

JURISPRUDENCIA MERCANTIL (15-04-2020)

1.- Clasificación de créditos.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 656/2019 de 11 diciembre. RJ 2019\5011.

Al interpretar el art. 1098 CC, la sentencia de 3 de julio de 1989 declaró:

"Tan solo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio nemo factum cogi potest y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor".

En consecuencia, el crédito que pueda surgir de la ejecución forzosa no nace directamente con la obligación de hacer, sino con su incumplimiento. Máxime si, como era el caso, el obligado contaba con un plazo de cumplimiento voluntario. Es decir, si la propietaria del inmueble hubiera cumplido la orden de demolición en el plazo concedido por el ayuntamiento, ningún crédito dinerario habría surgido a favor de éste.

En el caso objeto de enjuiciamiento, se produjo una situación intermedia, puesto que la empresa obligada a la demolición no agotó el plazo de ejecución voluntaria, sino que solicitó del ayuntamiento que fuera dicha administración quien ejecutara la obra a costa del administrado. Fue ahí donde nació el crédito municipal, a expensas de ulterior liquidación. Y como quiera que esa fecha (13 de junio de 2013), fue anterior a la declaración del concurso, el crédito debe calificarse como concursal y no como crédito contra la masa.

Si, habiendo existido incumplimiento anterior a la declaración de concurso, el crédito hubiera sido ya liquidado (cuantificado en su importe), el crédito tendría cuantía propia; mientras que, si todavía no estuviera liquidado, sería contingente sin cuantía propia.

Por tanto, puesto que ya estaba cuantificado y el principal fue de 184.519,38 €, el 50% de dicha cantidad debe reconocerse como crédito con privilegio general del art. 91.4º LC y el 50% restante como crédito ordinario; mientras que los 36.903,88 € del recargo de apremio han de reconocerse como crédito subordinado del art. 92.3º LC.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 61/2020 de 3 Feb. 2020, Rec. 1154/2017.

Si nos atenemos al momento en que realizaron el pago al banco acreedor (29 de mayo de 2014), en su calidad de fiadores solidarios, entonces ya no tenían esa condición de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada, pues para entonces ninguno de los dos era socio. Habían dejado de serlo unos meses antes (28 de junio de 2013), como consecuencia de la reducción a cero del capital social de Albergue Naval sin que acudieran a la ampliación de capital.

Como recuerda la sentencia 761/2015, de 30 de diciembre, el fiador que paga la obligación garantizada dispone de dos acciones para hacer efectiva la vía de regreso frente al deudor principal: un derecho de reembolso (art. 1838 CC) y una facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC):

"el Código Civil reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir.

"(...) tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó".

Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso, que en este caso no consta se haya ejercitado.

De este modo, en un caso como el presente, para clasificar el crédito de reembolso de la deuda social satisfecha por el fiador, y, en concreto, para comprobar si el fiador era persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, por ser socio de la concursada con una participación superior al 10% de capital social, el momento relevante es aquel en que se afianzó el crédito. Se entiende, a estos efectos, que el crédito cuya clasificación es objeto de impugnación nació con el afianzamiento y no más tarde con el pago del crédito afianzado. Lo relevante es que los fiadores demandantes, cuando asumieron la

fianza, se hallaban en esa situación descrita por el art. 93.2.1º LC: Humberto era socio con una participación en el capital social superior al 10% y Fátima era su cónyuge.

- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia núm. 1907/2019 de 25 octubre. JUR 2019\309061

7. La cuestión litigiosa reside en determinar cómo debe reconocerse en el concurso el crédito que nace de un expediente administrativo de derivación de responsabilidad tributaria del artículo 42.2º, apartado b), de la Ley General Tributaria. Según la sentencia apelada, la responsabilidad que contempla dicho precepto tiene naturaleza sancionadora y como tal sanción merece ser calificada en el concurso como crédito subordinado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.4º de la LC (RCL 2003, 1748). Dicho precepto dispone que son créditos subordinados "los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias"

13. En el caso que no ocupa, a diferencia de lo que sucede con los recargos, la derivación de responsabilidad exige el cumplimiento de los principios de legalidad sancionadora. En este sentido podemos citar la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2011 (ECLI:ES: TS:2011:7894) (FJ 4.2), en la que se dice que:

<<La STC 85/2006, de 27 de marzo (RTC 2006, 85), establece, con carácter general, que cuando la responsabilidad subsidiaria que la Administración tributaria derive tenga un contenido punitivo por extenderse a las sanciones, deberán observarse las mismas garantías materiales y procedimentales que en un procedimiento sancionador, garantías que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución . Y es que la extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias está condicionada al respeto de los principios informadores del Derecho administrativo sancionador. Así lo había reconocido ya el Tribunal Supremo al establecer en su sentencia de 16 de diciembre de 1992 , en relación con la extensión de la responsabilidad a las sanciones derivadas de infracciones cometidas por personas jurídicas, que se requiere que los administradores hayan tenido un comportamiento malicioso o negligente y que éste quede suficientemente acreditado para que sirva de fundamento al acto mediante el cual se deriva la responsabilidad tributaria a los mismos, incumbiendo la prueba de esta conducta a la Administración, que ha de motivarla>>.

