



Roj: **SAP S 912/2021 - ECLI:ES:APS:2021:912**

Id Cendoj: **39075370022021100242**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **19/07/2021**

Nº de Recurso: **862/2020**

Nº de Resolución: **333/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ARSUAGA CORTAZAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 000333/2021**

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D<sup>a</sup> Milagros Martínez Rionda.

=====

En la Ciudad de Santander, a diecinueve de julio de dos mil veintiuno.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario núm. 818 de 2019, Rollo de Sala núm. 862 de 2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander, seguidos a instancia de D. Fernando y de D. Gines contra AUDITEX Asesoría de Empresas S.L..

En esta segunda instancia ha sido parte apelante, AUDITEX Asesoría de Empresas S.L., representada por la Procuradora Sra. Úrsula Torralbo Quintana y defendida por el Letrado Sr. Antonio Poveda Bañón; y apelada la parte actora; D. Fernando y de D. Gines, representados por el Procurador Sr. Juan Ramón Martínez Muriedas y defendidos por el Letrado Sr. Vicente González Sáiz.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 16 de septiembre de 2020 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*" FALLO: "Que estimando la Demanda interpuesta por Procurador de los Tribunales Sr. Martínez Muriedas en nombre y representación de Fernando y Gines asistidos por el Letrado Sr. González Saiz contra AUDITEX ASESORIA DE EMPRESAS, condeno a la citada demandada a pagar a la actora la cantidad de 43.277,72 euros más los intereses y gastos que se les han ocasionado por la financiación y fraccionamiento suscritos para hacer frente al importe que les ha reclamado la TGSS, más los intereses legales de dicha cantidad, así como al pago de las costas procesales causadas".*

**SEGUNDO:** Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.



**TERCERO:** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

### **PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.**

1. D. Fernando y D. Gines formularon demanda contra la entidad Auditex Asesoría de Empresas, S.L., interesando una indemnización por importe de 43.277, 72 euros y los intereses y gastos ocasionados por la financiación y fraccionamiento suscritos para poder hacer frente al importe que les ha sido reclamado y derivado por la TGSS y los intereses legales de dicha cantidad desde la presentación de la demanda.

La reclamación se funda en la negligencia que a la demandada se imputa en su labor de prestación de asesoramiento -principalmente por incumplir el contrato de asesoramiento ( art. 1.101 y concordantes); subsidiariamente, por responsabilidad civil extracontractual ( art. 1902 CC )- por una doble vertiente de responsabilidad:

De un lado, por no informar de encontrarse la sociedad que los demandantes administraban ( Cántabra de Montajes y Derivados, S.L, en adelante CMD ) en causa de disolución -ni de sus efectos y remedios- por el resultado de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 que evidenciaban que el patrimonio neto se viera reducido por debajo de la cifra del capital social, lo que provocó que la Tesorería General de la Seguridad Social ( en adelante, TGSS ) acordara por resolución de 27 de julio de 2017 la derivación de responsabilidad civil por importe de 43.277, 72 euros de principal, intereses y gastos, por la solidaridad con la sociedad por las deudas nacidas con posterioridad a la presencia de la causa de disolución.

Del otro, por no proceder a notificarse y rechazar la notificación electrónica de la resolución de 27 de julio de 2017, sin informar a los actores, ni presentar escrito alguno interesando la notificación personal, provocando que la TGSS la tuviera por notificada, provocando su firmeza y la privación de su impugnación judicial, frustrando de esta forma el ejercicio de sus acciones.

2. La demandada formuló contestación en la que se opone a la demanda e interesa su desestimación.

3. La sentencia del juzgado de primera instancia nº 8 de Santander de 16 de septiembre de 2020 estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de 43.277, 72 euros y los intereses y gastos ocasionados por la financiación y fraccionamiento suscritos para poder hacer frente al importe que les ha sido reclamado y derivado por la TGSS y los intereses legales de dicha cantidad desde la presentación de la demanda y las costas procesales causadas.

