



Roj: **SAP M 15149/2011 - ECLI:ES:APM:2011:15149**

Id Cendoj: **28079370282011100314**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/11/2011**

Nº de Recurso: **136/2011**

Nº de Resolución: **339/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00339/2011**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 136/2011

Materia: Sociedades. Responsabilidad administrador social.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 189/2007

SENTENCIA nº 339/11

En Madrid, a 25 de noviembre de 2011.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 136/2011, los autos del procedimiento de juicio ordinario nº 189/2007, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, el cual fue promovido por ALD AUTOMOTIVE SERVICES SA contra Dª. Santiago , siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones de responsabilidad contra un administrador social.

Han actuado en representación y defensa de las partes, el Procurador D. Fernando Anaya García y el Letrado D. Héctor Lozano Pérez por ALD AUTOMOTIVE SERVICES SA y la Procuradora Dª. Susana Clemente Mármol y el Letrado D. Miguel Ángel Armesto Díaz por Dª. Santiago .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 10 de abril de 2007 por la representación de ALD AUTOMOTIVE SERVICES SA contra Dª. Santiago en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba la condena de la demandada, por su condición de administrador responsable de la sociedad mercantil ATLAS SEGURIDAD SA, al pago de 11.343,70 euros, más intereses legales y costas.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 20 de enero de 2010 , en cuyo fallo se disponía lo siguiente:



"Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Anaya García, en nombre y representación de la mercantil Ald Automotive Services, S.A., debo condenar y condeno a D<sup>a</sup> Santiago , a pagar a la mercantil actora la cantidad de 11.343,70.- euros, la cual devengará el interés legal desde la interpelación judicial, con expresa imposición de costas a la demandada".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D<sup>a</sup>. Santiago se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde tuvo entrada con fecha 3 de marzo de 2011 y que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 24 de noviembre de 2011.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente se muestra discrepante con la condena que en la primera instancia le ha impuesto el juez de lo mercantil en su condición de administradora de la entidad ATLAS SEGURIDAD SA. Se le ha condenado en la resolución recurrida a responder ante la acreedora social ALD AUTOMOTIVE SERVICES SA del pago de la suma de 11.343,70 euros, derivada del alquiler de unos vehículos. El juzgado aplicó para ello la responsabilidad "ex lege" del artículo 262.5 del TRLSA , aunque en la demanda se entremezclaban también alegaciones que se vinculaban a la acción individual de responsabilidad del artículo 135 del TRLSA por haber permitido la demandada el cierre de facto de la entidad por ella administrada.

Debemos remarcar que la jurisprudencia se está mostrando ciertamente flexible y está entendiendo que, en el ámbito de una posible concurrencia entre la acción individual de responsabilidad ( artículo 135 del TRLSA o 69 de la LSRL ) y la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales (262.5 del TRLSA o artículo 105.5 de la LSRL ), no incurre en incongruencia la sentencia que fija, como determinante de la responsabilidad del administrador social, no el precepto legal, de ambos mencionados, que haya sido explícitamente invocado en la demanda, sino el otro, siempre que concurren los requisitos para ello y los hechos en que se funda hayan sido alegados por la parte ( sentencias de la Sala 1<sup>a</sup> del TS de 28 de septiembre de 2006 y de 14 de marzo de 2007 ). Por otro lado, la parte apelante no denuncia explícitamente la comisión de un defecto procesal de falta de congruencia al amparo del artículo 459 de la LEC , por infracción del artículo 218.1 de la LEC , de manera que nos atendremos, en principio, al título de imputación de responsabilidad que se deduce de la resolución apelada (si bien matizando que lo procedente es la aplicación de la normativa relativa a las sociedades anónimas y no la referente a las de responsabilidad limitada, lo que con cierta imprecisión se entremezcla en aquélla).