10. Dicha Sentencia contó con un voto particular discrepante, que descartaba que la obligación tributaria que nace de un acto administrativo de derivación de responsabilidad del artículo 42 de la Ley se configurara como una sanción. Para los firmantes del voto particular, la Ley General Tributaria distingue claramente entre la obligación tributaria en sentido estricto, que engloba la obligación principal (artículo 19) y las obligaciones tributarias accesorias (los intereses de demora del artículo 26 y los recargos de los artículos 27 y 28), de un lado, y las sanciones, de otro. El artículo 25 expresamente señala en su apartado tercero

que la sanción no forma parte de la obligación tributaria como tal. Quien causa o colabora en la realización de una infracción tributaria (también quien incumple una orden de embargo) es un obligado tributario más (artículo 35.5º de la LGT). Esto es, para el obligado tributario por derivación de responsabilidad su deuda tributaria también se desglosa en principal, intereses, recargos y sanción. Y su traslación al concurso, según el voto particular, debe respetar esos conceptos, es decir, el concurso no convierte en sanción aquello que la Ley General Tributaria considera obligación tributaria. En definitiva, la calificación en el concurso del crédito tributario de un responsable solidario de la deuda tributaria debe merecer la misma calificación que tendría el crédito del deudor principal. No es posible, por tanto, que toda la deuda tributaria pueda considerarse como "multa" o "sanción pecuniaria" (artículo 92.4º de la LGT).

11. La Sentencia sigue el criterio mayoritario de esta Sección y confirma la calificación de todo el crédito tributario como subordinado. Pues bien, a salvo que el Tribunal Supremo llegue a sentar jurisprudencia en sentido contrario, mantenemos la postura que fijamos en la Sentencia citada, por lo que debemos desestimar el recurso.

- Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª. Sentencia 143/2020 de 18 de febrero de 2.020.

A favor de la tesis de la subordinación se argumenta que la derivación de responsabilidad, al traer causa de un acto ilícito, no es otra cosa que una sanción.

Tanto el TS Sala 3ª (sent. 10 de diciembre de 2018) como el Tribunal Constitucional (Sentencia 76/1990, de 16 de abril), han dicho que el expediente de derivación de responsabilidad tributaria cumple una finalidad sancionadora, que prevalece sobre otras funciones distintas que también están presentes en la norma, como la indemnizatoria o reparadora del daño.

Lo anterior explica que en la tramitación de los expedientes administrativos de derivación de responsabilidad deban observarse las mismas garantías materiales y procedimentales que en un procedimiento sancionador (sentencia TS, Sala 3ª de 10 de noviembre de 2011 con cita de la STC 85/2006, de 27 de marzo).

Por otro lado, se argumenta que el término "sanción" del artículo 92. 4º de la Ley Concursal debe entenderse en un sentido amplio, como señala la Sentencia TS de 29 de enero de 2009 de la Sala 1ª, que distingue entre las sanciones propias, que comprenden las punitivas, y las impropias, que carecen de la entidad cualitativa y cuantitativa de las propias.

En contra de la tesis de la subordinación se argumenta que el responsable por derivación de responsabilidad no es un sujeto infractor.

El hecho de que rija en esta materia el principio de legalidad sancionadora no convierte en sanción lo que no lo es. La observancia de las mismas garantías materiales y procedimentales que en un procedimiento sancionador no cumple más que una función garantista para descartar que se trate de una responsabilidad objetiva. Además, la finalidad sancionadora no excluye otras finalidades distintas, como la indemnizatoria o la reparadora del daño causado como dicen las sentencias antes citadas de 10 de diciembre de 2018 y de 16 de abril de 1990.

En la actualidad, esta tesis encuentra apoyo en el auto del TS de 26 de septiembre de 2018 (ROJ: ATS 9650/2018) que contempla un supuesto de extensión de responsabilidad por impago del IVA al administrador de la sociedad que debe asumir la deuda tributaria de ésta por haber colaborado en la infracción tributaria al amparo del art. 42 LGT. En dicha resolución se dice lo siguiente:

"La parte recurrente parte de una premisa que no es correcta, que la cantidad debida a la AEAT es una sanción porque procede de un expediente sancionador.

La audiencia explica que la cantidad reclamada al recurrente, procede de su condición de administrador, tras la aplicación del art. 42 LGT. Si bien dicho procedimiento comparte rasgos del procedimiento sancionador, implica una extensión de responsabilidad por la deuda de la sociedad al administrador por su colaboración de la infracción tributaria; por lo tanto, se trata de una deuda tributaria, no de una sanción o de un recargo."

Consecuentemente, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida por sus propios y acertados fundamentos.

- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 534/2019 de 11 Nov. 2019, Rec. 3206/2018.

Impugnación de lista de acreedores. Son subordinados los créditos de una de las entidades acreedores, por la condición de sus accionistas de personas especialmente relacionadas con la concursada, de forma directa o indirecta, por pertenecer al mismo grupo de sociedades. No es relevante que la concursada no tenga el control de la acreedora o que ésta lo ejerza sobre la primera, pues ambas sociedades se encuentran controladas por las mismas personas físicas, que ostentan el capital de la concursada y actúan de consumo en el ejercicio del control.

2.- Efectos del concurso sobre contratos.

- Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid. Sentencia núm. 460/2014 de 16 octubre. JUR 2019\33407.

i.- TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. y BANCO SANTANDER, S.A. celebraron un contrato denominado Póliza de negociación y anticipos de documentos mercantiles núm. 038/2013 el 28 de junio de 2013, suscrita al amparo del Contrato Marco de Reestructuración de Deuda Financiera de 16 de mayo de 2013.

vii.- BANCO SANTANDER, S.A. dio por resuelto el contrato, dejando de descontar papel de TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A., el mes de julio de 2014.

viii.- BANCO SANTANDER, S.A. era acreedora frente a TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. de un crédito derivado de dicho contrato de descuento por valor de 1.286.988,04 euros con vencimiento aplazo a 16 de mayo de 2013.

ix.- Dicho cierre de la línea de descuento produjo la imposibilidad de TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. de acceder a la liquidez suficiente para adquirir stock y, de este modo, continuar con su actividad.

