



Roj: **SAP M 12707/2022 - ECLI:ES:APM:2022:12707**

Id Cendoj: **28079370282022102071**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **28/09/2022**

Nº de Recurso: **902/2021**

Nº de Resolución: **705/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2012/0005691

Recurso de Apelación 902/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 361/2012

APELANTE: D. Feliciano y D. Felix

Procurador: Dña. Cristina María Deza García

Letrado: Dña. Laura Téllez Astorgano

APELADO: YARA ALBORAN, S.A.

Procurador: Dña. María De La Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld

Letrado: D. Miguel Ángel Ros Jiménez

SENTENCIA núm. 705/2022

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D./Dña. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D./Dña. RAFAEL FUENTES DEVESA

En Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil veintidós.

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 902/2021, interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de marzo de 2021 dictada en el procedimiento ordinario núm. 361/2012 seguido ante el Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid

Han sido partes en el recurso, como parte apelante Felix y Feliciano, y como parte apelada YARA ALBORAN S.A, representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados

Es magistrado ponente don Rafael Fuentes Devesa, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por YARA ALBORAN S.A contra Felix y Feliciano en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, interesa en su suplico se dicte sentencia por la que:

"se condene conjunta y solidariamente a los demandados al pago a la actora de la cantidad de 19.655,78 euros, en concepto de principal, más los intereses y las costas"

SEGUNDO. - Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia, con fecha 1 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que, estimando la demanda interpuesta por YARA ALBORAN, S.A., siendo demandados don Felix y don Feliciano , debo condenar y condeno a éstos, conjunta y solidariamente, al pago a la actora de la cantidad de 19.655,78 euros, más los intereses legales y las costas del procedimiento"

TERCERO. - Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada Felix y Feliciano se interpuso recurso de apelación. Tramitado en forma legal el recurso de apelación y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se ha formado el 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 y votación el día 22 de septiembre de 2022.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento

1. La sentencia estima la demanda interpuesta por YARA ALBORAN, S.A contra Felix y Feliciano , demandados en su condición de administradores de AYMERICH GOLF MANAGEMENT, S.L, en la que se ejercita la acción de responsabilidad por las deudas sociales del art 367LSC y condena a estos últimos , conjunta y solidariamente, al pago a la actora de la cantidad de 19.655,78 euros adeudados por dicha mercantil , más los intereses legales y las costas del procedimiento

Expone, en síntesis, que la deuda de AYMERICH GOLF MANAGEMENT, S.L resulta de las facturas y albaranes aportados y fijada en un procedimiento monitorio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Madrid, y que las cuentas anuales del ejercicio 2008 reflejan unos fondos propios negativos en 70.050,61 euros, por lo que, al menos, a fecha del cierre de las mismas -31 de diciembre de 2008-, la sociedad se encontraba incurso en causa de disolución; y dado que han sido emitidas las facturas reclamadas en dicho ejercicio, cabe presumir que la deuda nació vigente la concurrencia de la causa de disolución, sin que se haya procedido a la disolución y liquidación de la sociedad

2. Los demandados impugnan esta condena por error en la valoración de la prueba y aplicación del derecho, en extracto , por (a) presumir la sentencia que la deuda social nació vigente la concurrencia de la causa de disolución, con una indebida apreciación del momento en que la sociedad se encontraba incurso en pérdidas cualificadas, siendo las facturas reclamadas anteriores, y, (b) por la falta de incumplimiento de los deberes legales por (i) haber conocido la causa de disolución a finales de 2009 ; (ii) haber desaparecido la causa de disolución por la ampliación de capital de enero de 2009 y (iii) haber realizado la comunicación del inicio de negociaciones ex art. 5.3 LC en octubre de 2009

3. A ello se opone la parte actora, que estima acertada la valoración fáctica y jurídica verificada por la sentencia, cuya confirmación solicita