Expresa la juez, en sus fundamentos de derecho y en síntesis, que estima la primera causa de responsabilidad en que la demanda se fundaba -relativa a la falta de información por la demandada de encontrarse la sociedad que los demandantes administraban en causa de disolución, ni sus efectos o forma de remediarla, que pudiera haber evitado la posterior declaración de responsabilidad- por el total reclamado en concepto de daño, al no existir prueba mínima de que la información debida por el asesor empresarial se hubiera comunicado. Y desestima, al contrario, la segunda causa, por no considerar que se le pueda imputar negligencia de clase alguna que impidiera una notificación adecuada de la resolución para poder impugnarla por las vías legales provocando una indeseada frustración.

4. Por la demandada se formula recurso de apelación en el que, esencialmente y aceptando la desestimación de la segunda causa de imputación de responsabilidad, denuncia el error padecido por la juez en la valoración de la prueba y en las conclusiones jurídicas alcanzadas sobre los hechos y distribución de la carga de la prueba determinantes de la declaración de responsabilidad por falta de información y sobre el alcance de la condena al pago de cantidad en relación con los gastos objeto de condena por el fraccionamiento en el pago de la deuda.

5. La actora formula oposición al recurso e interesa su íntegra desestimación, interesando que se confirme íntegramente la sentencia dictada.

6. Por el contraste de los escritos de recurso y oposición, el objeto de la valoración del tribunal de la segunda instancia se contrae al estudio de la primera causa de responsabilidad invocada en la demanda y que ha prosperado.

Es decir, si incurrió la demandada, en su labor de asesoramiento, en negligencia propia para declarar responsabilidad civil y, por consecuencia, debe responder del daño causado en los términos objeto de condena. Esto es, por no informar a los actores, administradores de la sociedad asesorada CMD, de encontrarse la



sociedad en la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e LSC, ni de sus efectos legales y remedios para evitar o remediar sus consecuencias, por el resultado de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, que provocó a la postre que la TGSS resolviera el 27 de julio de 2017 en su perjuicio la derivación de responsabilidad civil por el importe de las deudas generadas con posterioridad. Y si, en fin, de declararse la responsabilidad por negligencia en el asesoramiento, el importe del daño debe contemplar los gastos reclamados derivados del fraccionamiento de la deuda.

**SEGUNDO: Circunstancias condicionantes de la decisión del tribunal.**

1. En la labor que corresponde a este tribunal, con plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), ha de advertirse que existen una serie de hechos y circunstancias que actúan como presupuestos y condicionantes para alcanzar la convicción del tribunal.

2. Cántabra de Montajes y Derivados, S.L. (CAM), era una sociedad cuyo objeto era el montaje de falsos techos, el montaje de tabiquería y otras labores de construcción. Los actores eran sus administradores solidarios.

3. La demandada Auditex, Asesoramiento de Empresas, según reza su publicidad, es una empresa dedicada al asesoramiento empresarial en las áreas laboral, fiscal, de creación de empresas y contable. Particularmente, en el área contable su actividad se desarrollaba en el ámbito de la organización contable-administrativa de la empresa, diseño de planes contables, mecanización contable, asesoramiento por el cierre contable, actualización de contabilidades, elaboración, presentación y depósito de cuenta anuales, elaboración y legalización de los libros oficiales de contabilidad, estudio económico-financiero de la empresa y diseño e implantación de contabilidad de costes.

4. La demandada, en la fecha a que se refieren los hechos objeto de la derivación de responsabilidad, prestaba sus servicios profesionales a la sociedad administrada por los actores. Facturaba mensualmente los servicios de asesoramiento fiscal, contable y laboral y puntualmente los honorarios por el estudio, confección y tramitación del depósito de las cuentas anuales de la sociedad en el Registro Mercantil. Concretamente, se presentan las facturas de 1/8/2010, referidas al ejercicio del año 2009, 1/8/2011 del ejercicio 2010, además de las mensuales de noviembre de 2010 y septiembre de 2011.

5. La sociedad CAM depositó sus cuentas anuales en los ejercicios 2005 a 2011, previa su aprobación por su junta general universal suscritas por el administrador Sr. Fernando .

Con fecha 10 de mayo de 2013 fue declarada en **concurso de acreedores** por el juzgado de lo mercantil nº 1 de Santander. Con fecha 11 de mayo de 2015 se dictó auto declarándose fortuito el **concurso** declarado. Con fecha 2 de diciembre de 2015 se declaró concluso el **concurso** y acordó su archivo por inexistencia de bienes y derechos del concursado.