a.- La defensa de BANCO SANTANDER, S.A., como se ha dicho, alega la exceptio non adimpleti contractus, basada en un incumplimiento previsible de la acreditada TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. derivado de la situación concursal de la misma. Pero no alega ningún incumplimiento concreto, limitándose a afirmar que la exceptio non adimpleti contractus la oponemos porque SANTANDER denegó el descuento de efectos legítimamente, al amparo del último párrafo del artículo 1.100 y del artículo 1.129, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27), así como de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 26 de febrero de 2013 y otras posteriores concordantes), con causa en el incumplimiento de obligaciones esenciales de THISA, recíprocas de la omitida por mi mandante, cuyo incumplimiento era absolutamente previsible en el momento de denegarse el descuento y se ha consumado con posterioridad. (...) Resumidamente, SANTANDER dejó de descontar efectos a THISA en julio de 2014 porque comprobó en ese momento que THISA no iba a pagarle (como no le ha pagado) la indicada suma de 1.400.000 € en el plazo que vencía en diez meses desde entonces.

b.- Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con lo dispuesto en el artículo 61.2 LC (RCL 2003, 1748) arriba transcrito y lo dicho por la jurisprudencia, por todas, SAP BCN 15ª, de 18/02/2008, ratificada por STS de 31/10/2011, de las que BANCO SANTANDER, S.A. fue parte, es evidente y poco discutible que no se dan los requisitos legales y jurisprudenciales, ni civiles ni concursales, de resolución del contrato conforme a la excepción de contrato no cumplido alegada por la demandada, por el hecho básico de que no ha acreditado, a fecha de resolución del contrato, incumplimiento contractual alguno por parte de TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A.

c.- Como conclusión, no podemos admitir la tesis de BANCO SANTANDER, S.A. para determinar la inexistencia de daño y de nexo causal entre éste y la actuación ilícita de resolución, unilateral e injustificada, del contrato objeto de autos: resulta evidente que sin la financiación por parte de BANCO SANTANDER, S.A., vía descuento, de la actividad de TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A., se iba a producir, de manera directa, un cese de la misma a corto plazo y, por tanto, un perjuicio para la acreditada. Dice la demandada, basada en su informe pericial, que el plan de viabilidad aportado con la propuesta anticipada de convenio y validado por la AC, era ilusorio al basarse en unas previsiones de venta que, teniendo en cuenta la evolución del sector y el fracaso de previsiones anteriores menos optimistas, eran del todo irreales. Pero lo que es un hecho cierto que, al momento de declararse el concurso, TUBOS Y HIERROS INDUSTRIALES, S.A. era una mercantil en activo, la cual mantuvo su actividad, al menos, hasta el mes de abril de 2016 y que, por el propio tipo de negocio, necesitaba una financiación como la que le prestaba BANCO SANTANDER, S.A. Por tanto, sin perjuicio de lo acertado, a más o menos plazo, de las previsiones de viabilidad económica de la concursada, lo cierto es que, en esos momentos, se le produjo un daño indemnizable.

3.- Actos perjudiciales para la masa activa (Art. 71 LC).

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 63/2020 de 3 Feb. 2020, Rec. 2330/2017.

Una cosa es que no resulte de aplicación la presunción perjuicio iuris et de iure del art. 71.2 LC porque en estos casos la contextualidad de estas garantías, reales y personales, excluya su gratuidad, y otra la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía.

Es cierto que, como afirma el recurrente, esta valoración no queda reducida únicamente a los casos de grupos de sociedades, sino que se aplica en cualquier caso en que se haya concedido una garantía sobre deuda ajena, como es el presente.

De hecho, la Audiencia, aunque haya partido de la consideración de que entre la concursada que otorga las garantías y las prestatarias no existía una relación de grupo, analiza si la concursada percibió alguna ventaja o beneficio directo e indirecto, y concluye que no. Por esta razón, no se ha infringido la jurisprudencia mencionada en el motivo segundo.

Cuestión distinta es que el recurrente esté de acuerdo o no con la valoración jurídica realizada por la Audiencia sobre las ventajas o beneficios percibidos por la concursada, que justificarían la concesión de garantías.

- Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, Sentencia 429/2019 de 6 Oct. 2019, Rec. 266/2019.

Es preciso analizar si concurren los requisitos para el acogimiento de la acción rescisoria que se ejercita también en la demanda (una vez ya la sentencia excluye la aplicación de la acción del art. 71 LC por haber transcurrido el plazo de dos años que fija el citado precepto). Se deduce de ello la transmisión de las participaciones sociales de la concursada en el mes de enero de 2016 a la sociedad prestataria en el préstamo hipotecario (siendo hipotecante no deudora la concursada) y posterior venta en el mes de diciembre de dicho año de las participaciones sociales a una tercera empresa. Como ya recoge la sentencia consta una situación de desbalance patrimonial e insolvencia de la concursada como se deduce de las cuentas anuales del año 2015 (la Administración Concursal ya recoge que en el año 2015 tenía un patrimonio neto negativo de -2.511.518,61 euros, siendo el fondo de maniobra en el año 2014, 2015 y años siguientes negativo), no se contradice ello con el informe de auditoría que se aportó a los autos donde se dice que en el mes de enero de 2016 la sociedad concursada transmitió el 100% de sus participaciones a partir de lo cual la sociedad adquirente cancelo la totalidad de la deuda bancaria mediante aportaciones dinerarias, pues lo cierto es la situación de quebranto económico que tenía ya la concursada desde el cierre de las cuentas en el año 2015 y posteriores que, a la postre, llevo a solicitar la aplicación del art. 5 bis de la LC y posterior solicitud de concurso voluntario. En suma, que cuando se formalizó la hipoteca en el mes de febrero de 2016 a favor de Kinlam, ya era patente la situación insolvencia de la concursada, generando la garantía prestada por la concursada como hipotecante no deudor un perjuicio para los acreedores de esta, dada su situación financiera, al hipotecar un bien inmueble de importante valor para garantizar el pago de sus obligaciones, no existiendo otro recurso por ser uno de sus mayores activos. Como dice la STS 12/7/2002 se infiere la existencia de un trasvase patrimonial, requisitos para el éxito de la acción aquí ejercitada. La sentencia alude a la vinculación entre la prestataria y la concursada al ser en la fecha de la

suscripción del préstamo y la garantía hipotecaria aquella titular de la totalidad de las participaciones sociales de ésta, aludiendo a la presunción del art. 71.3.1ª LC (no habiendo contestado la demanda la entidad bancaria ni la prestataria)