4. Conocido es que para que los administradores sociales deban responder al amparo de lo dispuesto en el art. 367 LSC (al que haremos mención , aunque el aplicable en su día era el 105 LSRL, pero que no altera su contenido al tratarse la LSC de un texto refundido) , se requiere la presencia de los siguientes requisitos: 1º) la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el art. 363.1 LSC; 2º) la omisión por los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas, o de la solicitud de concurso, o la disolución judicial; 3º) el transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución o desde la fecha de convocatoria o de la junta contraria a la disolución; 4º) la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y 5º) la inexistencia de causa justificadora de la omisión (SSTS 942/2011, de 29 de diciembre, 395/2012, de 18 de junio o 420/2019, de 15 de julio). Procede verificar , a la vista de lo planteado en el recurso (art 465LEC), si la sentencia yerra al apreciar su concurrencia

SEGUNDO. - Marco fáctico relevante. La causa de disolución



1. De los datos fácticos contenidos en la sentencia - no cuestionados - unido a las alegaciones no controvertidas de las partes y prueba practicada, en especial, la documental aportada y unida en periodo probatorio, resultan de relevancia los siguientes, que permiten enmarcar la controversia, y explicar las cuestiones suscitadas en el recurso

i) la deuda de AYMERICH GOLF MANAGEMENT, S.L , de cuyo consejo de administración eran miembros los demandados, deriva del impago del suministro de abonos y fertilizantes, cuyas facturas se emiten en el periodo comprendido entre el 19.12.2017 al 1.10.2008 , siendo la de 2007 por importe de 4.412,83€

ii) las cuentas auditadas del ejercicio 2007 presentan unos fondos propios superiores a un millón de euros, con un beneficio neto de 1.013.100,63€ , en tanto que las del ejercicio 2008 arrojan unas pérdidas de 1,5 millones de euros y unos fondos propios negativos de 70.050,61 euros respecto de un capital social de 5.472,18 €. Estas últimas se formulan por el consejo de administración en noviembre de 2009 y son las últimas conocidas

iii) en fecha 27 de enero de 2009 se celebra junta general por la que se acuerda el aumento de capital por importe máximo de 1.631,43 euros, más una prima de asunción total de 1.506.152,96 euros, en tres tramos:

(a) Tramo 1: un aumento de capital por compensación de créditos que los socios mantienen frente a la Sociedad (derivados de los dividendos a cuenta del ejercicio 2007, distribuidos con fecha 30 de junio de 2008 y que se decidió no abonar finalmente siguiendo un criterio de prudencia, según los apelantes).

(b) Tramo 2: un aumento de capital mediante aportaciones dinerarias de los socios.

(c) Tramo 3: un aumento de capital subsidiario en caso de que no se pudieran cubrir las dos anteriores, destinado a los empleados de la Sociedad.

La ejecución de capital se llevó a cabo por escritura notarial de 6 de julio de 2009 (doc. núm. 8 de la contestación a la demanda) en la que consta el aumento de capital en 1.541,12 € más 1.422.786,56€ de prima de emisión; de ese importe total 456.229,96€ corresponden a compensación de dividendos del ejercicio 2007; escritura notarial presentada el día 7 de julio de ese año en el registro mercantil, que la inscribe el 2 de septiembre de 2009 (según escritura e historia registral, doc 8 y 9)

(iv) el 20 de octubre de 2009 se presenta una comunicación de inicio de negociaciones de una propuesta anticipada de convenio (antiguo artículo 5.3 LC).

(v) en febrero de 2010 fue vendida por valor de 15,00 € (doc núm. 9 de la contestación a la demanda)

(vi) el 19 de junio de 2012 se declara su concurso necesario (informe del administrador concursal)

2. De la anterior exposición es evidente que las cuentas anuales del ejercicio 2008 de la sociedad administrada por los apelantes reflejan la concurrencia a 31.12.2008 de la causa de disolución consistente en pérdidas cualificadas (actual art 367.1. e) LSC, anterior art 104.1 e) LSRL, aplicable en ese momento)

