



Roj: **SAP M 1375/2016 - ECLI:ES:APM:2016:1375**

Id Cendoj: **28079370282016100023**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **09/02/2016**

Nº de Recurso: **86/2014**

Nº de Resolución: **50/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0002021

Recurso de Apelación 86/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 25/2012

Apelante: D. Eleuterio

PROCURADOR D. JORGE PEREZ VIVAS

LETRADA D^a MARIA DEL CARMEN BLANCO GARCIA

Apelado: TRANSIBERMAR S.A.

PROCURADOR

LETRADA D^a JOSEFA DE LAS NIEVES PEREZ MORALES

SENTENCIA Nº 50/2016

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

En Madrid, a nueve de febrero de dos mil dieciséis

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 86/14 interpuesto contra la Sentencia de fecha 18/10/13 dictada en el procedimiento ordinario número 25/12 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada, siendo apelada la parte demandante, 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 12/01/12 por la representación de TRANSIBERMAR, S.A. contra D. Eleuterio , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba " tenga por presentado este escrito, y demás documentos junto con las copias que se acompañan a las que se dará el curso



legal, lo admita, me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento de la entidad mercantil TRANSIBERMAR, S.A. entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias. Y tenga por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO DE ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DEL ADMINISTRADOR SOCIAL frente al administrador -único de la sociedad MEGA HISSOTTO, S.L., D. Eleuterio , cuyas demás circunstancias constan en el encabezamiento de este escrito, en reclamación de la suma de VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON SESENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO(25.229,67 €), más los intereses que se devenguen y costas de este procedimiento, para en su día, previo los trámites de rigor, dicte sentencia por la que se condene al demandado al pago de la suma reclamada en concepto de principal, intereses y costas del procedimiento, dada su evidente temeridad y mala fe."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid dictó sentencia con fecha 18/10/13 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

"Estimar íntegramente la demanda interpuesta por TRANSIBERMAR, S.A. contra D. Eleuterio y en consecuencia condeno al demandado al pago a favor de la parte actora de la suma de 25.229,67 € más los intereses legales, así como las costas del presente procedimiento.

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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 la deliberación, votación y fallo el día 4 de febrero de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil TRANSIBERMAR S.A. interpuso demanda contra Don Eleuterio en ejercicio de acción de responsabilidad derivada de su condición de administrador de la sociedad MEGA HISSOTTO S.L. y en reclamación de la suma 25.229,67 € que esta entidad adeuda a la demandante, según ha resultado pacífico en el proceso, en virtud de la prestación de servicios de transporte llevados a cabo durante los años 2007 y 2008, servicios que fueron facturados en diversas mensualidades a lo largo de ese periodo de tiempo.

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

Pese a la actual vigencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, hemos de precisar que las citas legales que se efectuarán en la presente resolución irán referidas al hoy derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, L.S.A.), y a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, L.S.R.L.), al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO.- Con el fin de perfilar adecuadamente los términos del debate, hemos de precisar que la única acción ejercitada en la demanda de una manera clara e inequívoca es la de responsabilidad por deudas prevista en el Art. 105-5 L.S.R.L. en relación con la causa de disolución contemplada en el Art. 104-1, e) de la misma ley (pérdidas cualificadas). Pese a que así lo afirmó la actora en el acto de la audiencia previa, lo cierto es que de la lectura de la demanda este tribunal no deduce que se haya ejercitado acumuladamente la acción de responsabilidad por daños prevista en el artículo 135 L.S.A. En efecto, en la fundamentación jurídica de la demanda (folio 8) y bajo el epígrafe "Fondo del asunto" únicamente se invoca el mencionado Arts. 105-5 L.S.R.L. en relación con el Art. 104-1 e). Sin embargo, ni en dicho apartado se alude al Art. 135 L.S.A. ni en la exposición fáctica se relata conducta o circunstancia alguna eventualmente capaz de hacer aplicable este último precepto legal.

