

Se reproducen igualmente en el recurso los argumentos por los que el hoy apelante negara en la instancia anterior la existencia de la deuda con base en el Art. 1145 del Código Civil . En tal sentido, se alega que tanto él como la codemandada fallecida sufrieron también expediente de derivación de responsabilidad de la TESORERÍA GENERAL en relación con deudas contraídas por ORIENTAL y que, como consecuencia de ello, afrontaron pagos de cuantía superior al pago realizado por PBN, entendiéndose por ello que el pago de esta última no es de la totalidad de la deuda y que tal pago no les ha aprovechado a ellos mismos (Srs. Flora Jesús Ángel) por cuando, de la deuda contraída por ORIENTAL con la TESORERÍA GENERAL, ellos han satisfecho una cantidad mayor que PBN.

Conviene comenzar puntualizando que la reclamación ejercitada en la demanda y fundada en el Art. 1145 del Código Civil no se dirige contra los Srs. Flora y Jesús Ángel sino contra ORIENTAL. La acción ejercitada contra aquellos es únicamente una acción de responsabilidad en tanto que administradores de esta última que solo podría hacerse efectiva una vez convenientemente establecida la deuda que ORIENTAL pueda mantener con PBN con base en el referido precepto legal (Art. 1145). Y es igualmente relevante destacar que la demanda no tiene por objeto la totalidad de las deudas que ORIENTAL pueda haber contraído con la TESORERÍA GENERAL sino exclusivamente aquella parte a la que se refiere el expediente de derivación que se sustanció contra PBN, es decir, la suma de 1.064.578,64 € correspondiente a descubiertos del periodo comprendido entre septiembre de 2010 y febrero de 2014. Por lo tanto, teniendo en cuenta, por un lado, que esa suma fue íntegramente satisfecha por PBN y, por otra parte, que nadie ha sugerido en el presente proceso que la TESORERÍA GENERAL haya incurrido en una hipótesis de doble cobro de la misma deuda, es patente que aquellas cantidades que puedan haber satisfecho los Srs. Flora y Jesús Ángel han de estar referidas, por obvias razones, a deudas distintas de la que nos ocupa en el presente litigio y de las que nunca se hizo corresponsable, por derivación, a PBN.

Por otro lado, aunque ligado íntimamente con lo anterior, razona el apelante que, en todo caso, en aplicación del Art. 1338 de Código Civil (*"Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros"*), PBN solamente podría reclamarles a los Srs. Flora y Jesús Ángel el 50 % de lo pagado, porque el otro 50 % es deuda que incumbiría, en calidad de obligada solidaria, a la propia PBN. Pues bien, insistiendo una vez más en que la acción fundada en el Art. 1145 no se dirige contra ellos y que la reclamación se constriñe a aquella parte de la deuda de ORIENTAL de la que se hizo corresponsable solidaria a PBN, no consideramos acertada, salvo lo que se dirá en relación con las últimas mensualidades del periodo en descubierto, esa línea argumental que postula la división interna de la deuda entre corresponsables solidarios.

En efecto, la S.T.S. de 3 de noviembre de 2004 nos recuerda la vieja distinción entre los conceptos de débito y responsabilidad al decir que *"...se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a la facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos)"*. Podemos convenir con el apelante en que, cuando de corresponsabilidad solidaria se trata, dicha distinción resulta inoperante en la relación externa que existe entre el acreedor y los corresponsables solidarios, pues a aquel se le concede igual poder de agresión sobre el patrimonio de estos, de manera que en ese terreno resulta estéril distinguir cuáles de ellos son realmente deudores y cuáles meramente responsables de la deuda. No sucede lo mismo, en cambio, en la relación interna entre corresponsables solidarios. Es muy reiterada -y por ello de innecesaria cita- la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual, una vez satisfecha la deuda por uno cualquiera de los obligados solidariamente, no existen límites en el posterior debate que, con base en el Art. 1145 del Código Civil , puedan mantener entre sí los corresponsables en orden a dilucidar la naturaleza y el contenido del vínculo jurídico del que nació la solidaridad ni, en particular, en orden a lograr que, una vez destruida la presunción de igualdad del Art. 1138 anteriormente transcrito, tenga cabida cualquier desenlace en cuanto a la distribución interna del débito