Como afirma la STS 12/7/2002 antes citada, dada la naturaleza subsidiaria de la acción rescisoria planteada, es preciso constatar la imposibilidad de realizar el crédito, como expresamente exige el artículo 1294 del Código Civil, por demostrarse que los demandados carecen de bienes suficientes en el momento de ejercitarse la acción crediticia, siendo Doctrina jurisprudencial que se puede admitir la prueba de tal insolvencia en el mismo proceso que se ejercita la acción en cuestión. Es indiscutible que la constitución de la hipoteca sobre una nave de la concursada reduce notablemente el valor de la misma y de las garantías y solvencia que pueda ofrecer frente a sus acreedores como así se ha valorado en la sentencia apelada, todo lo cual lleva a la conclusión que la concursada carece de bienes suficientes para cubrir los créditos que se les reclaman (como se deduce de la declaración de concurso) con lo que se cumplen los requisitos necesarios para el éxito de la acción rescisoria que se ejercita en la demanda.

4.- Hipotecante no deudor.

- Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 871/2019 de 14 Nov. 2019, Rec. 260/2019.

En caso de concurso de este hipotecante no deudor, el tratamiento concursal es el siguiente, según expusimos en nuestro Auto de 2 de febrero de 2017 «a) en cuanto a la masa pasiva, como el concursado no debe al acreedor hipotecario (garantizado), no se puede reconocer a este último como acreedor en el concurso b) en cuanto a la masa activa, como el bien hipotecado/pignorado es del concursado, se debe incluir en el inventario, con la minoración que representa la existencia de la garantía, ya que no se podrá cancelar al no estar incluido en la masa pasiva el crédito asegurado, tal y como prevé el art 82.3 LC en relación con el art. 666.1 LEC. Como dice el primero:

"El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva."

En este sentido es unánime la doctrina de las Audiencias Provinciales, y entre otras, la SAP Córdoba de 23 septiembre 2013 ; SAP de Granada de 7 de abril de 2016 ; SAP Madrid de 6 de marzo de 2015 y 27 mayo 2016 ; SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 2011 ; SAP de Córdoba de 7 de julio y 23 de septiembre

de 2013 ; SAP de Burgos de 16 de diciembre de 2011 ;AAP de Cantabria de 3 de marzo de 2015 y también este Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 6 de marzo de 2014 , y con abundante cita doctrinal, el Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo, de 20 de enero de 2014 .

El acreedor hipotecario o prendario conservará la plenitud de las facultades que se derivan de la garantía real constituida a su favor, particularmente la facultad de realizar el valor de los bienes gravados a través de las acciones ejecutivas correspondientes para la satisfacción del crédito que ostenta frente al obligado no concursado, y de hacer suyo, hasta donde alcance la cobertura real, el importe obtenido con esa realización. La discusión es si esas facultades de ejecución, al estar el bien gravado comprendido en la masa activa del concurso, están sometidas a la jurisdicción del juez del concurso y a las especialidades del régimen concursal contenidas en los arts. 56 y 57. A favor de ello la SAP de Córdoba, de 7 de mayo de 2013 , en contra el Auto del Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona, de 14 de marzo de 2016 » Y añadíamos «En estos casos la Ley Concursal no permite la enajenación libre de los bienes con gravamen real. Se deben realizar con subsistencia de dicho gravamen (art 82.3), sin que sea posible su cancelación (art 149.5 actual, anterior art 149.3), pues ésta se prevé respecto de los gravámenes reales constituidos en garantía de créditos concursales...»

Se apuntaba que la venta sin gravámenes en el seno del proceso concursal pasaba por el dato de que la hipotecante no deudora consintiera su cancelación

Con arreglo a estas consideraciones daremos respuesta a lo planteado en el recurso, siendo ya pacífico que no procede reconocer en la lista de acreedores importe a AEAT.

El recurso debe ser estimado, si bien parcialmente, al no ser procedente en los términos propuestos.

Carece de sentido excluir del inventario las fincas, puesto que son propiedad de la concursada, sin que el que encuentren en garantía de deudas ajenas justifique esa exclusión. En ello lleva razón el juzgado.

Pero una cosa es que en el inventario, que es cierto que se reduce a una finalidad informativa, se haga constar la totalidad de gravámenes, trabas y cargas (apartado 2 del art 82), y otra que haya determinados derechos, gravámenes o cargas que deban tenerse en consideración a la hora de su avalúo, que es a lo que se refiere el apartado 3.

Este avalúo se hará partiendo de su valor de mercado (que aquí no se discute), teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor (vgra. servidumbres, limitaciones legales, etc..) y se minorará con el importe de las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Por tanto, yerra el juzgado al desechar que las

hipotecas por deudas ajenas (hasta a cobertura hipotecaria) no minoran el valor de las fincas.

En consecuencia, el valor de las fincas en el inventario, a los solos efectos informativos, se fija con arreglo a las siguientes bases: valor de tasación de cada una de ellas, minorado con el importe de los créditos ajenos asegurados hasta su cobertura hipotecaria.

5.- Incumplimiento convenio

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 508/2019 de 1 Oct. 2019, Rec. 543/2017.

