



Roj: **SAP C 242/2016 - ECLI:ES:APC:2016:242**

Id Cendoj: **15030370042016100038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **22/2016**

Nº de Resolución: **55/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO SOCRATES GONZALEZ-CARRERO FOJON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00055/2016**

CORUÑA Nº 2

ROLLO 22/16

**S E N T E N C I A**

**Nº 55/16**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**

En A Coruña, a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000468 /2014, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000022 /2016, en los que aparece como parte demandante-apelante, Baldomero , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. CONCEPCIÓN PÉREZ GARCÍA, asistido por el Letrado D. VICTOR ARCEO TUÑEZ, y como parte demandada-apelada, Franco , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JAVIER CARLOS SÁNCHEZ GARCÍA, asistido por el Letrado D. Franco , y Nicolas , representado por el Procurador de los tribunales DON RAFAEL PEREZ LIZARRITURRI, asistido por el letrado ANDRES FERNANDEZ VAZQUEZ, sobre SOCIEDADES MERCANTILES Y COOPERATIVAS.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA de fecha 15-10-15 . Su parte dispositiva literalmente dice: " Desestimo la demanda interpuesta por Baldomero , asistido por el letrado SR. ARCEO NUÑEZ y representado por el Procurador SRA. PÉREZ GARCIA contra el demandados Franco , REPRESENTADO



POR EL Procurador SR. SANCHEZ GARCIA y asistido por el letrado SR. DIEGUEZ GUERRERO, y Nicolas , asistido por el letrado SR. FERNÁNDEZ VAZQUEZ y representado por el Procurador SR. PEREZ LIZARRITURRI.

Todo ello con imposición de costas a la parte actora".

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por EL DEMANDANTE se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D.PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil N°. Dos de esta provincia el pasado día 15 de octubre de 2015 desestimó la demanda promovida por don Baldomero contra don Franco y don Nicolas , administradores de las compañías mercantiles IREVIR TRANSPORTE URGENTE S.L. y FERROLACE S.L., respectivamente, mediante la que se pretendía la condena solidaria de los demandados al pago de las cantidades que le son debidas al actor -en concepto de indemnización por despido, intereses y costas- en los términos de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N°. 1 de Santiago de Compostela de 10 de enero de 2013 , que declaró improcedente del despido del Sr. Baldomero y, para el caso de no readmisión - como así efectivamente ocurrió- condenó a las entidades mercantiles FERROLACE S.L., IREVIR TRANSPORTE URGENTE S.L. y JAISUYOMA ARIAS BASTOS S.L., conjunta y solidariamente, a indemnizar al actor en la suma de 11.692,69 € de principal (parcialmente atendida con posterioridad por el FOGASA, con lo que ha quedado reducida en el curso del pleito a 4.038,20 €), más los intereses y las costas (la reclamación ha quedado así concretada en 9.941,85 €). Según la sentencia del Juzgado de lo Social, el fundamento de la extensión de la responsabilidad a las sociedades FERROLACE S.L. e IREVIR TRANSPORTE URGENTE S.L., pese a que la formalmente empleadora era JAISUYOMA ARIAS BASTOS S.L., radica en que las tres compañías conformaban en realidad una unidad empresarial constitutiva de grupo de empresas a efectos laborales. La sentencia del Juzgado de lo Social es firme.

Puesto que la ejecución intentada en sede laboral no ha permitido el cobro de la suma debida -salvo en la medida en que ha sido parcialmente atendida por el FOGASA-, el Sr. Baldomero pretende la condena de los administradores demandados por dos vías diferentes. Una es la de la acción de responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 del TRLSC, por considerar que las dos sociedades de las que los demandados son administradores están incursas en causa legal de disolución sin que tal causa haya sido enervada ni las sociedades disueltas en plazo legal, de lo que resulta la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución. La otra es la **acción individual de responsabilidad** del artículo 241 del mismo texto legal, fundada en este caso en actos de los administradores demandados que habrían dañado el crédito del actor haciéndolo inviable.