que sea consecuente con dicho examen. Así, solo por citar una ya ciertamente antigua pero cuyo criterio no ha variado con los años, la S.T.S. de 19 junio 1989 señalaba que *"...sin perjuicio, claro está, de que la responsabilidad solidaria reconocida frente al acreedor (...) puede generar consecuencias de determinación cualitativa y cuantitativa responsabilizadora, según el grado o módulo de ésta, entre los acreedores solidarios..., y a dilucidar entre ellos en su caso con base en lo normado en el párrafo segundo del artículo 1145 del Código Civil y previa la destrucción de la presunción de igualdad que previene el artículo 1138 del mismo Cuerpo legal sustantivo, y a cuya proporcionalidad responsabilizadora es ajena la indicada entidad acreedora demandante, puesto que ésta ante los deudores responsabilizados solidariamente tiene la garantía personal que supone la solidaridad, sin necesidad de que le afecte el fraccionamiento que pudiese corresponder a dicha responsabilidad solidaria entre los deudores por ella afectados"*.

De acuerdo con dicha idea, es la propia naturaleza de la norma que hizo a PBN solidariamente responsable de la deuda la que, por sí sola, destruye la presunción de igualdad del Art. 1.138 del Código Civil. En efecto, salvo lo que a continuación se dirá en relación con las últimas mensualidades de descubierto, la mayor parte de lo satisfecho por PBN corresponde a deuda de seguridad social que dicha entidad nunca contrajo con la TESORERÍA GENERAL pues quien la contrajo fue el empleador que incurrió en los correspondientes descubiertos, es decir, la mercantil ORIENTAL. La circunstancia de que existan normas legales que obliguen a PBN a responder de esa deuda ajena con el fin de reforzar las garantías de cobro de dicho ente estatal no permite configurar a aquél a quien se impone dicha carga, en la relación interna que define el Art. 1145 del Código Civil, como verdadero deudor en régimen de igualdad con el único y verdadero deudor. O dicho de otro modo: que PBN sea responsable frente a la TESORERÍA GENERAL en las mismas condiciones en que lo sería cualquier deudor no significa que en la relación interna con quien generó la deuda (ORIENTAL) PBN pueda ser tratada como deudora.

Aclarado este punto, hemos de reconocer que asiste la razón al apelante cuando alega que la parte de la deuda que corresponde a ORIENTAL no es la totalidad de la suma de 1.064.578,64 € que se derivó en régimen de responsabilidad por sucesión de empresa a PBN dado que, dentro de la totalidad del periodo de descubiertos a que dicha deuda se refiere (de septiembre de 2010 a febrero de 2014), a partir de noviembre de 2013 y hasta que PBN se hizo cargo definitivamente de los trabajadores, estos estuvieron a cargo de otras empresas distintas de ORIENTAL. En efecto, lo indicado en la resolución administrativa que puso fin al expediente de derivación fue que *"En relación con el periodo de tiempo en que los trabajadores figuraron encuadrados en la empresa JOY SERVICE LOGISTIC S.L. hay que recordar como el propio representante de TURISMO Y HOTELES DE BALEARES S.L. manifestó que se llevó a cabo como una solución temporal hasta que esta empresa se pudiese hacer cargo de dichas relaciones laborales, para no interrumpir la actividad del hotel. Por lo tanto de los hechos expuestos se considera probado que, en relación con las prestaciones de servicios de los trabajadores que figuraron en cuadrado en los códigos de cuenta de cotización de las empresas JOY SERVICE LOGISTIC S.L. Y TURISMO Y HOTELES DE BALEARES S.L., el efectivo empleador era PBN CORBETA WORLD S.L. por lo que en aplicación del artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, BOE de 29 de junio, dicha mercantil es la responsable de la obligación de cotizar"* (folio 127, énfasis añadido) (señalar al respecto que, a tenor del referido Art. 15-5, 15-4 *"En caso de que la responsabilidad por la obligación de cotizar corresponda al empresario, podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio que se establece en esta ley y su normativa de desarrollo contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes"*). Y añade la referida resolución administrativa en otro de sus apartados que *"Desde el mes de **noviembre de 2013** era la empresa PBN la que sería beneficiaria de la explotación del HOTEL CORBETA, y ello es así hasta que en el mes de julio, previa actuación inspectora, desaparecen de la gestión del HOTEL CORBETA las otras dos empresas"* (se refiere a JOY SERVICE LOGISTIC S.L. Y TURISMO Y HOTELES DE BALEARES S.L.; véase folios 122 y 121 "in fine"; el énfasis es nuestro).