6. Con fecha 26 de julio de 2017 se acordó en resolución dictada por la TGSS "declarar la responsabilidad solidaria de D. Fernando (..) en la deuda contraída al Régimen General de la Seguridad Social por la empresa Cántabra de Montajes y Derivados, S.L. y emitir a su nombre por tal concepto reclamaciones (...) por los periodos de agosto a diciembre de 2012 en un importe de 43.277, 72 euros, de acuerdo al detalle que se acompaña en documentos anexos a la presente resolución". En semejantes términos se resuelve en relación con el otro administrador, Sr. Gines .

En el hecho primero se indica que la sociedad fue dada de alta en el Régimen General el 16/1/2001 y causó baja el 20/11/2012. Y que la deuda de la sociedad con la TGSS por 43.277,72 euros tenía su origen en las cotizaciones correspondientes a los periodos que se reflejaban relativos a los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2012. Y se indica que las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil publicaban los siguientes resultados: ejercicio 2009, resultado -105.886,59 euros, patrimonio neto -23.275,41 euros; ejercicio 2010, resultado 15.273, 30 euros, patrimonio neto -8.250, 68 euros; ejercicio 2011, resultado -20.409, 98, patrimonio neto -28.660, 66 euros. Sin que conste que se haya promovido la disolución de la sociedad.

En el ejercicio 2006 el resultado declarado fue de 10.073 euros, en el año 2007, 14.404, 26 euros y en el año 2008 ya era de -20.061 euros.

El capital social ascendía a 3.010 euros.

En el hecho sexto se consideraba que la sociedad se encontraba en causa de disolución por pérdidas desde el año 2009, sin adoptar sus administradores las medidas legales pertinentes.



Con fecha 10 de agosto de 2018 la TGSS concedió un aplazamiento de la deuda, devengando el interés de demora vigente legalmente, que en el año 2018 quedó establecido en el 3.750%

7. Ceferino, auxiliar administrativo en su día de la actora entre 2004 y 2012, indica en su declaración testifical que hacía la labor de acopio de la documentación (presupuestos, facturas, etc.) para que la contabilidad la confeccionara -la "mecanizaba", según expresó- a partir de tales datos la demandada; que también hacía las nominas y la tramitación en la Seguridad Social, así como los impuestos. Entre la labor de la demandada también se incluía la redacción de las cuentas anuales y su tramitación ordinaria. Durante el periodo de relación les remitían circulares informativas sobre novedades legales, pero no le consta que enviara nunca que la situación de pérdidas exigía la adopción de alguna medida para remediarla.

A preguntas del letrado de la parte demandada, afirma no conocer qué pudieron hablar o de qué pudieron tratar los responsables de la demanda y los administradores de la sociedad.

No consta documentalmente acreditado que la sociedad demandada informara concretamente de la necesidad de adoptar las medidas necesarias para evitar la declaración de responsabilidad solidaria prevista en el art. 367 LSC.

8. Con fecha 14 de marzo de 2018 se remite un burofax a la demandada por el entonces letrado de los actores imputándola una negligencia por rechazar la notificación de la TGSS y provocar la imposibilidad de recurrir.

Con fecha 12 de julio de 2018, el nuevo letrado de los actores, remite burofax a la demandada, reclamando la cantidad finalmente objeto de la pretensión judicial con idéntica motivación que la demanda iniciadora de este procedimiento. Por la demandada se contestó rechazando la reclamación al indicar que los actores eran conocedores de la situación de la sociedad, a pesar de lo cual pospusieron las medidas en la confianza de que acabarían superando la misma.

En los mismos términos se presentó demanda de conciliación el 10 de septiembre de 2018.

***TERCERO: Responsabilidad civil derivada del asesoramiento. Imputación. Resolución del recurso de apelación.***

1. La relación profesional de asesoramiento en el ámbito empresarial focalizada en el supuesto objeto de recurso en la labor laboral, fiscal y contable tiene naturaleza contractual como propia de un arrendamiento de servicios (art. 1544 CC), y en la que surge para el asesor una obligación de desarrollar y desplegar los medios necesarios, poniendo a disposición de su cliente sus conocimientos, la diligencia y la prudencia exigibles en atención a las circunstancias (art. 1104 CC) para de forma diligente asistirle aun sin comprometer un resultado.

