



Roj: **SAP M 10805/2009 - ECLI:ES:APM:2009:10805**

Id Cendoj: **28079370282009100216**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **02/10/2009**

Nº de Recurso: **447/2008**

Nº de Resolución: **236/2009**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00236/2009**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 447/08.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 1289/2.003.

Órgano de Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 6de Madrid.

Parte recurrente: DOÑA Mónica

Procurador: Don Isidro Orquín Cedenilla.

Letrado: Don Diego Cabezuela Sancho.

Parte recurrida: DON Ezequias

Procurador: Doña María Luisa Montero Correal.

Letrado: Don Francisco Javier Ruiz Paredes.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 236/09

En Madrid, a dos de octubre de dos mil nueve.

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 antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 447/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2006 dictada en el juicio ordinario núm. 1289/2003 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Madrid .



Han sido partes en el recurso, como apelante DOÑA Mónica ; y como apelado, DON Ezequias , ambos representados y defendidos por los profesionales antes relacionados.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de DOÑA Mónica contra DON Ezequias y la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A., EN LIQUIDACIÓN", en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"a) Se declare la obligación solidaria de los demandados "TADEMA ASOCIADOS S.A. EN LIQUIDACIÓN" y DON Ezequias de proceder a la cancelación de la prenda constituida con fecha 12.11.91 sobre las cinco participaciones en los Fondos de Inversión BANCOTRANS (DB DINER F.I.A.M.M.) y se les condene a llevar a cabo la citada cancelación mediante los pagos o acuerdos necesarios con el acreedor pignoraticio obteniendo de éste carta de pago o cancelación, acreditando documentalmente el levantamiento de la garantía y su notificación fehaciente a la entidad depositaria de los fondos y al Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid para que surta efectos en el juicio de menor cuantía 610/94.

b) Subsidiariamente, si los demandados no llevasen a cabo la cancelación de la prenda en los términos de apdo. a) y/o si no resultase ésta posible por la venta judicial de los valores pignorados o por cualquier otro motivo legal o de hecho, según se acredite en el período de prueba o en ejecución de sentencia, se les condene solidariamente al pago de los daños y perjuicios, según se determine por los trámites del art. 712 LEC , con arreglo a las bases" que el mismo suplico se detallaban, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Madrid dictó sentencia con fecha 16 de noviembre de 2006 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda presentada por DOÑA Mónica , contra TADEMA ASOCIADOS, S.A., debo condenar y condeno a esta a que abone a la actora la cantidad de 289.465,92 euros, más las costas causadas. Absolviendo a DON Ezequias de las peticiones contra él formuladas. Las costas deberán ser abonadas por la actora".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso el demandado don Ezequias . Admitido el recurso por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 1 de octubre 2009.

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

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen de estas actuaciones doña Mónica ejercitaba una acción de cumplimiento contractual contra la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A., EN LIQUIDACIÓN" y, al parecer, contra su liquidador, don Ezequias , por la que interesaba, en esencia, que se declare la obligación solidaria de los demandados (de ambos) de proceder a la cancelación de la prenda constituida con fecha 12 de noviembre de 1991 sobre las cinco participaciones en los Fondos de Inversión BANCOTRANS (DB DINER F.I.A.M.M.), titularidad de la demandante, y se les condenase a llevar a cabo la citada cancelación mediante los pagos o acuerdos necesarios con el acreedor pignoraticio obteniendo de éste carta de pago o cancelación.

Subsidiariamente, para el caso de que los demandados no llevasen a cabo la cancelación de la prenda en los términos indicados o no resultase ésta posible por la venta judicial de los valores pignorados o por cualquier otro motivo legal o de hecho, se ejercitó contra la sociedad un acción de daños y perjuicios derivados de lo que la parte demandante entendía como un incumplimiento contractual de cancelar la garantía, y contra el liquidador la acción de responsabilidad del artículo 279 de la Ley de Sociedades Anónimas .

Ejecutada la garantía durante la sustanciación del proceso en primera instancia, la parte actora cibió su pretensión a la petición formulada con carácter subsidiario, cuantificando la reclamación en 289.465,92 (folio 517 a 519 y 600 de los autos), pretensión a la que se allanó la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A., EN LIQUIDACIÓN", representada por la administración concursal, dado que la sociedad había sido declarada en concurso necesario, también tras la presentación de la demanda.



La sentencia dictada en primera instancia condena a la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A., EN LIQUIDACIÓN" a pagar a la actora, doña Mónica , la suma de 289.465,92 euros de principal y absuelve al codemandado don Ezequias al no apreciar fraude o negligencia grave en la conducta del liquidador.

