



Roj: **SAP M 16727/2015 - ECLI:ES:APM:2015:16727**

Id Cendoj: **28079370282015100287**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **04/12/2015**

Nº de Recurso: **689/2013**

Nº de Resolución: **353/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso de Apelación 689/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 562/2011

Apelante: D. /Dña. Basilio

PROCURADOR D. /Dña. ALBERTO NARCISO GARCIA BARRENECHEA

Apelado: D. /Dña. Felix

PROCURADOR D. /Dña. CRISTINA MENDEZ ROCASOLANO

SENTENCIA nº 353/2015

En Madrid, a 4 de diciembre de 2015.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Enrique García García, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 689/2013, los autos del procedimiento nº 562/2011, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, referente al ejercicio de acciones de responsabilidad contra un administrador social.

Han actuado en representación y defensa de la parte apelante, D. Basilio , el Procurador D. Alberto Narciso Garcia Barrenechea y el Letrado D. Jesús García Gómez; y lo han hecho por la parte apelada, D. Felix , el Procurador D^a . Cristina Méndez Rocasolano y el Letrado D. Javier de la Llave Cadahia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 22 de septiembre de 2011 por la representación de D. Basilio contra D. Felix , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia en los siguientes términos:

"... se dicte sentencia en su día: Primero.- Condenando a Felix , como administrador de la mercantil Cuatro Pincholo S.L, declarando que D. Felix es responsable solidario de dicho pago junto con la mercantil, a pagar a mi mandante la suma de treinta y seis mil euros, más los correspondientes intereses legales de dicha cantidad.

Segundo.- Imponiendo al demandado el pago de las costas que se originen en este procedimiento."

SEGUNDO.- Tras la tramitación del proceso, el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid dictó sentencia el 28.2.2013 , la cual contenía el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Don Basilio , contra DON Felix , debo absolver y absuelvo al referido demandado de las pretensiones articuladas en su contra, con expresa condena en costas al demandante."



TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Basilio , que fue tramitado en legal forma.

La remisión de los autos y su ulterior definitiva recepción por este tribunal, con fecha 28 de noviembre de 2013, dio lugar a la tramitación desde entonces del presente rollo de apelación ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 3 de diciembre de 2015.

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.-Sobre el objeto del debate.

La sociedad CUATRO PINCHOLO SL fue constituida en diciembre de 2007, con el objeto de explotar un negocio de hostelería. La entidad se fundó con un capital social de tres mil diez euros (3.010) que fue suscrito por cuatro socios (D. Felix , D. Teodoro , D. Ángel Jesús y D. Basilio), que tomaron cada uno de ellos un 25 % del mismo. Asimismo, los cuatro socios se comprometieron a efectuar, en el plazo máximo de diez días desde su constitución, una aportación a la misma, en concepto de préstamo, de 36.000 euros por cada uno de ellos.

D. Felix fue designado administrador único de CUATRO PINCHOLO SL desde su constitución en diciembre de 2007, si bien el mismo cesó en el cargo merced al acuerdo de junta general celebrada el 12 de septiembre de 2008 que fue adoptado con el voto a favor de los otros tres socios de la entidad.

La actividad social se inició con un negocio de bar-cervecería en Villanueva de la Cañada (Madrid), que se abrió en el mes de mayo de 2008.

D. Basilio presentó demanda, con fecha 22 de septiembre de 2011, con la que pretendía que D. Felix , en su condición de administrador único, fuese declarado responsable solidario, junto con la sociedad CUATRO PINCHOLO SL, de pagarle la cantidad de 36.000 euros. La falta de éxito de tal iniciativa procesal le ha determinado a interponer recurso de apelación contra la resolución judicial desestimatoria de su demanda.

En la resolución dictada en la primera instancia, tras censurar la falta de claridad de la demanda, se consideró que dado el corto plazo, de tan solo ocho meses, en el que ejerció su cargo el demandado, no pudo incurrir en la responsabilidad que se le exigía por el demandante. Asimismo se dio en ella importancia a las declaraciones testificales practicadas en el acto del juicio, de las que deduce la juzgadora que lo que ocurrió fue que el demandante realizó una inversión en un negocio que, simplemente, salió mal, sin que haya lugar a que el demandado tenga que responsabilizarse de ello.