Consiguientemente, de la suma total de 1.064.578,64 € abonada por PBN, la deuda correspondiente a las mensualidades de noviembre de 2013 en adelante era deuda propia de PBN y en modo alguno deuda de ORIENTAL que se hubiera impuesto a aquella por derivación. Esa suma es, como dice el apelante, de 49.309,65 € y no de 13.805,76 € (como sugiere erróneamente la apelada PBN al referirse exclusivamente a enero y febrero de 2014 y no a las mensualidades de noviembre y diciembre de 2013 también incluidas por la TESORERÍA GENERAL en su resolución dentro de dicho concepto). La deuda de ORIENTAL para con PBN ha de concretarse, pues, una vez efectuada la oportuna deducción, en la cantidad de **1.015.268,99 €**.

Para concluir este apartado, consideramos oportuno indicar aquí que aquellos alegatos del apelante por los que se pretende negar la deuda de ORIENTAL con base en la mala fe que se imputa a PBN nos parecen inasumibles. El hecho de que PBN haya podido intentar eludir la derivación de responsabilidad efectuada por la TESORERÍA GENERAL a base de interponer temporalmente a otras empresas en la condición aparente de



empleadoras con el fin de difuminar el fenómeno de la sucesión empresarial constituye un problema que solamente incumbe a la relación entre PBN y la referida TESORERÍA GENERAL. Ninguna incidencia cabría atribuir, en cambio, a dichas posibles prácticas en la relación que mantiene PBN con ORIENTAL en tanto que obligada por la deuda de naturaleza pública que contrajo y que fue finalmente derivada, a pesar de haber intentado evitarlo, a quien no la había contraído, esto es, a PBN.

TERCERO .- Establecido, pues, que ORIENTAL adeuda a PBN la suma de 1.015.268,99 €, de lo que ahora se trata es de examinar la prosperabilidad de la acción de responsabilidad por deudas ejercitada contra el apelante Sr. Jesús Ángel en tanto que administrador de la primera de acuerdo con el Art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital y ante la falta de adopción por su parte de iniciativas disolutorias en presencia de una situación de pérdidas cualificadas legalmente configurada como causa de disolución obligatoria.

No resulta controvertido que en el ejercicio 2009 ORIENTAL incurrió en una grave y acusada situación de pérdidas cualificadas de la que no se ha recuperado, y es también inconcuso que la deuda que aquí se reclama nació con posterioridad a esa época.

Concurrirían, pues, méritos evidentes para apreciar la responsabilidad exigida en la demanda si no fuera porque el Sr. Jesús Ángel aduce que él cesó en su cargo de administrador el 30 de junio de 2015 por razón de caducidad del mismo de acuerdo con la mecánica contemplada en el Art 222 de la Ley de Sociedades de Capital y que el derecho de crédito de PBN habría nacido con posterioridad, el 9 de diciembre de 2015, que es cuando dicha mercantil efectuó el pago a la TESORERÍA GENERAL. Argumento que se funda en la doctrina jurisprudencial, suficientemente conocida, con arreglo a la cual quedan al margen del régimen de responsabilidad de los administradores las deudas sociales nacidas con posterioridad a su cese en el cargo.