Así lo viene a asumir los apelantes, si bien en la extensa previa segunda del recurso, ciertamente sin mucha claridad, parece que vienen a sostener que ello deriva del hecho de que las cuentas se formularon en noviembre de 2009, lo que supuso la aplicación de un criterio de contabilización estricto teniendo en cuenta los hechos posteriores al cierre del ejercicio concurrentes en ese momento (que implicó la realización de fuertes provisiones por insolvencia de determinados clientes de la sociedad y la realización de correcciones valorativas en algunas partidas de activo), de modo que si se hubieran formulado en abril de 2009 no mostrarían ningún desequilibrio patrimonial, y de otro , de que se sabía que el problema de fondos propios negativos aflorados a 31 de diciembre de 2008 "nacía resuelto" gracias al aumento de capital acordado en enero de 2009.

3. Estas alegaciones que se efectúan para denunciar el error de valoración de la prueba que se imputa a la sentencia, al inferir del resultado a 31/12/2008 que a lo largo de todo el año 2008 la compañía debía estar en situación de desequilibrio patrimonial, tienen nulo recorrido

Al margen de lo que diremos más adelante sobre la presunción del art 367LSC (en igual sentido que el previo art 105 LSRL), nos encontramos ante una mera afirmación genérica , sin concreción y detalle alguno, ni soporte probatorio fehaciente. Además, se olvida que las cuentas de cada ejercicio deben reflejar la imagen fiel del patrimonio de ese ejercicio , con arreglo a criterios de valoración contablemente establecidos, que no pueden ser mutados por libre decisión de quien las formula ni estar al albur de que sean unos u otros en función del momento temporal en que se formulen, pues la jurisprudencia (entre otras, STS 363/2016, de 1 de junio) remarca el carácter "contable" de esta causa de disolución. En todo caso, no se identifica que se hiciera mención alguna en la memoria (como impone el art 38 c) Cco) de que los riesgos (siempre con origen en el ejercicio al que se refieren las cuentas o en otro anterior) fueran conocidos entre la fecha del cierre del balance y la fecha en que ese se formule , lo cual priva de todo credibilidad a lo invocado en el recurso



4. En cuanto a que la sentencia ignora que en enero de 2009 se había acordado un aumento de capital que cubría el déficit patrimonial afluído en las cuentas de 2008, sin perjuicio de verificar posteriormente la trascendencia que pudiera tener en orden a la responsabilidad de los administradores, desde el punto de vista fáctico aquí analizado en ningún caso desdice la afirmación judicial de que la sociedad a 31.12.2008 se encontraba incurso en causa de disolución. Dicho de otra manera, esa invocada ampliación podrá hacer que la causa de disolución pueda desaparecer desde que consta su ejecución, pero no la elimina con efectos retroactivos.

5. En conclusión, a 31.12.2008 era evidente que la sociedad estaba en la situación de desbalance patrimonial cualificado del art 104.1e) LSRL, que es lo que afirma la sentencia, por lo que no hay error en la valoración de la prueba por ello

TERCERO.- Los deberes disolutorios. Datación de la causa de disolución y cómputo del plazo bimensual

1.El recurso al tratar de lo que denomina "momento para la determinación de la concurrencia de pérdidas", lo que viene a plantear es el momento en que debe comenzarse a computar el plazo para convocar la junta general en caso de concurrencia de causa de disolución

Sostienen los apelantes que el juzgador de instancia obvia que lo determinante es el momento en que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de las pérdidas, y no en el momento exacto en el que se produce el desequilibrio patrimonial. En consecuencia, debe estarse al momento en el que se formulan las cuentas anuales por parte de los administradores, y en caso de falta de formulación, hasta el último día del plazo legal establecido a tal fin. Es en ese momento cuando comienza a computar el plazo para convocar la Junta General que ha de decidir sobre las medidas a adoptar para restablecer el desequilibrio patrimonial.