En el escrito de recurso se reprocha a la sentencia haber incurrido en las infracciones procesales de incongruencia y falta de motivación, se critica el modo en el que ha enjuiciado el grado de cumplimiento de las reglas sobre la carga de la prueba y se considera, finalmente, que se ha aplicado incorrectamente la normativa societaria sobre la responsabilidad imputable al administrador social. El suplico final del escrito de apelación es ciertamente peculiar, pues se interesa en él que se decrete la nulidad de la sentencia y, en su defecto, se plantean dos pretensiones de revocación de la misma, con carácter subsidiario, que incurren en clara reiteración.

Aunque la parte apelante cita con reiteración las previsiones del 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 han de ser referidas, por razones cronológicas (principio "tempus regit actum"), a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo) y al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre), que son los cuerpos legales que, con las reformas correspondientes a cada momento (muy significadamente la producida por Ley 19/2005, de 14 de noviembre, a la que luego nos referiremos), resultarían aplicables al litigio para enjuiciar los hechos sobre los que se asentaría la responsabilidad del demandado en su condición de administrador social, que se producen en un marco temporal concreto sometido al régimen jurídico entonces vigente

SEGUNDO.- Sobre las infracciones procesales denunciadas en el recurso.

El apelante aduce que no podría el juzgador afirmar en su resolución que la demanda demostraba falta de claridad, cuando ya fue desestimada en el trámite intermedio la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.



El planteamiento del recurrente no es atendible, pues el que la demanda superase los mínimos previstos en el artículo 424 de la LEC para eludir la excepción de defecto en el modo de proponerla (artículos 416.1.5ª) no significa que la misma no presente carencias de sistemática en la exposición de los hechos y de rigor jurídico en cuanto a su subsunción en la norma que debería serles aplicable, hasta el punto de que, aunque se pueda saber qué tipo de condena pide y contra quién, realmente suscita dudas sobre el fundamento de sus planteamientos (puede afirmarse que se esgrime la acción de responsabilidad por deudas sociales, pero no resulta diáfano si se acciona por algo más). Las quejas expuestas en la sentencia estaban justificadas, pues no se concretaba el alcance de las pérdidas que debían generar la causa de disolución y se alude al momento de la concurrencia de ésta con cierta indefinición. Luego se mencionan en la demanda otros hechos, como la falta de presentación de cuentas y el traspaso del local en el que radicaba el negocio de bar, sin explicar qué consecuencia jurídica pretende derivarse de ello, si reforzar su argumentación, vía presuntiva, de que mediaban pérdidas que exigían haber impulsado la disolución social o si se estaba refiriendo a otros motivos diferentes para fundar otra posible causa de disolución u otro tipo distinto de acción de responsabilidad.

Además, este tribunal no considera justificado el reproche de incongruencia ni el de falta de motivación que se aducen en el escrito de recurso.

No hay defecto de incongruencia, ya que la sentencia cumple las exigencias del artículo 218.1 de la LEC . Además, la alegación del recurrente a este respecto se sustentaba en lo que consideraba una contradicción interna de la sentencia, cuya inexistencia ya hemos despejado en el párrafo precedente.

Tampoco concurre un defecto de falta de motivación del artículo 218.2 de la LEC , pues además de censurar falta de claridad y de prueba, la juzgadora se posiciona con rotundidad y explica que considera inviable la acción ejercitada en el contexto del corto tiempo en el que ejerció su cargo el demandado, lo que habría impedido que se desencadenasen las circunstancias necesarias y transcurriesen los plazos precisos para que pudiera exigirse al administrador la responsabilidad por deudas fundada en no haber impulsado la liquidación social; asimismo, añadió a ello que a la luz de las declaraciones testificales practicadas en el acto del juicio, lo que deduce la juzgadora es que, simplemente, fracasó el negocio en el que el demandante realizó una inversión. La discrepancia del recurrente con respecto a la motivación expuesta por la juzgadora no equivale a que medie ausencia de ella.