El daño es la fuente de la responsabilidad civil y su atribución causal exige formar un juicio de imputabilidad que permita aunar la causalidad material y la causalidad jurídica, es decir, que exista y se aplique un criterio jurídico que permita atribuir al agente -en este caso, al asesor- las consecuencias del daño producido.

2. A partir de tales consideraciones, avanzamos ya que el recurso va a ser estimado, por considerar que la cantidad abonada a la TGSS por la derivación de la responsabilidad de los administradores surge de su propia negligencia, en cuyo resultado no apreciamos que haya tenido una participación -más bien, omisión- determinante la asesoría demandada.

3. Corresponde a los administradores de las sociedades de capital un deber general de diligencia en el desempeño de su cargo, cumpliendo con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos, bajo el principio o regla de la diligencia de un ordenado empresario y de subordinación de su interés particular al interés social.

Para el desarrollo de sus deberes, como nos recuerda el art. 225.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

Más en particular, como se deduce de su apartado 3,

*<< En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.>>.*

Del incumplimiento u omisión de sus deberes se predica su responsabilidad. El art. 236.1 del anterior texto recuerda que los administradores responden -frente a la sociedad, socios y los **acreedores**- del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

En particular, responden solidariamente de las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causal legal de disolución en el supuesto legal previsto en el art. 367: cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, o 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. Y la causa legal de disolución que provoca tal consecuencia, en el presente procedimiento, aparece descrita en el art. 363. 1. e): la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de **concurso**.

4. No cuestionada la correcta declaración de responsabilidad -o de derivación de responsabilidad- de los administradores por la TGSS, no podemos compartir la decisión de la juez de instancia que imputa a la asesoría la omisión mantenida en el tiempo de los administradores de sus obligaciones legales, cuya labor nunca delegaron.

Aunque no existe prueba de una concreta advertencia de incurrir en responsabilidad, los datos o cifras que arrojaba las cuentas sociales, aprobadas por la junta general universal y firmadas por uno de los administradores para su presentación y depósito, eran tan evidentes en su resultado de desbalance reiterado que la mínima diligencia exigible imponía abandonar la pasividad para procurar o conseguir remedios que impidieran que siguieran contratando sin la mínima garantía de solvencia patrimonial.

Nótese, en tal sentido, que el resultado negativo en la cuenta de pérdidas y ganancias con el resultado previsto en el art. 363.1.e TRLSC se arrastraba ya del ejercicio 2008, a pesar de lo cual y de aprobarse dichas cuentas y las de los años sucesivos, no fue hasta los periodos de agosto a noviembre de 2012 cuando, bajo una situación de pérdidas constantes, la TGSS declara su responsabilidad por las deudas de cotización, contraídas años después de la situación de insolvencia patrimonial.

Por tanto, aunque pudiera ser admisible cierto margen de tolerancia en el conocimiento por los administradores de la situación de la sociedad y la obligación de actuar, a cuyo efecto podría ser relevante la actuación del asesor, no acepta el tribunal que una situación conocida, reiterada y prolongada no sirva de criterio de imputación exclusiva de las consecuencias económicas que su propia negligencia, por omisión de la conducta debida como administradores, les pudo suponer y de hecho les supuso mediante la imposición de la sanción.

En consecuencia, el recurso se estima en su integridad haciendo recaer en los administradores la entera responsabilidad por su omisión.

La condena debe revocarse íntegramente.

#### **CUARTO: Costas procesales.**

Estimado el recurso de apelación interpuesto no ha lugar a imponer las costas causadas por su interposición (art. 398 LEC).

Desestimada íntegramente la demanda, de acuerdo al art. 394.1 LEC, sin apreciar dudas serias de hecho o de derecho, las costas procesales deben ser impuestas a la parte actora.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

#### **FALLAMOS**

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Auditex Asesoría de Empresas, S.L., frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santander de 16 de septiembre de 2020, que se revoca íntegramente.

2º.- En consecuencia, se desestima íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la parte actora.

3º.- No se imponen las costas procesales del recurso.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y



ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