Valoración del Tribunal

2. La responsabilidad por deuda ajena del art 367 LSC sanciona el incumplimiento por los administradores de los deberes legales en caso de causa de disolución y de insolvencia

Centrado en lo primero, según se desprende de los artículos 365 y 366 LSC, en caso de concurrir una causa de disolución del art 363.1 LSC se generan dos deberes consecutivos de los administradores: en primer lugar, el de convocar la junta general a fin de que resuelva lo procedente en orden a la disolución de la sociedad o la adopción de alguno de los remedios legales previstos al efecto (que en el caso de pérdidas, será la ampliación o reducción de capital social en la medida suficiente) (art 365.1 LSC) y, en segundo lugar, el de instar la disolución judicial cuando, subsistente la causa de disolución, el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado (art 366.2 LSC).

3. Estos deberes están sujetos a un plazo de dos meses. Si en el caso del deber de instar la disolución judicial, el "dies a quo" es claro (habrá de contarse 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 o no se hubiera adoptado, art 366.2), no ocurre lo mismo en el caso del deber de convocar la junta. La ley no fija el dies a quo (art 365.1), y en ese caso empezará a contar desde el momento en que, conforme a la diligencia exigible a los administradores (la de un ordenado empresario, art 225) debieran constatar o conocer la concurrencia de dicha causa disolutoria.

4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias 1219/2004, de 16 de diciembre; 986/2008, de 23 de octubre y 14/2010, de 12 de febrero) entiende que dicho cómputo tiene lugar desde que los administradores efectivamente conocieron la concurrencia de pérdidas que provoca ese desbalance patrimonial, o la habrían conocido de ajustar su comportamiento al de un ordenado empresario, entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art 225.3 LSC, anterior art. 127.2 LSA); idea en la que incide la STS 652/2021, de 29 de septiembre "(m)áxime cuando con los actuales sistemas de información la situación contable puede ser conocida por los administradores en cualquier momento", con descarte expresamente en la STS 1219/2004, de 16 de diciembre de que para poder apreciar la existencia de causa de disolución haya que estar necesariamente al balance global o balance integrado en las cuentas anuales, al resultar "válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación".

Se alinea así con la doctrina que acoge un concepto económico de pérdidas, en lugar del estrictamente contable como determinación del resultado, con descarte de la tesis doctrinal según la cual la causa analizada no puede estimarse concurrente hasta el momento en que, una vez finalizado el ejercicio social, los administradores sociales formulan las cuentas anuales que reflejan esa pérdidas, y en su defecto, hasta el último día del plazo para su formulación (tras meses a partir del cierre del ejercicio social, art 253 LSC)



Debe, pues, desecharse la propuesta de los recurrentes, pues no hay que necesariamente esperar a la formulación del balance final de las cuentas anuales para afirmar la concurrencia de causa de disolución por pérdidas. Basta que los administradores conozcan o deban conocer esa situación, que se puede obtener de otros balances o estados contables, unido a datos o circunstancias (reclamaciones judiciales, impagos, etc....) reveladores de ese desequilibrio económico.

5. No solo en el caso presente de la información remitida por TGSS y AEAT constan algunos impagos puntuales ya desde el primer trimestre de 2008, sino que, sobre todo, en el ámbito de la responsabilidad por deudas no podemos perder de vista la presunción del apartado segundo del art 367 LSC, según el cual

"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"

Asentado aquí la concurrencia de pérdidas cualificadas el 31.12.2008, corresponde a los administradores demandados acreditar (pues tienen la facilidad probatoria para ello- art 217 LEC- , al contar con las fuentes de prueba para ello , en especial, la contabilidad social) que las deudas sociales son anteriores a dicho desbalance. Así lo pone de manifiesto la STS 212/2020, de 29 de mayo, que en un caso en que constaba probado que el ejercicio económico 2008 se cerró con un patrimonio neto contable negativo (como aquí ocurre) afirma que