En la medida en que tenemos que referirnos a las normas de derecho societario que fueron invocadas, significamos que pese a que ya se haya integrado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las citas legales que efectuaremos todavía vienen referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que es el cuerpo legal que, con las reformas correspondientes, resulta aplicable al litigio.

Vamos a tratar de modo individualizado en los siguientes fundamentos cada una de las alegaciones que efectúa la recurrente en su escrito de apelación.

SEGUNDO.- Alega la apelante que ninguna responsabilidad debería alcanzarle puesto que el contrato suscrito entre la actora y la entidad ATLAS SEGURIDAD SA data de 31 de julio de 2002, es decir, de unos meses antes de que ella accediese al cargo de administradora de esta última (15 de octubre de 2002). Esta alegación supone, sin embargo, un intento de la demandada de desenfocar el objeto del proceso, pues lo determinante de la responsabilidad que se exige a la administradora apelante no radica en la suscripción del citado contrato con la parte actora, sino en la conducta que desplegó como responsable de dicha entidad en relación con los derechos de sus acreedores sociales. Si incurrió en pasividad ante la concurrencia, a partir de un momento determinado, de una causa de disolución, al no realizar las actuaciones exigidas en el artículo 262 del TR de la LSA , ello lleva aparejada su responsabilidad solidaria por obligaciones sociales ( sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2000 y 20 de julio de 2001 ). De ahí que no haya que buscar otro comportamiento negligente de la demandada distinto del que señala la ley, que impone una responsabilidad "ex lege" por el incumplimiento por su parte de la obligación legal de promover en tiempo y forma la disolución de la sociedad cuando concurrían causas para ello.



En cualquier caso, no está de más puntualizar que las facturas impagadas por arrendamiento de vehículos, que causan la deuda social que aquí nos ocupa, corresponden a finales del año 2004 y al año 2005, momentos éstos muy posteriores a la fecha en la que la apelante accedió al cargo de administradora (lo hizo dos años antes).

TERCERO.- La apelante alega que no debería exigírsele responsabilidad porque ella sólo figuraba formalmente como administradora, pero no desempeñaba, en realidad, el verdadero control y dirección de la entidad, que recaería en los socios de la misma y, en concreto, en su ex marido. Sin embargo, tal alegato ha resultado huérfano de respaldo probatorio que desvelase que lo que publica el Registro Mercantil no se compadeciese con la realidad. Por otro lado, precisamente de lo que existe rastro es del ejercicio por la recurrente de al menos algunas de las facultades inherentes al cargo de administrador, como lo fue firmar el único ejemplar de las cuentas anuales que la entidad depositó en el registro o decidir la revocación de los poderes de que disponía el socio Sr. Carmelo . En consecuencia la apelante ejerció el cargo de administradora cuando lo estimó oportuno.

La aceptación y desempeño del cargo de administradora por parte de la recurrente conllevaba la asunción de una responsabilidad en la gestión de la que no podía hacer dejación, ya que quedaban en sus manos intereses no sólo de los propios socios sino también de terceros acreedores. Por lo que su desentendimiento, sin aportación de justificación suficiente para ello, cuando le competía tomar decisiones y actuar, impide que pueda eximirse de responsabilidad, no siendo admisible que aduzca una falta de conocimiento de lo relacionado con la sociedad que de ser cierto se habría ocasionado por su propia falta de diligencia. Si el desconocimiento que aduce de la situación de la sociedad lo es por su inhibición en sus funciones como administrador social, ello no podrá utilizarlo nunca como excusa para eludir responsabilidades frente a tercero, como lo es el acreedor perjudicado. No puede admitirse al que incurre en una palmaria omisión de sus más elementales deberes el que pretenda luego aducir la ignorancia como motivo de defensa. Precisamente la omisión es uno de los comportamientos que puede generar responsabilidad civil. Le era exigible la realización de un comportamiento activo y las consecuencias legales para el comportamiento omisivo en tal caso son muy severas, ya que si no adoptaba, en tiempo y forma, las iniciativas precisas para promover la disolución social pasaba a responder de modo solidario de las deudas sociales, según establece el artículo 262.5 del TR de la LSA .