Acción de incumplimiento del convenio. En el convenio había una cláusula que imponía a los acreedores comunicar a la concursada una cuenta bancaria en la que hacer los pagos, con el consiguiente efecto de que debía entenderse que se renunciaba a los fraccionamientos ya vencidos mientras no se realizara tal comunicación. No cabe una aplicación de esta cláusula de forma contraria a la buena fe. En un caso en que el acreedor público (AEAT) tiene regulado en la norma administrativa una específica forma de cobro de sus créditos y la propia concursada lo ha seguido para satisfacer los créditos con privilegio general, no cabe escudarse en la reseñada cláusula del convenio y en que la AEAT no ha indicado la cuenta bancaria para no pagar los fraccionamientos ya vencidos de los créditos afectados por el convenio.

- Sentencia 425/2019 Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, 19 de septiembre 2019.

Aunque la cuantía de lo impagado por estos conceptos a la recurrente no entraña, per se, una cifra elevada, no deja de suponer aquello que la acreedora tenía derecho a percibir en un momento determinado, según el convenio, y a lo que la concursada no ha dado cumplimiento, pese al sobrado tiempo que había transcurrido desde que se llegó al plazo convencional (enero de 2016) hasta la presentación de la demanda (septiembre de 2016). A su vez, la concursada no ha alegado descargo alguno para tratar de justificar, si es que le fuera posible hacerlo, su conducta incumplidora. Por lo tanto, nos parece palmario que la apelante tenía derecho a denunciar tal situación y a exigir las consecuencias legales previstas contra el concursado incumplidor.

No cabía excusar la apreciación del incumplimiento con un motivo como el expresado en la resolución apelada, pues la exigencia de que lo fuera de modo generalizado no está prevista en la ley (artículo 140 de la LC) para condicionar

la constatación de la falta de cumplimiento del convenio concursal. Puede bastar para estimarlo con que no se atienda, de manera clara y a su debido tiempo, el derecho que le corresponde a un único acreedor concursal en los términos que estaban previstos en aquél.

6.- Liquidación. Sucesión de empresa.

Si, cuando al apreciar la existencia de sucesión de empresa, como consecuencia de la enajenación prevista en el número 1º del apartado 1 del artículo 149 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal, es decir, de la enajenación como un todo del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor, en el que la entidad económica mantenga su identidad, se ha de considerar, conforme al artículo 149.2 de dicha norma, en la redacción anterior a la reforma operada mediante el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre (RCL 2014, 1214), de medidas urgentes en materia concursal, que la expresión "a los efectos laborales" comprende o no las deudas con la Seguridad Social a que se refieren los artículos 15, 104 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170)(Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825)), que se corresponden con los actuales artículos 18, 142.1 y 168 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Decíamos en la inicial sentencia de 29 de enero 2018 que la interpretación del artículo 149.2 de la Ley 22/2003 en su redacción de 2011 había venido centrando una polémica entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales de lo mercantil. Señalábamos que estos, mayoritariamente, lo han interpretado desde el punto de vista de la finalidad del precepto: salvar la viabilidad de la empresa, procurando la cesión libre de la mayor parte de las cargas y relacionábamos esa orientación con la previsión del artículo 5 de la Directiva 2001/23 (LCEur 2001, 1026) el Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, sobre la tutela de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión si media una situación concursal, en la que el concursado queda bajo la dirección de la administración concursal y la fiscalización judicial.

A su vez, entendimos que la reforma del artículo 149.2 por el Real Decreto-Ley 11/2014 confirma esa interpretación. Reforma, decíamos, que no fue ni mucho menos interpretativa sino sustancial tal como lo demuestra el debate habido en su convalidación en sede parlamentaria. En él - señalábamos-- se advirtió que era una reforma que chocaba con la interpretación que se venía haciendo por lo que produciría efectos negativos respecto de la finalidad del precepto de procurar la

continuidad de la empresa. También reparamos en que, antes de la reforma de la Ley 22/2003 por la Ley 9/2015, de 25 de mayo (RCL 2015, 777, 1748), de medidas urgentes en materia concursal, lo que en el artículo 149 se regulaba bajo el epígrafe "Reglas legales supletorias" pasan a ser ya "Reglas legales de liquidación" y en que en la exposición de motivos de esa ley ciertamente se dice que "se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores". Pues bien, observábamos, ese "siguen mereciendo" no implica la convalidación de una determinada interpretación, sino el realce y trato diferenciado de esas deudas desde el punto de vista del saneamiento financiero de la Seguridad Social.

Naturalmente, a partir de la entrada en vigor de la redacción que dio al artículo 149.2 de constante mención el Real Decreto-Ley 11/2014 la situación cambió de manera que la sucesión empresarial que contempla ya es a efectos laborales y de Seguridad Social. Por tanto, el adquirente no se ve ya liberado de las deudas con esta última.

7.- Créditos imprescindibles por insuficiencia de masa (art. 176 bis LC). Conclusión del concurso.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 70/2020 de 4 Feb. 2020, Rec. 2093/2017.

No obstante, si se llegara a reconocer a esos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa misma consideración las cuotas de la Seguridad Social. La razón estriba en que los servicios de unos determinados trabajadores que se consideran imprescindibles generan no sólo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la Seguridad Social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio art. 176 bis. 2 LC. El que este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivados de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación.

- Juzgado de lo Mercantil N.º 13 de Madrid, Auto de 24 Ene. 2020, Rec. 1199/2019.

Por tanto, si ha lugar a calificar de imprescindible su labor y por tanto, sus honorarios. Ahora bien, lo que procede a continuación es valorar económicamente esos trabajos. Como dije anteriormente, el único criterio objetivo del que disponemos es el arancel del RDL 1860/2004, tal es así que el propio art. 33 de la LC prohíbe a la administración concursal cobrar otras retribuciones distintas a las fijadas según arancel.

Por ello, considero perfectamente razonable la propuesta que realiza la administración de cobrar con carácter prededucible el 50 % de los honorarios aprobados para la fase común, sin perjuicio de ulterior liquidación una vez presentados los textos definitivos.