No concurren, por lo tanto, las infracciones procesales que el recurrente aducía como pretexto para interesar la nulidad de la sentencia apelada. Aparte de que para la clase de defectos que el apelante denunciaba nunca hubiera podido predicarse una consecuencia de ese tipo, sino la prevista en el nº 3 del artículo 465 de la LEC (de haber apreciado la infracción procesal cometida en la propia sentencia recurrida, que no es el caso, el tribunal la hubiera revocado y habría reenjuiciado por completo el objeto del litigio).

TERCERO.- Sobre la carga de la prueba

Aunque en la resolución apelada se efectúan consideraciones sobre la carga de la prueba, considera este tribunal que el motivo concreto de la desestimación de la demanda no es tanto una carencia de la misma, sino las razones que hemos señalado en el fundamento precedente. La desestimación de la demanda no es, en realidad, una consecuencia de falta de prueba, sino de una argumentación pobre de la demanda y del resultado adverso de los medios probatorios que fueron practicados en el seno del proceso.

Por otro lado, no puede defender la apelante que debieran haberse aplicado las previsiones de los artículos 328 y 329 de la LEC por no haber exhibido el demandado la documentación del giro social correspondiente a los ejercicios 2007 a 2010, ya que habiendo sido el mismo apartado del cargo en el año 2008 no puede serle reprochado que no disponga de toda esa documentación social. Es más, ni tan siquiera puede censurarsele que no haya aportado la relativa al corto período en el que ejerció el cargo durante 2008, pues en la declaración testifical practicada en el acto del juicio los testigos que declararon, que lo fueron los otros dos socios distintos de los litigantes (a los que luego nos referiremos), se mostraron conscientes de que el demandado ya entregó en el año 2008 la documentación social de la que éste disponía, sin que ello fuera obstáculo para que otros socios pudieran luego, tiempo más tarde y más allá del alcance de la gestión del demandado, efectuar la operación de traspaso del local.

CUARTO.- Sobre la responsabilidad por deudas sociales imputada por el apelante en contra del demandado.

El núcleo de la demanda se centra en la imputación de responsabilidad al demandado por no haber promovido la disolución de la entidad CUATRO PINCHOLO SL, lo que podría obligar al administrador social a tener que responder con cargo a su propio patrimonio de las deudas sociales por haber incurrido en una omisión de las obligaciones propias del desempeño de tal cargo. Este tipo de responsabilidad sólo pueda ser exigida si concurren las estrictas exigencias previstas en el artículo 105.5 de la LSRL (coincidente con la previsión del artículo 262.5 del TRLSA , los cuales han pasado después al artículo 367 del TRLSC).



Pues bien, desde la reforma, tanto del TRLSA como de la LSRL, por Ley 19/2005, de 14 de noviembre, el precepto legal del que estamos hablando exige que las obligaciones sociales incumplidas, de las que se tratase de corresponsabilizar al administrador, fuesen posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (requisito que se ha mantenido después en el artículo 367 del TRLSC). De manera que si se tratase de obligaciones contraídas con anterioridad a esa eventualidad no habría lugar a la exigencia de responsabilidad con arreglo a dicha normativa. Porque lo que ésta persigue con ello es prevenir que la sociedad siguiese adquiriendo nuevos compromisos que le obligasen, que con toda probabilidad no podría atender, estando ya incurso en causa de disolución.

Pues bien, en el presente caso la deuda de CUATRO PINCHOLO SL para con el actor se habría contraído de modo cuasi simultáneo a la constitución de dicha entidad, de manera que la superviniencia de cualquier causa de disolución (en la demanda se refiere al ejercicio 2009 como aquél en el que las pérdidas habrían erosionado el capital social más allá de lo legalmente permitido - artículo 104.1.e de la LSRL , luego artículo 363.1.d del TRLSC- hasta el punto de que se daría entonces, según el demandante, una desaparición de facto de la entidad) sería, sin duda alguna, un hecho posterior al endeudamiento de la sociedad con el demandante. No se cumple, por lo tanto, una de las premisas indispensables para el éxito de una acción de responsabilidad por deudas sociales (artículos 105.5 de la LSRL , 262.5 del TRLSA y 367 del vigente TRLSC).