La apelada PNB considera que, al no haber actuado diligentemente convocando la junta general necesaria para la renovación de los cargos de administración una vez que los existentes habían expirado por el transcurso del plazo estatutario correspondiente, no puede considerarse que el Sr. Jesús Ángel haya cesado en su condición de administrador. Consideramos que en torno a esta cuestión asiste la razón al apelante. Señala al respecto la S.T.S. de 10 de enero de 2013 lo siguiente:

"El cese del administrador puede acaecer por cualquier motivo válido o causa apta para producirlo, entre los que se encuentra, como viene reconociendo la jurisprudencia, el cese del administrador por la caducidad del nombramiento como consecuencia del agotamiento del plazo por el que fue designado (sentencia 700/2010, de 11 de noviembre, con cita de la anterior sentencia 123/2010, de 11 de marzo).

6. En nuestro caso, los administradores demandados habían sido nombrados miembros del consejo de administración en la junta general celebrada el día 19 de marzo de 1992, por un plazo de cinco años. Conforme a la normativa entonces vigente, en concreto el art. 145.1 RRM, el nombramiento caducaba cuando, vencido el plazo, se hubiera celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que debía resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior. Es por ello que, en principio, el nombramiento de los administradores demandados podía entenderse caducado desde el día 30 de junio de 1997. No obstante, fue mucho más tarde, el 13 de julio de 2005, cuando el registrador mercantil dejó constancia de la caducidad del cargo, a través de una nota marginal.

7. La relevancia de la constancia registral del cese del administrador ha sido precisada por esta Sala en ocasiones anteriores. En concreto la Sentencia 700/2010, de 11 de noviembre, distingue "entre los efectos materiales o sustantivos que se siguen de la falta de inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil y los efectos formales que afectan al cómputo del plazo de prescripción. En el plano material, la falta de inscripción del cese no comporta por sí misma que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo..."

CUARTO .- Establecido, pues, de acuerdo con la precedente doctrina, que el Sr. Jesús Ángel cesó en su cargo el 30 de junio de 2015, el nudo gordiano del litigio se desplaza a la determinación de la fecha de nacimiento de la deuda. En concreto, si esa fecha es anterior o posterior al 30 de junio de 2015, quedando enfrentadas en el litigio dos posiciones:

a.-) De acuerdo con la tesis del apelante Sr. Jesús Ángel, al ejercitarse en la demanda una acción de reclamación con base en el Art. 1145 del Código Civil, la deuda anterior se extingue con el pago, de manera que lo que surge de este es un derecho de crédito enteramente nuevo que ha de quedar datado en la propia fecha en que el pago se efectúa, en nuestro caso el 9 de diciembre de 2015, fecha ligeramente posterior a la del cese en el cargo de dicho demandado.

b.-) Para la apelada PNB, en cambio, la fecha de la deuda es aquella en la que ORIENTAL la contrajo con su acreedora TESORERÍA GENERAL (periodo de descubierto), de manera que lo único que hizo el pago por ella

acometido fue subrogarla en el mismo crédito -mucho más antiguo que la fecha de pago- que dicha entidad ostentaba.

Lo primero que hemos de indicar al respecto es que la elección de la opción interpretativa correcta entre las dos que acabamos de exponer no depende de que la reclamación se haya fundado en el Art. 1145 del Código Civil. Es este un precepto que define de forma neutra la relación estructural que se da cuando uno de los responsables solidarios paga la deuda y se dirige a recuperar lo pagado contra los corresponsables, pero no prejuzga la naturaleza de la acción que el pagador ejercita. Como hemos indicado anteriormente, no existen límites en el debate que, con base en el Art. 1145 del Código Civil, puedan mantener entre sí los corresponsables en orden a dilucidar la naturaleza y el contenido del vínculo jurídico del que nació la solidaridad, de manera que si lo que ejercita el pagador contra los corresponsables es una mera acción de reembolso o si, por el contrario, es una acción subrogatoria dependerá de la naturaleza del título obligacional que le habilita para exigir de estos la restitución total o parcial de lo pagado.

Por ello, la respuesta al interrogante planteado hay que buscarla más bien en el juego combinado de otros preceptos del Código Civil, en particular de los siguientes:

-Art. 1158 : *"Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.*

El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago".

-Art. 1159: *"El que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos".*

-Art. 1209: *"La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.*

En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto".