La simple mención que en el encabezamiento de la demanda se efectúa a la acción de responsabilidad "individual" es completamente inespecífica porque, por contraposición a lo que sucede con la denominada acción "social" prevista en el artículo 134 L.S.A. (cuyo objeto no es la satisfacción del derecho de crédito del demandante sino la recomposición del patrimonio social eventualmente quebrantado por la conducta del administrador contra el que se dirige la demanda), tan individual es la acción de responsabilidad del Art. 135 L.S.A. como la del Art. 105-5 L.S.R.L., estribando la diferencia entre ambas en que, mientras que a través de la primera de ellas lo que se exige es una responsabilidad por daño (de manera que es preciso acreditar que el acreedor padeció un quebranto directo causalmente vinculado a un comportamiento antijurídico del administrador), lo reclamado a través de la segunda es una responsabilidad por deudas (responsabilidad que nace por el simple hecho de que el administrador haya observado una conducta omisiva en presencia de una



causa de disolución obligatoria, sin que se precise la existencia de un daño ni la prueba de vínculo causal alguno).

Desconocemos -porque nada se nos indica- si la actora pretende haber ejercitado la acción de responsabilidad por daños del Art. 135 L.S.A . por el simple hecho de aludir en su demanda a la circunstancia de que en enero de 2010 el demandado comenzó a ejercer el cargo de administrador en otra sociedad mercantil. Sin embargo, no ofreciéndose mayores detalles en torno a este hecho y desconociéndose incluso cuál pueda ser la composición personal del capital de esa tercera mercantil (solo se nos habla de coincidencia en las instalaciones y números de teléfono entre las dos mercantiles), no vemos cómo podríamos extraer de ese magro material alegatorio la conclusión de que el demandado incurrió en una conducta censurable desde el punto de vista societario y la de que esa conducta ocasionó de forma directa, cual exige dicho precepto legal, la frustración del derecho de crédito de la demandante.

Si por el contrario -cosa que tampoco se ocupó la demandante de aclarar- la base fáctica fuera común a ambas acciones, de manera que la de responsabilidad por daños del Art. 135 L.S.A . se pretendiera fundar también en la conducta omisiva del administrador al abstenerse de adoptar iniciativas disolutorias en presencia de una hipótesis de pérdidas cualificadas, lo cierto es que la parte actora se ha abstenido de aportar, no ya en el plano probatorio sino incluso en el terreno meramente alegatorio, aquellos elementos eventualmente capaces de llevar al tribunal a la convicción de que esa actitud omisiva fue causalmente determinante del descubierto padecido por la entidad actora.

No ha de prosperar, en consecuencia, la pretensión que la apelada formuló al final de su escrito de oposición al recurso, pretensión consistente en que este tribunal, caso de estimar los planteamientos del apelante en relación con el régimen de responsabilidad por deudas, se pronunciase sobre una acción de responsabilidad por daños que o bien no ha sido realmente ejercitada o, en todo caso, lo habría sido de forma francamente deficiente y sin el menor soporte fáctico.

TERCERO.- Nos centraremos, pues, exclusivamente en el campo de la responsabilidad por deudas definida por el Art. 105-5 en relación con el Art. 104-1, e) L.S.R.L .

Considerando que a partir de la reforma introducida por la Ley 19/2005 (que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005) el régimen de responsabilidad por deudas sociales (Arts. 262.5 del TRLSA , 105.5 de la LSRL y 367 del vigente TRLSC) solo podría operar respecto de deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, pronto surgió la necesidad de precisar qué había de entenderse por "deuda posterior" y, más concretamente, la de determinar si solamente cabría considerar como tal aquella deuda que nace o se contrae después de la concurrencia de la causa de disolución o si, por el contrario, habrían de entrar también dentro de este concepto aquellas deudas que, aunque contraídas con anterioridad, tuvieran pospuesta su exigibilidad a un momento ulterior.

En diversas resoluciones precedentes (sentencias de 8 de febrero de 2013 , 31 de enero de 2014 y 7 de febrero de 2014) este tribunal ha venido tomando partido por la primera de dichas interpretaciones (fecha en que nace o se contrae la obligación con independencia de la fecha en que deviene exigible). Así, en la sentencia de 31 de enero de 2014 razonábamos lo siguiente:

"El primer requisito para que surja el deber del administrador de responder por deudas sociales (que al tiempo de los hechos que enjuiciamos estaba prevista en los artículos 262.5 del TRLSA y 105.5 de la LSRL y luego ha pasado al artículo 367 del vigente TRLSC) es la existencia de un derecho de crédito contra la sociedad que sea posterior al acaecimiento de la causa de disolución (esta última exigencia se explicitó con la reforma introducida por Ley 19/2005 , que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005).