CUARTO.- Aduce la recurrente que no se han cumplido las premisas para que opere en su contra la responsabilidad del artículo 135 del TRLSA (en concreto, los de culpa, daño y relación causal) e insiste en que además nunca llegó a ejercer las funciones de administradora. A este segundo argumento ya hemos contestado en el fundamento precedente. Y con respecto al primer alegato basta con señalar que el régimen legal en el que el juzgado de lo mercantil fundó la condena lo fue en el del artículo 262.5 del TRLSA , que resulta distinto y más riguroso que el de la mera acción individual de responsabilidad contra el administrador, ya que a diferencia de este último no exige la concurrencia de los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual, bastando con la de los presupuestos señalados en la ley (quebrantamiento por el administrador, que se encontrase en el desempeño del cargo en el período que es objeto de enjuiciamiento, de la obligación propia del mismo de impulsar, en tiempo y forma, la disolución de la entidad cuando concurría causa legal para ello y existencia de obligaciones sociales pendientes de cumplimiento). No se exige para que opere este régimen ni la existencia de daño ni de relación de causalidad entre el incumplimiento del administrador y el impago de la deuda, pues la responsabilidad "ex lege" del artículo 262.5 del TR de la LSA , como la del artículo 105.5 de la LSRL , no persigue que, en última instancia, los impagos en que pueda incurrir una sociedad tengan que cubrirlos sus administradores sino que por éstos se reaccione para prevenir que en el tráfico mercantil puedan seguir operando entidades carentes de viabilidad. Si el administrador pasa a responder ante terceros afectados (los acreedores impagados) del pago de las deudas sociales, a tenor de dicha previsión legal, es precisamente a causa del incumplimiento de determinadas obligaciones propias de su cargo, de modo que el comportamiento omisivo que entraña una dejación en las mismas lleva aparejada la incursión en responsabilidad. Como ha tenido ocasión de explicar la jurisprudencia ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 y 7 de febrero de 2007 ) la aplicación de este régimen de responsabilidad del administrador social "no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma". Como enseña, además, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 (y en el mismo sentido se reiteró en la de 14 de mayo de 2007): "La acción para reclamar la responsabilidad solidaria de los administradores por incumplimiento de la obligación de instar la disolución de la sociedad es, según la calificación jurisprudencial más reciente, una acción de responsabilidad extracontractual ( SSTS de 4 de abril de 2006 y 24 de abril de 2006 ) dotada de singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad ( STS 27 de octubre de 2006 ), pues la jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes, ni siquiera de la existencia del daño mismo, pues constituye una responsabilidad formal de carácter solidario respecto de las deudas sociales, que (.) nace de la omisión del deber de promover



la disolución en los supuestos legalmente previstos ( SSTS de 3 de abril de 1998 , 20 de abril de 1999 , 22 de diciembre de 1999 , de 20 de diciembre de 2000 , 20 de julio de 2001 , 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, entre otras)".

QUINTO.- La recurrente aduce, en último lugar, que no se ha demostrado la concurrencia de causa de disolución que afectase a la entidad ATLAS SEGURIDAD SA y subrayó que no constituye tal la simple falta de presentación de las cuentas en el Registro Mercantil.

Debemos decir que, en efecto, el mero incumplimiento de la obligación de llevar la contabilidad y de presentar las cuentas anuales no sería motivo suficiente para imputar a la demandada la responsabilidad del artículo 262.5 del TRLSA . Sin embargo, constituía una obligación legal que incumbía a la administradora el haber depositado las cuentas en el Registro Mercantil, de modo que la falta de las mismas, desde el año 2003, no podrá esgrimirla contra tercero, debiendo padecer ahora las consecuencias adversas que puedan derivarse de la interpretación desfavorable de la situación de incertidumbre que se genere al respecto, teniendo en cuenta, además, que la disponibilidad y facilidad de acceso a la fuente de prueba la tiene a ese respecto precisamente la parte demandada, que si no ha aportado al proceso más información sobre la situación de la sociedad que administraba es, en defecto de otra explicación lógica, porque no le ha interesado traerla, lo que carece de sentido si verdaderamente hubiera podido resultar de utilidad para fundar una eventual exculpación, lo que solo puede ser valorado en contra de la mencionada demandada, a tenor de lo previsto en el artículo 217.7 de la LEC .