Y una vez abierta la fase de liquidación y hasta un plazo máximo de 12 meses, podrá la administración concursal cobrar con carácter prededucibles, sus honorarios de liquidación calculados sobre la base anteriormente fijada (ese 50%) y aplicar el arancel del art. 9 del RDL 1860/2004. Finalizado ese plazo, la administración concursal deberá nuevamente informar a este juzgado de las labores liquidatorias realizadas hasta ese momento, so pena de aminorar su importe al amparo del art. 12 del RDL, de comprobarse que las labores de liquidación finalizaron mucho antes.

- Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 970/2019 de 12 Dic. 2019, Rec. 949/2019.

Para entender esta previsión, debemos partir de que la conclusión ex art 176.3º y 176bis precisa la concurrencia de dos requisitos: a) la insuficiencia patrimonial actual del deudor para satisfacción de créditos contra la masa del procedimiento y b) la imprevisibilidad de su complementación vía reintegración o impugnación, o de afectación de otros patrimonios vía responsabilidad de terceros.

Los derechos de crédito que pueda tener la concursada deben valorarse para apreciar el primer requisito. Esos créditos, estén o no reclamados judicialmente, forman parte de su patrimonio. En cambio, la "responsabilidad de terceros" a los que se refiere el precepto invocado afecta al segundo de los presupuestos, y son aquellos que responden con sus bienes frente a todos los acreedores (STS 592/2014, de 4 de noviembre), a no confundir con aquellos que pueden ser deudores por una determinada cantidad al concursado

No creemos aceptable esa postura maximalista. Su existencia no impide la conclusión como habilita el Art 176 bis 4 LC, pues la insuficiencia de masa activa no debe entenderse en un sentido absoluto sino finalista, de manera que existirá aunque el concursado mantenga activos desprovistos ahora de valor de mercado. No olvidemos que no se trata de expectativas, y para el caso de que

resultara fructuosa la reclamación ya se contempla en el art 179 LC la reapertura del concurso.

Por tanto, consideramos que la decisión judicial de no esperar a la terminación del proceso judicial pendiente para poder concluir el concurso, es acertada en evitación de la generación de nuevos créditos contra la masa por honorarios de la AC, siendo procedente su conclusión ex art 176bis 4 LC, y en caso de obtención de activos, su reapertura.

Entre otras, SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2010 y 23 de febrero de 2012 y SAP de Zaragoza de 6 de octubre de 2011 y 25 de noviembre de 2010.

- Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, Sentencia 264/2019 de 30 Jul. 2019, Rec. 264/2019.

Señala el art. 176 -3º de la Ley Concursal que el concurso de acreedores debe concluirse y archivarse cuando en cualquier estado del procedimiento se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, disponiendo a su vez el art. 176 bis -1 de la misma Ley que la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa se llevará a cabo cuando, no siendo previsible el ejercicio la acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que éstas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente. Por su parte la jurisprudencia tiene dicho que existe insuficiencia de la masa activa cuando en la misma existen bienes afectos a crédito privilegiado y el valor del crédito garantizado es superior al que previsiblemente se puede obtener con la realización del bien gravado por la garantía.

Y en efecto, el concurso es una institución de ejecución colectiva que se establece en beneficio del conjunto de acreedores de un deudor común sometido al concurso y para garantizar la igual de trato de los acreedores, con las salvedades que establece la ley al establecer el orden de prelación de créditos, de tal forma que el concurso sólo debe proseguir cuando el mismo reporta un beneficio al conjunto de los acreedores, y ello en el sentido es posible realizar bienes o derechos del deudor concursado con los cuales satisfacer en todo o en parte los créditos contra el mismo, primero los créditos contra la masa y después los concursales según el orden de prelación legal. Lo que no tiene sentido es proseguir un concurso para satisfacer el interés individual de uno o varios acreedores sin que ello implique beneficio alguno para el conjunto de los acreedores, dado que la prosecución no aporta liquidez o numerario con la que satisfacer los créditos.

- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 574/2019 de 4 Nov. 2019, Rec. 648/2019.

10.- En otras palabras, nos hallamos ante un mero acto de comunicación por parte de la AC al Juez del concurso sobre la presumible situación de insuficiencia de masa activa. Esa situación podrá confirmarse o no con motivo de la finalización de las operaciones de liquidación, pero lo que no cabe es que se rechace ab limine o que no se tenga por efectuada, puesto que esa comunicación, por su propia naturaleza -acto de comunicación- y por su contenido -exposición de una situación que aparece como posible o probable-, constituye un simple presupuesto que determina que el pago de los créditos contra la masa se realice por el orden que establece el apartado 2 del art. 176 bis LC, salvo aquellos que se consideren imprescindibles para concluir la liquidación.

11.- Si los hechos posteriores demuestran que el mencionado presupuesto no es ratificado -lo que no significa que no respondiera a la realidad "presumible" cuando se hizo la valoración-, y, por consiguiente, que la masa activa es suficiente para atender la totalidad de los créditos contra la masa, lo único que resulta es que el AC erró al calibrar la situación, y, en su caso, al comunicar su conclusión, pero en nada afecta al conjunto de acreedores, salvo en lo que pudiera afectar al orden en que cobran sus créditos, esto es, en lugar de a su vencimiento (art. 84 LC), conforme al orden previsto en el art. 176 bis 2 LC, cuestión irrelevante si la masa activa es suficiente.

8.- Calificación concurso y responsabilidad de administradores sociedades mercantiles.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 571/2019 de 4 noviembre. RJ 2019\4236. Importancia: Cosa juzgada en sentido positivo (art. 222.4 LEC).

No obstante, la valoración jurídica de su posible eficacia de cosa juzgada en sentido positivo ha de realizarse al analizar el motivo del recurso de casación.

4. A este respecto resulta muy relevante la valoración realizada por el juez del concurso de la sociedad en la sentencia de calificación, aportada durante la tramitación del recurso de casación.