Art. 1210: *"Se presumirá que hay subrogación:*

1.º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.

2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda".

En el campo doctrinal se ha sistematizado el entramado de hipótesis -y correlativas clases de acciones- al que dan lugar los mencionados preceptos legales del siguiente modo:

1.- Acción de reembolso.-

Tiene por objeto recuperar lo pagado cuando quien paga es un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, ignorándolo el deudor. No existe aquí subrogación (es la hipótesis del Art. 1158, párrafo 2º). No es el caso que nos ocupa.

2.- Acción de repetición.-

Tiene por objeto recuperar estrictamente la utilidad producida al deudor cuando paga un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación y haciéndolo, además, en contra de la expresa voluntad de dicho deudor. Tampoco existe aquí subrogación (es la hipótesis del Art. 1158, párrafo 3º). Tampoco es nuestro caso.

3.- Acción de subrogación convencional.-

Se da cuando existe acuerdo para ella entre el tercero y el acreedor, como sucede en el caso de la cesión de crédito. Ello tiene lugar, habiendo dicho acuerdo, tanto si el tercero tiene interés en la obligación como si no lo tiene, y tanto si el deudor aprueba el pago como si lo ignora o se manifiesta contrario a él. Tampoco es nuestro caso.

4.- Acción de subrogación legal.-

Admite, a su vez, tres clases de hipótesis:

-a.-) Cuando paga un tercero y así lo dispone alguna norma concreta (Art. 1209).

-b.-) Cuando un tercero no interesado en la obligación paga con la aprobación del deudor (caso de los Arts. 1201-2 y 1159 "a contrario").



-c.-) Cuando paga un tercero interesado en la obligación, tanto si el deudor aprueba el pago como si lo ignora o se manifiesta contrario a él (es el caso del Arts. 1210, apartados 1 y 3).

En nuestra opinión el caso que nos ocupa se inscribe dentro de la última de las hipótesis que acabamos de definir como 4-c) (y, por derivación lógica, en el apartado 4-a)). En particular, en el supuesto que contempla el Art. 1210-3: *"Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda"*.

En efecto, es interesante poner de relieve que, más allá de los planteamientos dogmáticos que nos conduzcan a considerar a PBN, en la relación interna que mantiene con ORIENTAL, como un auténtico deudor o como un mero responsable no deudor, lo cierto es que, incluso considerando a dicha demandante como deudora pura, nuestra jurisprudencia no solamente no es reacia a considerar al deudor solidario que paga la deuda como un auténtico subrogado del Art. 1210-3 que acabamos de transcribir, sino que de hecho considera ese supuesto como paradigma indiscutible de las hipótesis de subrogación legal que dicho precepto contempla (evitaremos aquí la polémica doctrinal acerca de si los casos del Art. 1210 son casos de subrogación legal -como sostiene nuestra jurisprudencia- o si son meras presunciones de subrogación legal porque, aun cuando aceptásemos esto último, nadie habría destruido la presunción en el presente proceso). En efecto, la S.T.S. de 3 de febrero de 2009 es especialmente clara a este respecto cuando nos dice que *"...del ámbito del art. 1.210.3º CC no están excluidos los obligados al pago de la deuda; es más, el supuesto del solvens codeudor solidario constituye el supuesto indiscutido de los que se puedan comprender en el precepto, según se deduce con claridad de la interpretación literal y antecedente histórico del mismo"* (énfasis añadido).

Acerca de la cuestión relativa a determinar cuando existe en el pagador un interés en el cumplimiento de la obligación que permita atribuir al pago verificado eficacia subrogatoria, la misma sentencia nos indica que ese interés existe *"...cuando el incumplimiento del deudor puede habilitar al acreedor para agredir, hasta cierto punto o en determinada medida, el patrimonio de un tercero por existir una previa relación jurídica entre el tercero y el deudor, o entre el tercero y el acreedor, que incide en la que media entre deudor y acreedor"*, señalando más adelante que *"...tiene interés aquel "a quien se le puede seguir un perjuicio cierto, no hipotético o posible, del eventual incumplimiento de la obligación, o aquel que extraiga alguna ventaja cierta, no hipotética, del cumplimiento de esa misma obligación"*. Aplicando tal idea al caso que nos ocupa, no parece dudoso que PBN tenía un interés ostensible y apremiante en el cumplimiento de la obligación contraída en su día por ORIENTAL ya que, de no hacerlo, la TESORERÍA GENERAL disponía frente a ella, merced a la resolución firme de derivación de responsabilidad, de un poderoso instrumento de agresión sobre su patrimonio que hubiera determinado la ejecución forzosa sobre este del crédito objeto de derivación.