" (e)n ese momento, la causa de disolución era muy clara, pero, obviamente, debía haber surgido antes, en el momento en que el patrimonio neto contable devino inferior a la mitad de la cifra del capital social. Algo que es seguro que ocurrió antes del 31 de diciembre de 2008. Ante la duda de si fue antes o después del 31 de julio de 2008 (fecha de la deuda social), procede aplicar la presunción contenida en el apartado segundo del art. 367 LSC"

En ello incide la STS 652/2021, de 29 de septiembre que afirma

"la existencia de unos fondos negativos de tal magnitud que septuplicaban el capital social no podía ser ignorada por el administrador, ni cabe considerar que surgiera de manera sorpresiva y abrupta, sino que, al contrario, puede presumirse que era bastante anterior al momento en que, conforme a lo antes expuesto, nació la deuda social. Lo que concuerda plenamente con la previsión del art. 367.2 LSC".

Por tanto, con la matización que diremos, no yerra la sentencia de instancia cuando presume que la obligación social fue posterior a la causa de disolución. Se limita a aplicar el art 367.2 LSC, cuya infracción se producirá si hay prueba acreditativa de que esas pérdidas cualificadas que afloran con las cuentas del ejercicio 2008 no concurrían antes de ese año; prueba cuya carga se asigna a los demandados

6. Ello entendemos que se pretende sostener en la extensa alegación previa segunda en la que se dice que la sociedad AYMERICH cerró el ejercicio 2007 con un beneficio de 1.013.100, 63 euros, y que durante el primer semestre del ejercicio 2008 la evolución fue favorable, con apoyo en unas actas del consejo de administración en las que el equipo directivo de la compañía informa a los miembros del consejo de la buena marcha de la actividad de la compañía (doc. nº 4 y 5 de la contestación, acta de 12.2.2008 en la que se trasladan los resultados positivos del ejercicio 2007 y una previsión de cierre del ejercicio 2008 con un beneficio antes de impuestos de 1.566.850 euros y acta de 23.6. 2008 que se analiza la cuenta de resultados durante el primer trimestre del ejercicio 2008, que arrojaba un beneficio antes de impuestos de 197.500 euros y se apunta expresamente a una ligera mejoría respecto al presupuesto presentado) y en el informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2007, emitido en abril de 2008, que no refleja salvedad alguna ni mención a hechos posteriores acaecidos desde el cierre de 31 de diciembre de 2007

Se reconoce que a partir del último trimestre del ejercicio 2008 comienzan a aflorar las primeras tensiones de tesorería y una evolución ligeramente peor, pero no la existencia de un posible desequilibrio patrimonial en los fondos propios, según acta del consejo de administración de 16.12.2008 (documento nº 7 de la contestación a la demanda) y se añade que para dar solución a esos problemas de tesorería y acometer nuevos proyectos de futuro, se acuerdo convocar una junta general de socios para llevar a cabo un aumento de capital por importe máximo de 1.631,43 euros, más una prima de asunción total de 1.506.152,96 euros, en tres tramos, remarcado los recurrentes que *" no tenía, en absoluto, en ese momento, el propósito de hacer frente a un supuesto desequilibrio patrimonial"*

Concluye su exposición con el alegato de que las cuentas anuales de 2008 reflejan esas pérdidas considerables superiores a 1.500.000€ y los fondos propios negativos de 70.000€ porque su formulación se realizó en noviembre de 2009 con criterios estrictos de valoración según ya lo expuesto, que hemos desechado por las razones antes desgranadas (fundamento anterior, apartados 2 y 3)

7. Si para datar la causa de disolución es preciso contar con datos internos de la sociedad no accesibles al actor, es lógico que deba pechar con esa prueba el demandado. Por eso se mantiene por los tribunales que,



por regla general, acreditado que en el ejercicio en el que surgió la deuda se generó la causa de disolución, corresponderá al administrador demandado convencer de que sólo en el concreto instante de formular las cuentas, en el primer trimestre del ejercicio siguiente, fue cuando pudo tener conocimiento de su existencia . Línea que entendemos vienen a ratificar las SSTs 212/2020, de 29 de mayo y 652/2021, de 29 de septiembre antes trascritas.