De tal forma que si la conducta que se enjuició en la sentencia de calificación coincide con el ilícito orgánico que se le imputaba en la presente acción individual de responsabilidad al administrador de la sociedad, aquel pronunciamiento de la sentencia de calificación que no aprecia que hubiera habido irregularidad contable relevante para el conocimiento de la situación patrimonial y financiera de NEOC, afecta a un presupuesto lógico de la acción individual de

responsabilidad, en la medida en que impide apreciar el ilícito orgánico que se imputaba al administrador, que el recurrente cuestiona en su recurso.

Además sobre la base de los hechos acreditados, los razonamientos de la sentencia de calificación corroboran la razonabilidad del motivo de casación. En la medida en que los créditos pendientes de cobro (frente a sociedades del grupo) que se contabilizaban en el activo no eran los mismos durante los sucesivos ejercicios económicos 2007 a 2009, pues se iban recibiendo pagos que se imputaban a los créditos más antiguos, aunque en cada ejercicio económico surgieran otros nuevos derivados de las obras que se iban realizando, no consta que existieran créditos que por su antigüedad o por su deterioro fuera necesario provisionar. Por lo que no existió un ilícito orgánico consistente en un defecto grave en la llevanza de la contabilidad susceptible de haber provocado que naciera el crédito de la demandante que luego resultó impagado.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 22/2020 de 16 enero. JUR 2020\22896

Lucía y Eulalio estuvieron casados hasta que en el año 2011 se divorciaron.

Eulalio es administrador de la sociedad Proyectos e Instalaciones Hermanos Gutiérrez, S.L. (en adelante, Hermanos Gutiérrez). Las últimas cuentas formuladas, aprobadas y depositadas de la sociedad son las del ejercicio 2006, y el cese en su actividad es posterior a mediados del 2007.

Con anterioridad, en el año 2005, Lucía avaló tres pólizas bancarias de préstamo o crédito concedido a la sociedad Hermanos Gutiérrez. Ante el impago de la sociedad, uno de los acreedores financieros (BBVA) se dirigió frente a la fiadora Sra. Lucía, quien pagó un total de 10.205,72 euros.

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, Lucía ejercitó dos acciones de responsabilidad frente a Eulalio, en su calidad de administrador de Hermanos Gutiérrez, S.L.: una ex art. 367 LSC (RCL 2010, 1792, 2400) , basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurso en causa legal de disolución, por la que reclamaba la responsabilidad solidaria respecto de la deuda social de 10.205,72 euros; y otra ex art. 241 LSC, la acción individual basada en que el cierre de hecho de la sociedad frustró el cumplimiento de la reseñada deuda social.

En nuestro caso, la causa de disolución surgió con posterioridad a mediados de 2007. La póliza de crédito concedida a la sociedad y afianzada por la Sra. Lucía es de enero de 2005, por lo tanto anterior a la aparición de la causa de disolución. El pago al acreedor principal hecho por la fiadora (Sra. Lucía), como consecuencia del incumplimiento de la sociedad, es posterior a la aparición de la causa de disolución.

La cuestión controvertida gira en torno a la determinación de cuándo se entiende que nació la deuda social reclamada por la fiadora: con la póliza de crédito afianzada o con el pago del fiador al acreedor principal.

Esta justificación no se cumple en un supuesto como el presente. La fiadora asumió sus obligaciones de garante cuando no había causa de disolución. Si la deuda social afianzada es anterior a la aparición de la causa de disolución, el posterior pago por el fiador no supone contraer una nueva deuda por la sociedad estando ya incurso en causa de disolución que justifique la responsabilidad solidaria del administrador que incumple el deber legal de disolver. A estos efectos, el derecho del fiador a reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del art. 1839 CC (LEG 1889, 27), también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1º y 2º del art. 1838 CC)

Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal, como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 367 LSC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sea el fiador el legitimado para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso.

- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 579/2019 de 2 Dic. 2019, Rec. 4000/2018.

En su oposición al recurso la parte apelada considera que Doña Estrella y Don Carlos Miguel deben quedar al margen de dicha afectación porque, pese a su condición de administradores, no ejercieron realmente su cargo.

No ignoramos, desde luego, que la realidad social nos ofrece múltiples supuestos en los que personas que no tienen la menor intención de ejercer como tales, aceptan sin embargo -por razones de diversa índole- cargos de administración en el seno de sociedades mercantiles. Pero esa realidad social no permite subvertir los términos naturales del debate: de su mera constatación no cabe colegir el surgimiento de una suerte de figura inmune a la disciplina responsabilística propia de los administradores sociales. Antes bien, la asunción explícita de que no se lleva a cabo gestión societaria de clase alguna (ni siquiera de funciones "in vigilando" sobre la actividad de otros administradores o apoderados ni el cumplimiento del deber de información que les impone el Art. 225-3 L.S.C.), lejos de representar un argumento de carácter exoneratorio, constituye un elocuente reconocimiento de la ligereza e incuria del administrador que así actúa al abdicar sin justificación de las obligaciones inherentes a un cargo que ha aceptado

voluntariamente. No vemos, pues, motivo alguno que justifique la exclusión de esos dos administradores de la declaración de afectación.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 601/2019 de 8 noviembre. RJ 2019\4592

Nace para el nuevo administrador desde que asume la administración un nuevo plazo de dos meses para promover la disolución de la sociedad, cuyo incumplimiento le hará responsable solidario de las deudas sociales posteriores al momento en que asumió la administración: su responsabilidad alcanza a todas las deudas sociales surgidas mientras él es administrador y estando la sociedad en causa de disolución, pero no a las anteriores a su nombramiento ni a las posteriores a su cese.

- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 1688/2019 de 1 Oct. 2019, Rec. 673/2019.