Frente a la sentencia se alza la parte actora que insiste en la condena del liquidador con fundamento en los motivos que a continuación se analizarán, a lo que se opone el demandado absuelto que interesa la confirmación de la sentencia apelada, habiendo quedado consentida la condena de la sociedad.

SEGUNDO.- La adecuada resolución del recurso exige tener en cuenta los siguientes hechos que se consideran acreditados:

a) Con fecha 12 de noviembre de 1991, la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A." reconoció adeudar a la entidad "B T ASOCIADOS FINANCIEROS S.V.B., S.A." (B T), la cantidad de 64.030.677 pesetas. Dicha deuda tenía origen en los descubiertos producidos en las cuentas de determinados clientes de "TADEMA ASOCIADOS, S.A." como consecuencia de diversas operaciones realizadas en el mercado de opciones y futuros, a través de B T, siguiendo las instrucciones de aquélla. De esta forma, "TADEMA ASOCIADOS, S.A." asumió como propios frente B T los descubiertos de sus clientes como consecuencia de las citadas operaciones, comprometiéndose B T a no ejercitar las acciones que le asistían frente a los clientes salvo que no se abonase la deuda por "TADEMA ASOCIADOS, S.A." en el plazo fijado de 24 meses, todo ello en los términos pactados en dicho documento (documento nº 1 de la demanda).

b) En garantía de los saldos de determinados clientes por el importe total de 51.879.989 pesetas, doña Mónica , constituyó una garantía prendaria a favor de B T sobre cinco participaciones en fondos de inversión BANCOTRANS (DB DINER, F.I.A.M.M.).

c) Con fecha 14 de noviembre de 1991, la sociedad "TADEMA ASOCIADOS, S.A." se comprometió frente a doña Mónica a que la garantía prestada por ésta no fuera ejecutada para lo cual, responderían, en su caso, y a que le fuera devuelta en el menor plazo posible (documento nº 3 de la demanda).

d) En junta celebrada el día 19 de octubre de 1992 se acordó la disolución de la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A." y se nombró liquidador sustituto a don Ezequias , que aceptó el cargo en dicha junta, para el caso de que no lo aceptase don Ildefonso , inscribiéndose con fecha 8 de agosto de 1994 el nombramiento del citado liquidador sustituto al no haber aceptado el cargo el designado en primer lugar (documento nº 3 de la contestación a la demanda).

e) A pesar del tiempo transcurrido desde que la sociedad se disolvió y aceptó el cargo el liquidador no consta que se haya practicado actuación alguna tendente a la liquidación de la sociedad.

f) La garantía prestada por la demandante fue ejecutada por el acreedor prendario en la cuantía de 289.465,92 euros, según resulta del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Madrid con fecha 12 de julio de 2005 (folios 576 a 578).

TERCERO.- La responsabilidad de los liquidadores tiene fundamento en el artículo 279 de la Ley de Sociedades Anónimas , al señalar que los liquidadores son responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo.

Siguiendo la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de junio de 2004 , para que prospere la acción de responsabilidad contra los liquidadores es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º) Un liquidador que en el desempeño de su cargo incumpla las obligaciones o funciones que le son propias, por estar determinadas en la ley o en los estatutos o por ser sencillamente anejas a su condición de gestor de los intereses sociales durante el período de liquidación.

2º) Que le sea imputable a título de culpa grave lo que implica la falta de diligencia que emplean en sus asuntos las personas menos cuidadosas o con fraude que presupone voluntad consciente de causar un perjuicio querido o previsto, sin que respondan, en consecuencia, de concurrir únicamente culpa leve.

3º) Existencia de cualquier perjuicio (en sentido amplio comprensivo del lucro cesante y del daño emergente) en el patrimonio del socio o del acreedor.

4º) Relación de causalidad entre la conducta del liquidador con fraude o negligencia grave y el perjuicio en el patrimonio del socio o del acreedor.

En el supuesto de autos no cabe duda de que el liquidador don Ezequias ha incumplido las obligaciones que le impone la Ley de Sociedades Anónimas en orden a la liquidación de la sociedad pues no consta que haya practicado operación alguna tendente a su ordenada liquidación y dicha omisión le es imputable a título de



culpa grave, dada la absoluta inactividad liquidatoria. En consecuencia, el tribunal no comparte la conclusión alcanzada en la sentencia que rechaza la concurrencia de culpa grave en el desempeño del cargo por el liquidador.