En un caso presente no se aportan los balances de comprobación trimestrales a los que se refiere el 28.1 CCo ni otra documentación contable , ni menos prueba pericial sobre ella, que revele que la sociedad deudora gozaba de una buena salud patrimonial como se sostiene, sin que valga a tal efecto las actas del consejo de administración invocadas , que refieren de forma genérica la exposición que el equipo directivo hacia a los consejeros , sin soporte alguno que otorgue en todo caso consistencia a las mismas

Conclusión reafirmada por otros datos periféricos como son la existencia de falta de cumplimiento de pagos puntuales a AEAT y TGSS a lo largo de 2008 y la propia actuación de la sociedad que no decidió abonar los dividendos del ejercicio 2007, distribuidos en junio de 2008 "siguiendo un criterio de prudencia", según los apelantes.

8. La puntualización que apuntamos se refiere a la parte de la deuda social generada en 2007 por importe de 4.412,83€. Cuando esta nace , la sociedad no estaba incurso en causa de disolución , pues a 31.12.2007 tenía unos fondos propios positivos superiores a un millón de euros, de modo que de esa parte de la deuda social no deben responder los demandados, ya que sí consta que es anterior a la concurrencia de la causa de disolución

CUARTO.- La ampliación de capital y comunicación del inicio de negociaciones

1.La sentencia aprecia la responsabilidad de los administradores demandados por la omisión por estos del deber de promover el trámite de disolución y liquidación de la sociedad, pues ello no aparece en la certificación registral

2. En el recurso se imputa la que no tiene en cuenta la ampliación de capital acordada en enero de 2009 y la comunicación de negociaciones al amparo del entonces art 5.3LC , con infracción del artículo 367 LSC en relación con los artículos 363.1 e) y 365.2 LSC , y que no se hace mención alguna a las actas del consejo de administración y de la junta general celebradas durante el ejercicio 2008 y principios del 2009, en las que se aprecia la actuación diligente de los órganos de gobierno de la sociedad , alcance de las actas ya analizado

Se expone que el hecho de que una sociedad esté incurso en causa de disolución no significa que deba acordar obligatoria y automáticamente la disolución y liquidación de la misma, pues cabe que se convoque para adoptar acuerdos dirigidos a remover la causa de disolución, y la ampliación de capital desde luego hace desaparecer la causa de disolución

Añade que los administradores de AYMERICH convocaron en diciembre de 2008 una junta general que se celebró con fecha 27 de enero de 2009 para la ampliación de capital por importe aproximado de 1,5 millones de euros y que, aunque no tenía la finalidad de remover la causa de disolución, habría hecho desaparecer la misma , ya que se sostiene que en el momento de la convocatoria (diciembre de 2008) no se vislumbraba la situación de desequilibrio patrimonial que iba a arrojar las cuentas anuales del ejercicio 2008 (formulada en noviembre de 2009)

A lo anterior adiciona que, en todo caso, los administradores de AYMERICH habrían cumplido con sus deberes legalmente establecidos dado que, en octubre de 2009, al advertir su situación crítica, tuvo lugar la presentación de la comunicación prevista en el entonces vigente artículo 5.3 LC, consistente en el inicio de negociaciones con los acreedores para refinanciar la deuda o lograr adhesiones a una propuesta anticipada de convenio concursal

3.En la contestación al recurso, la actora -ahora apelada- niega valor enervante a esa ampliación de capital ya que fue tardía e ineficaz. Lo primero porque no se ejecutó en enero, sino en julio de 2009, habiendo los administradores falsificado y manipulado las actas correspondientes, ya que en la escritura notarial de 6 de julio de 2009 figura un acta del consejo de administración supuestamente celebrada en enero de 2009 en la que se indica que las aportaciones dinerarias están "íntegramente desembolsadas" cuando los certificados de ingreso correspondientes son todos ellos de junio y julio de 2009. Lo segundo , porque la mercantil solicitó el precurso en octubre de ese año y fue vendida en febrero de 2010 por valor de 15,00 €