Para poder asignar a una deuda susceptible de quedar amparada por este régimen legal de responsabilidad la condición de posterior al acaecimiento de la causa de disolución ha de atenderse al momento de generación de la misma. Tratándose del régimen obligatorio derivado de un negocio jurídico (como es aquí el caso), eso significa referirse al tiempo en el que se contrajo el compromiso de realizar una prestación (artículos 1088 , 1089 y 1091 del C. Civil), en este caso la de pagar el precio del material adquirido, pues desde entonces la obligación ya existía y era eficaz. La fecha relevante a estos efectos sería, por lo tanto, la del momento en el que se hubiese contraído la obligación (sin perjuicio de las particularidades propias de cada tipo de negocio o relación jurídica), no la de la forma de pago (plazos, etc) o la de su reclamación judicial.

Este criterio de atender al momento en el que se contrae la deuda es además el más coherente con la finalidad perseguida por los artículos 105 de la LSRL y 260 del TRLSA (ahora artículos 356 y 367 del TR de la LSC), pues se pretende con ello el 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, cuando lo que debería haberse hecho es no seguir operando en el tráfico mercantil sino emprender los trámites legales para hacer



efectiva su definitiva liquidación (o hacer lo necesario para remover la concurrencia del motivo que hacía exigible la disolución). Es por ello que el incumplimiento de la obligación que le impone la ley de impulsar en tales circunstancias la disolución social conlleva un severo régimen de responsabilidad para el administrador que no vele por ello.

Con todo, es cierto que pueden plantearse problemas singulares, como, por ejemplo, los supuestos de relaciones de tracto continuado (vg, el arrendamiento) donde podría distinguirse, como consecuencia de una misma relación, entre una diversidad de deudas generadas con anterioridad y con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución (según el momento de devengo de rentas que correspondiese a utilizaciones del bien arrendado antes o después). Pero no es éste el caso.

Resultaría, además, perturbador el atender a otro tipo de criterios como tomar como referencia el momento en la que la deuda fue exigida extrajudicial o judicialmente, como aquí nos proponen las recurrentes, cuando es claro que el momento de su generación fue anterior y perfectamente cognoscible, pues ello podría generar inseguridad jurídica para la aplicación del régimen de responsabilidad del administrador, ya que una de sus premisas quedaría en manos de una actuación potestativa del acreedor, lo que no parece razonable".

Así pues, haciendo aplicación de dicho criterio al supuesto que nos ocupa, la deuda que se reclama en el presente litigio ha de entenderse contraída en las distintas mensualidades en que se emitieron las facturas acompañadas a la demanda, todas ellas pertenecientes a los años 2007 y 2008 y consecutivas a la prestación de los servicios facturados, sin que, por lo tanto, pueda otorgarse la menor relevancia al hecho de que con respecto a la concreta fracción del débito acumulado que es objeto de la presente demanda la actora consintiese en aplazar su exigibilidad hasta el 19 de enero de 2009 al recibir un pagaré emitido por la sociedad deudora el 3 de noviembre de 2008 (folio 75).

CUARTO.- Tal y como señala con acierto la sentencia apelada, no existe base para afirmar que al cierre del ejercicio 2008 la mercantil MEGA HISSOTTO S.L. hubiera incurrido en la hipótesis de pérdidas cualificadas del Art. 104-1,e) L.S.R.L. pues de sus cuentas correspondientes a dicho ejercicio se desprende que este se cerró con un patrimonio neto positivo de 1.061.176,28 € sobre un capital social de 126.161,86 €, sin que pueda otorgarse la menor relevancia al hecho, que la actora pone de relieve, de que en dicho ejercicio experimentase pérdidas por importe de 128.316,56 € cuando, por su escasa entidad, estas pérdidas nunca tuvieron la menor aptitud para hacer descender la cifra de patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social. Y, aun cuando es cierto que el auditor de la sociedad expresó ciertas dudas en relación con la realidad de algunos activos reflejados en la contabilidad, lo cierto es que tales dudas no equivalen a una evidencia de su irrealidad, de manera que incumbía a la parte demandante adoptar -lo que no ha verificado- las iniciativas precisas en el terreno probatorio para incorporar al proceso una cumplida pericia contable capaz de patentizar tanto esa hipotética irrealidad como sus consecuencias en la cifra de patrimonio neto.