Tampoco se cumplirían, a la vista del relato contenido en la demanda, otros presupuestos, como el hecho de que el demandado todavía estuviese ejerciendo el cargo de administrador al tiempo de concurrencia de la causa de disolución y que hubiese dejado además transcurrir el plazo legal de dos meses desde la constatación de tal situación sin adoptar ninguna de las medidas a las que se refiere la previsión legal del artículo 105 de la LSRL (actual artículo 367 del TRLSC). A esto es a lo que se estaba refiriendo la juzgadora en su sentencia.

QUINTO.- Sobre la eventual imputación de otro tipo de responsabilidades.

Consideramos bastante dudoso que pueda apreciarse que el actor hubiese ejercitado en su demanda la **acción individual de responsabilidad** en contra del demandado, al amparo del artículo 135 del TRLSA (previsión a la que se remitía el artículo 69 de la LSRL y que ha pasado al artículo 241 del TRLSC), no ya sólo porque ni tan siquiera se mencionasen tales preceptos legales en la misma (lo que podría haberse salvado por este tribunal merced al principio "iura novit curia"), sino porque lo que se reclamó de modo explícito por la parte actora en el suplico de su demanda fue que se declarase al demandado responsable solidario del pago, junto con la propia sociedad, de una deuda social determinada (36.000 euros) para con el demandante. La **acción individual de responsabilidad** permite responsabilizar al administrador del daño causado en el ejercicio de su cargo por contravenir la Ley, los estatutos o incurrir en omisión de la diligencia exigible a un representante leal, pero no sirve para, simplemente, corresponsabilizar al administrador, de modo solidario, del pago de deudas que lo sean a cargo de la sociedad.

En cualquier caso, la posibilidad de éxito de la acción individual hubiera precisado que el demandante fijase en su demanda la concurrencia de las premisas necesarias para que la misma pudiera prosperar. La jurisprudencia (entre otras, las sentencias de la Sala 1ª del TS de 7 de marzo de 2006 , 28 de abril de 2006 y 14 de marzo de 2007 , 1 de junio de 2010 , 4 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2013) exige para que nazca la responsabilidad de los administradores que se establece en los artículos 133.1 y 135 del TR de la LSA y 69 de la LSRL , que concurren los siguientes requisitos: a) un comportamiento (activo u omisivo) del administrador, el cual debe ser antijurídico (es decir, contrario a la Ley, a los estatutos o con omisión de la diligencia exigible a un ordenado empresario y representante leal, conforme al artículo 127 LSA o, en su caso, al artículo 61 de la LSRL); b) que la acción u omisión se desarrolle por el administrador o administradores, de hecho o de derecho, precisamente en concepto de tales; c) la producción de un daño directo a los intereses del socio o del tercero; y d) una relación causal que debe ser directa entre aquel comportamiento y este resultado.

El demandante exponía en su demanda que al constituirse la entidad CUATRO PINCHOLO SL en diciembre del año 2007 participó como socio fundador en la misma, suscribió la parte de capital que le correspondió (la exigua cifra de 752,50 euros) y efectuó entonces, de modo simultáneo, una aportación a la misma, en concepto de préstamo, por importe de 36.000 euros (como también lo tuvieron que hacer los otros tres socios, incluido el aquí demandado). El demandante se muestra quejoso de que haya podido perder dicho dinero porque sabe que la sociedad ha tenido una evolución negativa, ha acumulado pérdidas que han erosionado el patrimonio en más de la mitad de la cuantía del capital social, por lo que se encontraría en causa de disolución desde el año 2009, y finalmente se ha traspasado el local de negocio donde se venía desarrollando la actividad de bar-cervecería, sin que haya recibido información alguna como socio sobre la gestión de la compañía.