5. Para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad es necesario que la actuación dolosa o negligencia del administrador haya causado un perjuicio a la sociedad, pues bien, en este caso, el perjudicado por el delito del Sr. Pedro Miguel fue la Agencia Tributaria por dos conceptos, primero, por el impuesto sobre el valor añadido dejado de ingresar como consecuencia de las operaciones simuladas y, después, por el impuesto sobre el valor añadido indebidamente repercutido y descontado en sus liquidaciones como impuesto soportado. Por lo tanto, la actuación criminal del Sr. Pedro Miguel benefició a Inautex SA (después Bronxcolor) y perjudicó a la Hacienda Pública, precisamente por ello Inautex fue declarado responsable civil subsidiario. Lo que ha hecho la Agencia Tributaria es cobrar una deuda que Inautex debería haber pagado en su día, en consecuencia, no podemos decir que la conducta del Sr. Pedro Miguel haya perjudicado a la sociedad. Conviene precisar que la demanda no concreta cual es, en su caso, la parte de la deuda que pudiera obedecer a sanciones y recargos. Lo que nos lleva a estimar el recurso y desestimar la demanda.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 580/2019 de 5 Nov. 2019, Rec. 579/2017.

Cuando un cierre de hecho desemboca en un concurso de acreedores, la concurrencia de otros acreedores y la imposibilidad de satisfacer con los activos existentes todos los créditos impide apreciar una relación de causalidad entre el retraso en instar el concurso y la falta de pago del acreedor que ejercita la acción individual, y pone en evidencia la improcedencia de esta acción. Sin perjuicio de la represión, en sede de calificación del concurso, de las actuaciones culposas o dolosas del administrador que hubiera agravado la insolvencia en un periodo

previo a la declaración de concurso, mediante la distracción de bienes o activos de la sociedad.

- Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, Sentencia 41/2020 de 27 Ene. 2020, Rec. 604/2019.

Y aquí debemos decir que no basta con que quien ejercita la acción individual alegue que su crédito ha quedado impagado y que ello es consecuencia de que la sociedad incurra en causa de disolución no se ha disuelto formalmente y luego liquidado de forma ordenada, o incluso alegue que no se conoce la situación económico financiera de la sociedad por no haberse depositado cuentas en el Registro Mercantil o que de los balances presentados se deriva la existencia de activos con los que satisfacer las deudas, es preciso que se aleguen circunstancias concretas que permitan señalar que el accionante en cuanto acreedor social tenía ciertas expectativas para cobrar, al menos en parte, su crédito en una liquidación ordenada y que estas expectativas se han visto frustradas, y en tal sentido es preciso que el actor alegue que dichas expectativas venían determinadas por la existencia, a la fecha en que la sociedad incurrió en causa de disolución, de activos susceptibles de realización y que tal es activos han desaparecido o han sido distraídos, o en su caso que los administradores han realizado actos de liquidación irregular en perjuicio del acreedor y que con todo ello han vaciado el patrimonio social existente en el momento en que aparece la causa de disolución. Por el contrario debe rechazarse la existencia de nexo causal cuando no existan circunstancias que permitan apreciar una expectativa de cobro del crédito en una liquidación ordinaria, de tal forma que de haberse llevado a cabo la misma pueda decirse que el crédito del actor quedaría igualmente pagado, y ello ocurre: a) cuando en el momento de aparecer la causa de disolución no existen activos relevantes que sean susceptibles de realización; b) cuando los activos existentes no han desaparecido; c) cuando concurren otros acreedores, que tienen preferencia en el cobro frente al acreedor accionante, de tal forma en que caso de liquidación el resultado hubiera sido que sólo dichos acreedores preferentes hubieran cobrado; d) cuando los actos de liquidación realizados por los administradores estén justificados y no supongan perjuicio para el acreedor accionante, y quede también justificado el dinero obtenido por la venta de activos y el destino que se ha dado al mismo.

- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia núm. 1737/2019 de 4 octubre. JUR 2019\294107

En la sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, si bien admitimos que pudieran existir casos en que la reclamación de esta responsabilidad, en atención a las circunstancias concurrentes, fuera contraria a las exigencias de la buena fe, dejamos muy claro que "el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su

crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) ":

"Sin perjuicio de que en algún caso, y por la concurrencia de otras circunstancias, (como las descritas en la Sentencia de 1 de marzo de 2001, en que el acreedor que ejercitaba la acción era socio y había sido administrador de la sociedad en el momento en que se generó el crédito reclamado, o en la sentencia 395/2012, de 18 de junio, en que quien ejercita la acción es un coadministrador que además tenía el 40% del capital social), pueda llegar a entenderse que el ejercicio de la acción por parte de un acreedor constituye un acto contrario a las exigencias de la buena fe, debemos recordar que el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA. Por el contrario, al contratar en esas circunstancias conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello">>.

8 *En definitiva, de la doctrina jurisprudencial expuesta, resulta que el mero conocimiento de la situación de insolvencia por parte del acreedor al tiempo de contratar no exonera al administrador de su responsabilidad por mala fe de aquel en el ejercicio de la acción del artículo 367 de la LSC. Es necesario que el acreedor, por su posición de socio relevante de la sociedad, con capacidad de control, por haber participado en la administración o por cualquier circunstancia, además de conocer la situación económica de la sociedad, hubiera asumido de forma efectiva el riesgo de insolvencia.*

9 *Pues bien, en el caso enjuiciado, el actor es socio mayoritario de la compañía, pero además ha sido su administrador solidario durante diez años, del 2002 al 2012. Durante ese tiempo la sociedad suscribió la póliza de crédito, el actor asumió junto con su otro hermano Celso garantizar la póliza, relevando del aval que había prestado Plácido, la sociedad incurrió en causa de disolución y el actor decidió aportar los 208.000 euros que ahora reclama. Por lo tanto, no se puede decir, que cuando asumió garantizar la póliza no solo conocía la situación económica de la sociedad sino que asumió los riesgos de las operaciones efectuadas. En consecuencia, procede confirmar la sentencia en este punto.*