Valoración del Tribunal

4. Hemos dicho que la falta de cumplimiento en plazo de los deberes disolutorios previstos en los arts 365-366 LSC genera la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las nuevas deudas sociales (art 367 LSC). Plazo que se califica por la STS 1219/2004, de 16 de diciembre, de "inexorable y fatal", que descarta virtualidad exonerante de responsabilidad su cumplimiento tardío; criterio que se reitera en la STS



195/2006, de 9 de marzo, apartándose de la precedente STS 110/2004, de 23 de febrero, que otorgaba eficacia liberatoria a un acuerdo de remoción de la causa extemporáneo.

Dado que la idea-fuerza del sistema legal es que la causa de disolución del art 363.1 e) LSC no opera per se ni desemboca necesariamente en un procedimiento de liquidación, lo que provoca es que el órgano soberano de la sociedad haya de decidir sobre su futuro, esto es, si continua su actividad ordinaria o no, según decida remover la causa o disolver. Por ello, es cierto que se prevé que el administrador social debe convocar a la junta para que adopte el acuerdo de disolución, pero también que podrá incluir en el orden del día, otros encaminados a remover la causa, como dice el art 365.3 e identifica el art 363.1.e) LSC (aumento o reducción de capital en la medida suficiente)

5. En cuanto a la desaparición sobrevenida de la causa de disolución, la STS núm. 1219/2004, de 16 diciembre invocada por los apelantes dice que el deber del entonces artículo 262.2 LSA

"no se incumplirá si la causa de disolución desaparece antes del término bimensual, pues desaparecido el requisito previo del deber no hay tal deber y menos incumplimiento del mismo"

Por otra parte, rige el principio de "no petrificación", que viene a mitigar el rigor del art 367 LSC. Si la responsabilidad solidaria va ligada a la concurrencia de la causa de disolución social, si después ésta desaparece, no parece que deba mantenerse aquélla de manera indefinida y absoluta. A ello se refiere la STS 776/2001, de 20 de julio, que aclara la posterior 585/2013, de 14 de octubre, según la cual

"La remoción de la causa de disolución de la compañía no extinguió la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir el administrador durante el tiempo en que incumplió el deber de promover la disolución, respecto de los créditos existentes entonces, pero sí evita que a partir del momento en que cesa la causa de disolución puedan surgir nuevas responsabilidades derivadas de aquel incumplimiento. Esto es, los acreedores de las deudas sociales surgidas después de que la compañía hubiera superado la causa de disolución, como es el caso de Cajalón, carecen de legitimación para reclamar la condena solidaria del administrador basada en un incumplimiento anterior."

Por tanto, de lo expuesto, podemos distinguir dos escenarios posibles en caso de desaparición de la causa de disolución :

a) que desaparezca antes del transcurso del plazo bimensual. Al no haber deber de convocar junta, y en consecuencia, al no poder predicarse su incumplimiento, no se genera responsabilidad (STS 1219/2004)

b) que desaparezca después de transcurrido el plazo bimensual. En ese caso como se incumplió el deber de promover la disolución, habrá responsabilidad respecto de los créditos existentes entonces, pero no respecto de los créditos generados después de superar la causa de disolución (STS 585/2013)

6. En el caso que nos ocupa en el recurso entendemos que se entremezclan los planos del cumplimiento del deber legal de convocar junta para disolver con el de su inexigibilidad

Resulta difícil predicar que los administradores cumplieron el deber legal impuesto en el art 365 LSC cuando se reconoce abiertamente que la junta general convocada para la ampliación de capital no tenía la finalidad de remover la causa de disolución , es decir, que no se planteaba como alternativa a la disolución de la sociedad. Por ello deducimos que lo sostenido es que, al haber desaparecido la causa de disolución con la ampliación acordada, no se puede predicar la responsabilidad del art 367LSC porque no había deber alguno de convocar junta para disolver, esto es, que era inexigible