Establecido, pues, que nos encontramos en presencia de una hipótesis de subrogación del Art. 1210-3 del Código Civil, nos indica la mencionada S.T.S. de 3 de febrero de 2009 que *"Sentado lo anterior -que el art. 1.210 CC recoge casos de subrogación legal-, el automatismo opera en el sentido de que no es necesario para la subrogación el consentimiento del acreedor ni del deudor. No se requiere una declaración "ad hoc"; no es preciso pedir una cesión de acciones; el que se subroga (solvens) no tiene que advertir, notificar, ni comunicar la subrogación al acreedor, ni al deudor; basta, en definitiva, su ejercicio"*. Y, como consecuencia de todo ello, el debate mantenido en el litigio acerca de la fecha de nacimiento de la deuda objeto de reclamación se ha de decantar hacia los planteamientos sostenidos por la actora PBN: lo ejercitado no es una simple acción de reembolso que nacería "ex novo" del hecho del pago sino que os hallamos ante una hipótesis de subrogación o novación por cambio de acreedor donde el pagador se sitúa en la posición que ese acreedor tenía dentro de la relación obligatoria primitiva, la que, por ello mismo, subsiste.

Así pues, la fecha de nacimiento de la deuda es anterior a la fecha de cese del administrador apelante, de donde se infiere que, concurriendo los demás presupuestos, la acción de responsabilidad por deudas ejercitada es claramente prosperable aunque ello sea, como indica en su último inciso el Art. 1210-3, *"... salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda"*, pues ya hemos indicado con anterioridad que una parte, aunque sea discreta, de la deuda satisfecha por PBN no era deuda de ORIENTAL sino de ella misma.

Ello determina, en definitiva, el éxito parcial del recurso, éxito que ha de aprovechar, por razón de solidaridad y aun cuando no haya recurrido, a la codemandada ORIENTAL PLAZA S.L. En efecto, señala a este respecto S.T.S. de 15 de febrero de 2017 lo siguiente:

"El principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, quiebra en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza y también en aquellos supuestos en los que exista solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal (SSTS de 29 de junio de 1990, 9 de junio de 1998, RC n.º 1039/1994).



"Este criterio -que la jurisprudencia ha descrito como la fuerza expansiva de lo decidido en el recurso a quienes, unidos por un vínculo de solidaridad con el recurrente, no fueron recurrentes- hace la salvedad de aquellos casos en los que la resolución del recurso se basa en causas subjetivas que afectan solo a la parte recurrente (SSTS de 13 de febrero de 1993, RC n.º 2458/1990 , 8 de marzo de 2006, RC n.º 2586/1999 , 24 de noviembre de 2005, RC n.º 1481/1999 , 3 de marzo de 2011 , RIP n.º 1865/2007)".

Y es evidente que en el presente caso la estimación parcial del recurso no se funda en consideraciones personales del recurrente sino en características estructurales y objetivas predicables de la deuda en sí.

QUINTO .- Estimándose parcialmente el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., y lo propio cabe indicar respecto de las originadas en la instancia precedente por la demanda al conducir la presente resolución a una estimación tan solo parcial de la misma, todo ello de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-2 de la misma ley .

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

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Jesús Ángel contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Revocar parcialmente dicha resolución en el exclusivo sentido de dejar reducida a la cantidad de 1.015.268,99 € la condena que por razón de principal impone a los demandados la sentencia apelada, así como en el sentido de no haber lugar a efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas causadas en la instancia precedente, todo ello manteniendo -como mantenemos- los restantes pronunciamientos de su parte dispositiva.
- 3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

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.