El recurso de apelación se basa en la infracción de las normas que regulan la responsabilidad de los administradores y la jurisprudencia que las interpreta, y en la errónea valoración de la prueba por parte de la sentencia apelada. Nos impone, por lo tanto, un nuevo y pleno enjuiciamiento con análisis revisor de la prueba practicada y de la aplicación del derecho al caso concreto.

**SEGUNDO** .- *La acción de responsabilidad por deudas sociales* .

1.- Dispone el artículo 367 de la LSC que responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. Añade el precepto que en estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Así pues, la declaración de responsabilidad solidaria exige la prueba de que la sociedad de que el demandado es o era administrador está incursa en alguna de las causas legales de disolución que el artículo 363 enumera y que el actor haya señalado en su demanda, y la del incumplimiento de los deberes que, en tal situación incumben a los administradores conforme a los artículos 364 a 366 (este último es un hecho negativo cuya demostración resultará de la falta de prueba del cumplimiento, que lógicamente es carga de los demandados). A partir de esas premisas opera la presunción iuris tantum de ser las obligaciones sociales reclamadas y pendientes de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución.



2.- En el caso de FERROLACE S.L. la demanda apunta a las causas de las letras a), c) y e) del artículo 367 1. Las dos primeras -cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social e imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social- se relacionan en la demanda con el cierre del establecimiento que la compañía tenía abierto en Santiago de Compostela, que en el hecho Tercero, apartado 3.1., se sitúa en un momento posterior al dictado de la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Social, con lo que se trataría de causas de disolución probadamente posteriores, no anteriores, al nacimiento de la obligación que la referida sentencia impuso a FERROLACE S.L.. Consta, además, que la compañía no cesó en su actividad, sino que únicamente cerró su establecimiento en Santiago para continuar con aquélla en la ciudad de Vigo, a la que posteriormente, ya en 2014, trasladó su domicilio social. Y en cuanto a la causa de la letra e) del artículo 367. 1, sólo se ha practicado prueba sobre las cuentas anuales de la compañía y sus libros de inventarios y balances, de los que resulta que la compañía mantenía a finales del ejercicio de 2012 un patrimonio neto positivo de 88.037,47 €, para un capital social de 85.605,00 €, y a finales de 2013 un patrimonio neto de 49.612,14 €, superior por lo tanto a la mitad del capital social. La prueba no ha profundizado en el análisis de las principales partidas del balance, y no es descartable que, si se hubiese hecho, el resultado pudiera ser diferente, al menos en cuanto al balance de 2013 (cerrado a 31 de diciembre de ese año) pues de la calidad de los activos que integran las principales partidas del circulante -deudores comerciales e inversiones en empresas del grupo o asociadas- depende muy principalmente la veracidad del cálculo del patrimonio neto. Hemos de ceñirnos, sin embargo, a la prueba practicada y, dentro de ella, a lo que resulta de las cuentas anuales de la compañía y al análisis pericial que sobre ellas se ha llevado a cabo, y con el limitado alcance que la actividad probatoria proporciona no nos es posible alcanzar una conclusión diferente de la que contiene la sentencia apelada, con arreglo a la cual no está acreditada la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas alegada en la demanda.