Conviene indicar a la vista de las finales alegaciones del escrito de oposición al recurso de apelación que, en los términos en que ha quedado delimitada la apelación respecto del demandado absuelto, este tribunal tiene pleno conocimiento tanto de los hechos como de la aplicación de las normas jurídicas aplicables al supuesto enjuiciado, dentro de los límites en que quedó definido el litigio en primera instancia ( artículo 456 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En consecuencia, este tribunal debe, conforme expresamente impone el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dictar sentencia mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el tribunal de primera instancia y, en su caso, conforme a las pruebas practicadas en apelación.

El recurso de apelación es un recurso ordinario, no extraordinario, por lo que no cabe reducir la labor del tribunal "ad quem" en la valoración de la prueba a la corrección de aquellos extremos manifiesta y flagrantemente irrazonables, ilógicos, erróneos o equivocados de la sentencia apelada, lo que supone desvirtuar, por limitarlo excesivamente, el sentido del recurso de apelación y la función del tribunal de segunda instancia, ante el que se produce una devolución plena de la causa, si bien constreñida por los términos en que se produce el debate en segunda instancia ( art. 465.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), además de, como ya le sucedía al tribunal "a quo", por aquellos en que quedó definida la litis en la primera instancia ( art. 456.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), máxime cuando se graban y pueden visionarse por el tribunal los actos orales desarrollados ante el juez.

Precisado lo anterior, no puede excusar tan dilatada inactividad el hecho de que fueran impugnados judicialmente los acuerdos adoptados en la junta de 19 de octubre de 1992, esto es, la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidador, pues no consta que fueran suspendidos ni que llegara a nombrarse liquidador de mutuo acuerdo entre el demandante y la sociedad en liquidación en virtud de la transacción alcanzada y aprobada en dicho proceso (sin intervención del resto de accionistas y a pesar del artículo 268 de la Ley de Sociedades Anónimas ) -folios 153 a 157 y 383 a 492.

Tampoco excusa al liquidador el hecho de que anunciara su voluntad de cesar en el cargo como consecuencia del citado acuerdo transaccional (documento nº 6 de la contestación a la demanda) pues no llegó nunca a concretarse tal renuncia, por el contrario, en la junta celebrada el día 29 de junio de 1994 aceptó continuar en el ejercicio del cargo para no dejar a la sociedad sin representación pero sin llevar a cabo, conforme a lo solicitado por la junta, actividad alguna de liquidación (documento nº 9 de la contestación a la demanda). Como es obvio, las funciones del liquidador vienen definidas en el artículo 272 de la Ley de Sociedades Anónimas sin que puedan ser limitadas o condicionadas por acuerdo alguno de los socios, por lo que el liquidador podrá aceptar o renunciar al cargo pero puede incurrir en responsabilidad si ostentando la condición de liquidador no realiza actividad alguna tendente a la ordena liquidación social y sin que pueda eludirla por el limitado mandato de la junta, pues la sola aceptación de continuar en el cargo en esos términos constituye negligencia grave en el desempeño del mismo.

Por otro lado, el hecho de que fuera desestimada la demanda presentada por un accionista contra los acuerdos adoptados en la junta de fecha 29 de junio de 1994 no supone que judicialmente se admitiera que el apelado ocupaba el cargo de "liquidador de forma provisional" o que se aceptase la posibilidad de que la junta limite las competencias del liquidador, pues nada de ello se analiza en la sentencia dictada con fecha 17 de junio de 1996 por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid , que se limita a desestimar la demanda, al entender que la junta impugnada había sido convocada por el liquidador con cargo vigente al no haber sido nombrado otro de mutuo acuerdo en la ejecución del acuerdo transaccional alcanzado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, sin que de la lectura de la resolución se deduzca otro motivo de impugnación, lo que, por otra parte, corrobora la condición de liquidador del apelado a pesar del acuerdo transaccional antes aludido.

Por la misma razón es irrelevante que en la junta celebrada el día 11 de septiembre de 2003 (documento nº 15 de la contestación a la demanda) se reiterara que debía continuar en el cargo a los solos efectos de evitar la acefalia de la sociedad pero absteniéndose de realizar acto liquidatorio alguno.