7. Delimitado en estos términos el alegato defensivo, hemos de concluir que la ampliación de capital de 2009 no tiene la eficacia liberatoria que se pretende

El punto de partida es que no basta para remover las pérdidas cualificadas el solo acuerdo de ampliación de capital, sino que es preciso su ejecución, que se ha de documentar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (art 315.1LSC)

Es controvertido doctrinal y jurisprudencialmente si esa inscripción registral tiene carácter constitutivo o solo declarativo. La SAP Madrid, Sección 28ª, de 26 de marzo de 2012 se inclina por esta última tesis al indicar que "*produce los efectos que le son propios en el plano interno desde que es ejecutado*" o sea, en las relaciones entre los socios y la sociedad. En cambio, en el plano externo, solo será oponible a terceros de buena fe desde el momento de su inscripción en el registro mercantil y su consiguiente publicación en el BORME, de forma que el aumento no inscrito (o inscrito y todavía no publicado) no podrá perjudicarles. Así, en la posterior SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2012 se señala que " También la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1993 parece inclinarse por el carácter declarativo de la inscripción en tanto atribuye a su omisión la virtualidad de que no puede perjudicar a terceros".



En el caso que nos ocupa la ampliación de capital se ejecuta en la escritura en julio de 2009 y se inscribe en septiembre de ese año. Aun tomando en consideración en la mejor de las hipótesis para los recurrentes la fecha de la escritura de ejecución, es evidente que la desaparición de la causa de disolución en julio de 2009, anudada a la ampliación de capital, resulta posterior al transcurso del plazo bimensual del art 365 LSC, pues, como ya hemos dicho, no se ha probado que los fondos propios negativos - que excedían con mucho la cifra de capital social - surgiera de improviso y repentinamente, sino, al contrario, debe entenderse que era bastante anterior, al no haberse desvirtuado la presunción del art. 367.2 LSC

En consecuencia, al incumplirse el deber de promover la disolución, sí debemos predicar la responsabilidad respecto de los créditos de 2008, sin que la remoción de la causa tenga efecto exonerador de dicha responsabilidad, según lo antes razonado

8. Ello hace innecesario plantearse siquiera la eventual inexactitud de las fechas de las actas sociales denunciada por la apelada, pues en todo caso lo determinante para predicar la superación de la causa de disolución - que es lo que plantea el recurso y delimita nuestra respuesta por exigencias del art 465LEC - es la ejecución de la ampliación de capital, no la fecha de su adopción

9. Pero es que si atendiéramos, en la mejor de las hipótesis para los apelantes, a la fecha de convocatoria de esa junta general, para afirmar su ejercicio tempestivo debería acreditarse que la situación de desbalance patrimonial solo ha sido conocible en los dos meses previos, y ello no consta. Se dice que se conoció a finales de 2009 al formular las cuentas, tesis que hemos desechado, pues ante la duda debe considerarse que la causa de disolución concurría de forma previa a la deuda social (art 367LSC), según lo antes razonado

10. Por último, el que los administradores de AYMERICH en octubre de 2009 llevaran a cabo la presentación de la comunicación prevista en el entonces vigente artículo 5.3 LC carece de eficacia para exonerar de una responsabilidad ya concurrente por previo incumplimiento de los deberes legales disolutorios.

11. En definitiva, esta ampliación de capital y la comunicación del antiguo art 5.3LC carecen del efecto liberador de responsabilidad pretendido, con lo que damos con ello cumplida respuesta a los demandados, completando en este particular la sentencia de instancia

CUARTO. - Costas

1. La estimación parcial del recurso de apelación conlleva que no proceda la imposición de costas originadas en esta alzada (artículo 398 LEC)

2. La estimación parcial de la demanda implica que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (artículo 394 LEC)

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Debemos estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Felix y Feliciano contra la sentencia de fecha 1 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid, que revocamos en parte, en el sentido de fijar el importe de la condena en 15.242,95€, sin imposición de las costas originadas en ambas instancias

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