3.- En el caso de IREVIR TRANSPORTE URGENTE S.L. la demanda sólo apunta a la causa de disolución por pérdidas del artículo 367 1 e) - aunque erróneamente se menciona el apartado d)- a su vez fundada presuntivamente en el hecho de no haber depositado la deudora sus cuentas anuales en el Registro Mercantil desde las correspondientes al ejercicio de 2010. De nuevo, sin embargo, la prueba practicada se ha centrado en el examen de la información resultante de los libros de inventarios y balances de la compañía correspondientes a los ejercicios de 2012 y 2013 y en el de las cuentas anuales -no depositadas en el Registro- del ejercicio de 2012, y de dicha documentación y de su examen pericial resulta que la compañía no está incurso en causa de disolución por pérdidas al final de ninguno de esos dos ejercicios (patrimonio neto positivo de 121.591,38 € a final de 2012, para un capital social de 122.000,00 €). Llamamos de nuevo la atención acerca de lo limitado del examen pericial propuesto y practicado, que no incluye un análisis de las principales partidas que influyen en el cálculo del patrimonio neto (en particular, de la realidad de un activo intangible de más de dos millones de euros y de la de activos consistentes en derechos de cobro que superan incluso los del ejercicio anterior a pesar de que la cifra de negocios del año 2012 es sensiblemente más baja que la de 2011); pero una cosa es que debamos racionalmente dudar de lo que resulta de la documentación contable de la demandada, y otra muy diferente que podamos declarar probado, sin el complemento de una prueba pericial más concreta y profunda, que al tiempo del nacimiento de la obligación que la sentencia del Juzgado de lo Social impuso a IREVIR S.L. la sociedad estaba incurso en causa de disolución por pérdidas.

4.- Es preciso resaltar, por último, que la obediencia al principio de congruencia nos impide examinar, en el caso de IREVIR, la posible concurrencia de otras causas de disolución distintas de la única alegada en la demanda como fundamento de la responsabilidad que a su administrador se exige. La alegación que en el recurso se hace de las causas legales de las letras a) y c) del artículo 361 del TRLSC con respecto a IREVIR modifica los términos de la demanda y del debate que, a partir de ella, ha tenido lugar en la primera instancia, con lo que no pueden ser tomadas en consideración sin ocasionar indefensión a la parte demandada.

### **TERCERO.- La acción individual de responsabilidad.**

1. El artículo 241 del TRLSC deja a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. Se suele admitir que entre los terceros a que alude la norma se encuentren los acreedores sociales, pero siempre y cuando el daño que hayan experimentado se derive directamente de una actuación u omisión del demandado en su condición de administrador de una compañía, y sea distinto del que ocasione la mera ineffectividad de un crédito contra la sociedad. La **acción individual de responsabilidad** no proporciona a los acreedores un patrimonio de refuerzo para el cobro de sus créditos contra la sociedad y ello porque ni los socios ni los administradores de las sociedades de capital responden, ni solidaria ni subsidiariamente, del cumplimiento de las obligaciones sociales salvo en los casos establecidos en la Ley. La argumentación según la cual cuando el crédito contra la sociedad no ha sido hecho efectivo el administrador de la compañía debe responder con su patrimonio personal frente al acreedor es, desde luego, inadmisibles y contraria a la esencia misma de la limitación de responsabilidad que es propia de las sociedades de capital. Como lo es, igualmente, el hecho de que los



administradores hayan faltado al cumplimiento de deberes inherentes a su cargo si no queda demostrado que entre el incumplimiento de esos deberes y el daño ocasionado existe una relación causal directa.

2.- Sobre la exigencia de daño directo para el éxito de la **acción individual de responsabilidad**, la STS de 20 de junio de 2013 -en un caso en que había sido promovida por un socio- hace un completo estudio de la jurisprudencia anterior, y reitera que " *el daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso los apartados 4 y 5 del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 239 y 240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, con ligeras variaciones) otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social* ". " *La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: "No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos* " (énfasis añadido).

*Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros*".

3.- En la demanda se señalan como hechos en los que se funda la **acción individual de responsabilidad** contra don Nicolas, como administrador único de FERROLACE S.L., el cierre del establecimiento que la sociedad tenía abierto en Santiago de Compostela poco tiempo después de ser dictada la sentencia del Juzgado de lo Social, a pesar de que el contrato de arrendamiento sobre el local no expiraba hasta abril de 2017. Ya hemos advertido anteriormente, sin embargo, que el cierre de las dependencias de Santiago de Compostela no equivale en este caso a un cierre de hecho de la empresa con finalidad de eludir un proceso liquidatorio regular y el pago del crédito del actor pues la compañía continuó con sus actividades con posterioridad, centralizándolas en Vigo a donde traslado en 2014 su domicilio social.