Asimismo, es patente el daño sufrido por la demandante que ha visto ejecutada la garantía por importe de 289.465,92 euros, sin que se haya planteado realmente en esta segunda instancia la inexistencia del daño al tiempo de la interposición de la demanda. Es más, en el escrito de oposición al recurso de apelación el apelado no insiste en la falta de legitimación activa invocada en la contestación a la demanda, precisamente, porque no se había ejecutado la garantía y, en todo caso, sólo discute el requisito de la negligencia grave o fraude en el desempeño del cargo y el nexo causal, asumiendo la existencia del daño hasta el punto de que se afirma en la página 5 del escrito de oposición que ". lo único que se somete a enjuiciamiento de la Ilma Sala a la que tengo el honor de dirigirme es si mi mandante debe responder de una deuda social en su condición



de liquidador o si por el contrario, y como concluye la sentencia de Instancia impugnada no concurren los requisitos legales exigidos para que tal responsabilidad pueda declararse.", todo ello, sin perjuicio de que, en realidad, la responsabilidad del liquidador lo es por daño y no por deudas.

Acreditada la negligencia grave y el daño queda por examinar la relación causal.

A juicio de la sala no se ha probado la necesaria relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones tendentes a la liquidación y el daño sufrido por la demandante, pues para ello debía haberse acreditado que al tiempo de acordarse la disolución de la sociedad, ésta tenía bienes suficientes para atender la deuda cuyo impago ha determinado la ejecución prendaria y que la falta de liquidación es, precisamente, el motivo por el que la actora no ha visto reintegrado el importe satisfecho o, que siendo insuficientes, se han atendido unas deudas y no otras sin respetar la prioridad en los pagos, sin que puede olvidarse que la responsabilidad del liquidador es una responsabilidad por daño y no una sanción por falta de liquidación.

Como indica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 28 de mayo de 2004, en supuesto análogo al aquí enjuiciado, "Sin embargo, no hay prueba de la relación de causalidad adecuada entre la referida omisión imputable al liquidador y el impago de la deuda social. Para entender otra cosa debería haberse demostrado que el patrimonio de la deudora era suficiente para pagar a todos sus acreedores o que, no siéndolo, los que cobraron debían haberlo hecho después de la actora, cuya condición de titular de privilegio ni siquiera se ha alegado. Tampoco hay prueba de que la deudora hubiera tratado desigualmente a sus acreedores. No se ha demostrado la relación de causalidad y ello impide estimar la acción contra el liquidador en aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba". En similar sentido, sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de junio de 2004, antes citada.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 9 de abril de 2007, con cita de las de 7 de enero de 1944, 14 de mayo de 1955, 14 de febrero de 1980, 29 de septiembre de 1986, 24 de enero de 2002, 12 de septiembre de 2002, 20 de febrero de 2003 y 29 de abril de 2003, indica que corresponde al reclamante del daño la prueba del daño mismo y de la relación de causalidad.

Los razonamientos expuestos determinan la confirmación de la sentencia en cuanto absolvió al liquidador, aunque sea por otros fundamentos, por no haberse acreditado la relación de causalidad entre el incumplimiento del liquidador y el daño causado, esto es, no consta en forma alguna que de haberse ultimado en forma legal la liquidación, la actora hubiera podido percibir cantidad alguna. Es más, según el balance aprobado al acordarse la disolución de la sociedad ésta tenía unos fondos propios negativos de 58.863.925 pesetas.

Tampoco puede sostenerse el nexo causal en la falta de ejercicio de acciones frente a los clientes de la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A.", cuyos descubiertos fueron asumidos por ésta frente al acreedor, en tanto que los mismos no eran deudores de esta sociedad sino de la mercantil B T, por lo que ninguna acción podía ejercitar frente a ellos la codemandada hasta que hubiera procedido al pago de la deuda al acreedor y este pago se ha producido tras la presentación de la demanda y como consecuencia de la ejecución de la garantía por lo que ninguna acción asiste a la sociedad "TADEMA ASOCIADOS, S.A." contra sus clientes.

Aunque ya carece de trascendencia, es necesario indicar que carece de relevancia para la resolución del presente recurso de apelación la sentencia recaída en la sección sexta del concurso de la entidad "TADEMA ASOCIADOS, S.A.", que es calificado como fortuito, aportada en esta segunda instancia por el apelado al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en primer lugar, porque no costa su firmeza y, en segundo término, porque la responsabilidad concursal se asienta en la generación o agravación del estado de insolvencia imputable, en este caso al liquidador, a título de dolo o culpa grave ( artículo 164 de la Ley Concursal ), siendo perfectamente compatible el rechazo de la responsabilidad concursal con la responsabilidad del liquidador por negligencia grave o fraude en el desempeño de su cargo ex artículo 279 de la Ley de Sociedades Anónimas .

CUARTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el apartado 1º del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

## PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Isidro Orquín Cedenilla en nombre y representación de DOÑA Mónica, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de



esta capital de fecha 16 de noviembre de 2006 , recaída en los autos de juicio ordinario nº 1289/03 del que este rollo dimana

2.- Confirmar la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