Lo cierto es que la parte demandante ha demostrado no sólo la falta de esa preceptiva información sobre la situación real de la sociedad deudora sino también la imposibilidad, constatada documentalmente, de hacer llegar al domicilio social de la misma, a mediados de 2005, los requerimientos de pago que aquélla ha intentado. Por otro lado, resulta paradójico que la apelante aduzca la falta de pruebas suficientes sobre el cierre de facto de la entidad, cuando ni tan siquiera se presentó, sin aducir motivo justificado para ello, a la prueba de interrogatorio de parte para la que estaba citada, lo que permitiría, al amparo del artículo 304 de la LEC , aplicarle la "ficta confessio" (que permitiría dar por probado un hecho cuando las circunstancias del caso lo aconsejasen, a fin de evitar que un vacío probatorio que hubiera podido ser causado por una parte, al no comparecer para someterse al interrogatorio de la defensa del contrario, pudiera perjudicar a la otra) lo que supondría obviar directamente su alegato de falta de acreditación de la concurrencia de causa de disolución.

En cualquier caso, el cierre registral por falta de depósito de cuentas y la imposibilidad de comunicarse con la entidad ATLAS SEGURIDAD SA en su domicilio social, que era el sustrato fáctico que se esgrimía en la demanda como sustento de la acción ejercitada, suponen datos de hecho cuya constatación permite apreciar que, a falta de prueba de lo contrario, afectaría a dicha sociedad la causa de disolución prevista en el artículo 260.1.3º del TRLSA , consistente en la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, entendida en sentido amplio (como se hace en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999 , de la Audiencia Provincial Barcelona, secc.15ª, de 30 de junio de 1998 , de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 16 de febrero de 2000 , de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13ª, de 6 de junio de 2000 , de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3ª, de 30 de junio de 2000 , de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 23 de septiembre de 2002 y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4ª, de 20 de octubre de 2003 , todas ellas citadas en las sentencias de esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de octubre de 2006 , 24 de abril y 17 de octubre de 2008 y 20 de febrero de 2009 ), como consecuencia de una aparente desaparición "de facto" de la sociedad (que era lo que se alegaba en la demanda), situación duradera e insuperable en la que habría desembocado la entidad de la que es administradora la demandada, que no ha justificado, por su parte, que tales circunstancias puedan deberse a meras dificultades transitorias. Ello acarrea, por la incursión en la citada causa legal que así lo exigía, la necesidad de disolver la entidad, de modo que basta la pasividad mostrada ante ello por la administradora, que no reaccionó en el tiempo y forma señalados por la ley, para que opere la responsabilidad prevista en el artículo 262.5 del TRLSA (en su redacción anterior a la reforma por la Ley 19/2.005, de 14 de noviembre, pues las sentencias de la Sala 1ª del TS de 30 de junio de 2010 y de 27 de septiembre de 2010 han descartado la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas por aquélla, que han conllevado una limitación objetiva al alcance de la responsabilidad que pasaría a ceñirse a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución).

SEXTO.- Las costas derivadas de la segunda instancia deben serle impuestas a la parte recurrente al resultar desestimados sus planteamientos, tal como se prevé en el nº 1 del artículo 398 de la LEC , que implica la aplicación de la regla del vencimiento objetivo.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente



## FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Santiago contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el juicio ordinario nº 189/2007 del que este rollo dimana. E imponemos a la mencionada parte recurrente las costas correspondientes a su apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