4.- El recurso insiste particularmente en el hecho de no haber designado bienes o derechos susceptibles de embargo la compañía deudora cuando fue requerida al efecto por el Juzgado de lo Social en los términos del Decreto de 17 de julio de 2013 (no hay en autos copia de dicho decreto, a pesar de que se dice adjuntado con el escrito de la parte actora de fecha de registro de 4 de mayo de 2015, anterior a la audiencia previa en que se concretó la alegación, y tampoco consta la fecha de la diligencia ni la persona a la que se hizo el requerimiento ordenado). Naturalmente que si el requerimiento se practicó en la persona del demandado y no fue atendido, el administrador de la compañía deudora habrá dificultado la efectividad del derecho de crédito del actor, además de incurrir en las responsabilidades, incluso penales, que la desobediencia al mandato del Juzgado podría acarrear. Pero no debe perderse de vista, en primer lugar, que ni esa concreta infracción fue advertida en la demanda como fundamento de la **acción individual de responsabilidad** (y tampoco, en puridad, en la audiencia previa, en la que el letrado de la parte actora se limitó a reproducir como alegación complementaria el aséptico contenido de su escrito de 4 de mayo), ni, por lo que aquí interesa, puede ligarse causalmente la supuesta desobediencia del Sr. Nicolas al mandato judicial con una ineffectividad definitiva del derecho de crédito del actor, supuesto que la compañía deudora estaba activa y publicaba sus cuentas anuales en el Registro Mercantil.

5.- Con respecto al Sr. Franco, administrador único de IREVIR TRANSPORTE URGENTE S.L., en la demanda se señala en primer lugar la conexión de las actividades de la compañía con las de JAYSUYOMA ARIAS BASTOS S.L. y FERROLANCE S.L., que son en realidad las que fundamentan la responsabilidad solidaria que la sentencia del Juzgado de lo Social le impone y de la que se deriva el crédito del actor, y no tiene sentido considerar



como actuación dañosa de los legítimos intereses del acreedor la que precisamente constituye la base del nacimiento de los derechos supuestamente lesionados. En segundo lugar, se alude al cese de actividad de la compañía deudora y al pago parcial, en marzo de 2012, de las indemnizaciones a tres trabajadoras de la sociedad. No es posible, sin embargo, que tales hechos puedan ser considerados como directamente lesivos del derecho que en enero de 2013, diez meses después, fue judicialmente declarado a favor del actor ni, por la misma razón, ordenados a hacerlo inefectivo.

Cuestión distinta es que la sociedad sea insolvente y que, por esa razón, haya incumplido el administrador la obligación de solicitar el concurso; pero, de nuevo en este caso, no contamos con base probatoria suficiente para deducir que esa insolvencia haya acaecido con anterioridad al dictado de la sentencia del juzgado de lo social (las cuentas anuales de 2012 aparentemente lo desmienten, aunque sea con un muy precario equilibrio entre el pasivo exigible y el activo corriente) ni, por consiguiente, para declarar la responsabilidad solidaria del administrador demandado con respecto a la obligación aquí reclamada.

**CUARTO** .- Pese a la desestimación del recurso de apelación, no haremos especial imposición de las costas del recurso a la parte apelante, en consideración a las dudas de hecho que el caso plantea, especialmente en cuanto a la responsabilidad por deudas sociales, y que acaso una prueba pericial más incisiva habría podido disipar ( artículo 398 en relación con el artículo 394 de la LEC ). Las mismas consideraciones nos han de llevar a estimar el recurso en cuanto a las costas de la primera instancia, respecto de las cuales no procede hacer especial imposición.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Baldomero contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil N.º Dos de esta provincia en fecha 15 de octubre de 2015 , que revocamos en el único particular referente a las costas de primera instancia, acerca de las cuales no hacemos especial imposición, confirmándola en cuanto a los demás pronunciamientos que contiene.

No hacemos tampoco especial imposición a ninguna de las partes de las costas del recurso de apelación.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN**.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.