Así las cosas, no resultando controvertido el hecho de que al cierre del siguiente ejercicio, 2009, la referida sociedad había incurrido en pérdidas cualificadas al reflejar el pasivo del balance una cifra negativa de patrimonio neto de -1.647.232,30 €, la cuestión de determinar en qué concreta fecha a lo largo de dicha anualidad el patrimonio neto quedó por debajo de la mitad del capital social es una cuestión irrelevante en relación con el principal de la deuda reclamada (20.362,52 €) ya que, como hemos razonado, esa deuda nació en todo caso con anterioridad al cierre del ejercicio 2008 y no puede generar a cargo del administrador el tipo de responsabilidad que se le exige en la demanda.

Sí reviste interés dicha cuestión, en cambio, en relación con los otros dos conceptos reclamados, a saber:

1.- Por un lado, la cantidad de 1.236,21 € en concepto de gastos de devolución del pagaré, deuda que surgió para la sociedad MEGA HISSOTTO S.L. al día siguiente del descubierto (20 de enero de 2009). Ahora bien, si examinamos la Cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio 2009 en relación con la del ejercicio 2008 (folio 187), observamos que frente a una cifra de negocios neta de 7.384.343,05 € en 2008, el ejercicio 2009 se saldó con tan solo 2.846.554,87 €, con lo que no parece difícil deducir, en ausencia de una adecuada pericia que otra cosa nos indique, que la situación de pérdidas cualificadas con la que se cerró el ejercicio vino motivada por un drástico descenso en la cifra de negocio de nada menos que 4.537.778,18 €. Si, por otro lado, tenemos en cuenta que el E.R.E. que afectó a la totalidad de la plantilla no se presentó por dicha sociedad hasta el 31 de diciembre de 2009 (folio 212) y que, por lo tanto, no concurre base para pensar que cesó en su actividad mercantil con anterioridad a esa fecha, lo razonable es deducir que esa pérdida en la cifra de negocios de 4.537.778,18 € hubo de ser una pérdida padecida gradualmente y distribuida temporalmente a lo largo de toda la anualidad, sin que parezca plausible atribuirle, siempre -se insiste- a salvo de un mejor criterio pericial que la actora nunca suministró, al escasísimo periodo de 20 días que media entre el 1 de enero de 2009 en que comienza el ejercicio con un patrimonio neto positivo de 1.061.176,28 € y el 20 de enero en que se contrae la deuda por razón de gastos de devolución a la que nos estamos refiriendo. Nada permite suponer, pues, que



esta deuda se contrajo con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución, con lo que tampoco puede ponerse a cargo del administrador demandado por la vía prevista en el Art. 105-5 L.S.R.L .

2.- Por otro lado, se reclama la suma de 3.630,94 € en concepto de intereses moratorios de la Ley Cambiaria y del Cheque. Los intereses son frutos civiles que, como indica el Art. 451 del Código Civil , "...se consideran producidos por días...", lo que significa que cada día que transcurre sin que el principal sea devuelto surge, nace o se contrae una nueva deuda por razón de interés. Considerando, por lo tanto, que la única certeza con la que contamos en el presente proceso es la de que la sociedad MEGA HISSOTTO S.L. había incurrido en situación de pérdidas cualificadas el 31 de diciembre de 2009, dentro de lo reclamado en la demanda por este concepto se habrá de estimar la pretensión únicamente respecto de los intereses devengados a partir del 1 de enero de 2010, lo que, de acuerdo con la liquidación que se efectúa en la demanda (folio 6), liquidación cuya corrección desde el punto de vista estrictamente aritmético no fue cuestionada por el demandado, arroja la cifra de 2.413,37 €.

El recurso, ha de ser, pues, objeto de estimación parcial.

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 decir en relación con las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-2 de la misma ley .

El interés procesal del Art. 576-2 L.E.C . habrá de calcularse desde la fecha de la sentencia apelada puesto que la presente resolución se limita a rebajar la condena a una cantidad que ya era debida en dicha fecha.

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 Eleuterio contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocar en parte dicha resolución en el sentido de dejar reducida la suma objeto de condena que el demandado Don Eleuterio deberá satisfacer a la demandante TRANSIBERMAR S.A. a la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS TRECE EUROS CON TREINTA Y SIETE CÉNTIMOS (2.413,37 €) más los intereses legales así como el interés previsto en el Art. 576-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia apelada. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas causadas en la instancia precedente.

3.- No efectuar 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.