Lo que ocurre es que a la propia demanda se acompañaba documentación que demostraba que, poco tiempo después de la constitución de la sociedad, en junta general celebrada el 12 de septiembre de 2008 se adoptó,



con el voto a favor de los otros tres socios de la entidad CUATRO PINCHOLO SL, entre ellos del propio demandante Sr. Basilio , el acuerdo de remover de su cargo al administrador único D. Felix . De manera que si el demandado dejó de ostentar el cargo desde entonces, difícilmente podrá ser sujeto pasivo de una exigencia de responsabilidad sustentada en acontecimientos que, a tenor de lo expuesto en la demanda, conectamos con una referencia temporal posterior al momento del indicado cese en el desempeño del cargo.

En la demanda no se nos brindaba, ni tan siquiera en el plano alegatorio, ninguna razón convincente para que pudiéramos ligar el corto período de mandato del demandado a la realización de ningún acto que debiera considerarse directamente dañoso para el demandante y que estuviese además causalmente vinculado con un comportamiento activo u omisivo de aquél, que debería ser antijurídico, y hubiese sido efectuado por el administrador precisamente en el desempeño de tal condición. Hay que tener presente que al tiempo de su cese, poco más podía haberse hecho que emprender el negocio que constituía el objeto social (el cual, efectivamente, inició su andadura como bar-cervecería, para lo que lógicamente pudo requerirse un esfuerzo inversor inicial de los socios, que estos acordaron realizar con ese fin), pero ni tan siquiera se había completado entonces el primer ejercicio social, ni había habido ocasión aún de aprobar las cuentas de ningún ejercicio precedente y los indicios de desaparición del tráfico mercantil a los que se refiere la demanda hay que entenderlos, en buena lógica (en ella se habla de problemas manifiestos en 2009 y 2011), referidos a un tiempo ulterior. El testigo Sr. Ángel Jesús , que también fue socio de CUATRO PINCHOLO SL, declaró que lo que pasó fue que el negocio fracasó y que finalmente el otro socio, D. Teodoro , fue el que se encargó de traspasarlo. El testigo Sr. Teodoro declaró que el demandado entregó, tras el acuerdo social de cese, la poca documentación social que había (recibos, etc) y que fue él, y no D. Felix , el que se encargaría luego del traspaso del negocio. De manera que no fue el demandado quien se desprendió de la sede física del negocio social, ni tampoco ello ocurrió bajo su mandato.

Ninguna alegación fáctica ni argumentación jurídica se contenían en la demanda que apuntasen a que debiera haberse considerado al demandado como un administrador de hecho de la entidad CUATRO PINCHOLO SL con posterioridad a su cese en el cargo en septiembre de 2008. Se trataría de una situación que debería haberse explicitado en la demanda con un soporte fáctico y jurídico que fuera explícito y suficiente, que no constamos que aparezca en la demanda y ante lo que el demandado nada ha tenido, por lo tanto, que aducir en su descargo.

Debemos incidir, además, en que el establecimiento de un nexo causal significaría que el daño ocasionado al demandante debería ser directa consecuencia de un comportamiento ilícito del administrador demandado. Pues bien, en este caso tampoco podríamos establecer, con los datos que constan en autos, tal nexo causal ligado a actuaciones del demandado durante su corto mandato. El daño por el que el demandante pretende ser indemnizado, si admitimos como tal, y que además mereciera el carácter de directo (porque ningún esfuerzo argumental se efectuó al respecto en la demanda), el impago de su crédito por la sociedad, de lo que derivaría no sería tanto de un inconcreto comportamiento ilícito del administrador realizado durante el desempeño de su cargo, sino de la ulterior imposibilidad de cobrar la deuda, que lo era a cargo de CUATRO PINCHOLO SL, entidad ésta en la que el demandante decidió efectuar una inversión sujeta a los riesgos que entraña el emprender un negocio en el seno del tráfico mercantil.

SEXTO.- Sobre las costas de la segunda instancia.

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. Basilio contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el seno del proceso nº 562/2011.

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

Contra la presente sentencia 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, 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.