



Roj: **STS 24/2020 - ECLI:ES:TS:2020:24**

Id Cendoj: **28079110012020100012**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2020**

Nº de Recurso: **1520/2017**

Nº de Resolución: **22/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 726/2017,**
STS 24/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 22/2020

Fecha de sentencia: 16/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1520/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1520/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 22/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 16 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo. Es parte recurrente Lucía representada por la procuradora Ana Tartiere Lorenzo y bajo la dirección letrada de Manuel Jesús Calero García. Es parte recurrida Eulalio, representado por la procuradora Consuelo Isart García y bajo la dirección letrada de José García-Ovies Sarandeses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Isabel Aldecoa Álvarez, en nombre y representación de Lucía, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, para que dictase sentencia por la que:

"(i) Se declare la responsabilidad personal de D. Eulalio de las obligaciones que incumben a la mercantil Proyectos e Instalaciones Hermanos Gutiérrez S.L.

"(ii) Como consecuencia de lo anterior, se condene a D. Eulalio, administrador único de Proyectos e Instalaciones Hermanos Gutiérrez S.L., a abonar a mi poderdante la cantidad de diez mil doscientos cinco euros con setenta y dos céntimos (10.205,72 €), más los intereses calculados al tipo legal desde la interposición de la presente, e intereses legales más dos puntos desde que se dicte la Sentencia hasta su completo pago.

"(ii) Como consecuencia de lo anterior, se condene a D. Eulalio, administrador único de Proyectos e Instalaciones Hermanos Gutiérrez S.L. a entregar a mi poderdante una garantía que sea suficiente para responder del cumplimiento de las obligaciones que le son exigidas por las entidades la entidad Banco Santander (sic), actualmente adquiridos sus derechos por Primicredit 3, S.A.R.L, tanto por principal, como por intereses, como por costas en su condición de fiador de Proyectos e Instalaciones hermanos Gutiérrez, S.L.

"(iii) Todo ello con expresa condena en costas".

2. Por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2014 se declaró en situación de rebeldía al demandado Eulalio, al no haber comparecido en el plazo concedido para contestar a la demanda.

3. El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 16 de febrero de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimar la demanda interpuesta por Lucía contra Eulalio, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra, sin que proceda condena en costas".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Lucía. La representación de Eulalio se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante sentencia de 3 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se desestima el recurso planteado frente a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario registrado con el número 188 de 2.014 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Oviedo. No se hace declaración sobre las costas causadas en esta alzada".

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora Isabel Aldecoa Álvarez, en representación de Lucía, interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Se alega infracción del art. 217.7 LEC. Acreditación del daño directo sin liquidación de bienes para pago de deudas sociales.

"2º) Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente por valoración arbitraria, ilógica e irracional de la prueba documental practicada en autos. Error patente evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales de valoración de la prueba. Esfuerzo



argumentativo en la demanda sobre la existencia de bienes que hubieran permitido al menos pagar una parte de los créditos. El cierre de hecho impidió el pago del crédito pues la deudora principal al menos tenía vehículos, imposibilidad de subsanación anterior por ser cometida en la sentencia de instancia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto que la obligación reclamada en la demanda es posterior a la existencia de la causa de disolución, pues la Audiencia considera que la obligación nace en el momento de la firma de la Póliza de Crédito como fiador, cuando la obligación nació, en realidad, cuando mi poderdante pagó al acreedor principal, pues hasta entonces nada puede exigir.

"2º) Recurso de casación por interés casacional, al ser necesario establecer jurisprudencia sobre la fecha en que se considera existente el crédito del fiador contra la sociedad de capital que es deudora principal afianzada a efectos de determinar si el mismo es posterior a la concurrencia de una causa de disolución forzosa de dicha sociedad capital y, por tanto, obligación posterior a la misma de la que debe responder su administrador social en los términos del artículo 367.1 de la Ley de sociedades de capital.

"3º) Recurso de casación por interés casacional, por constar de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado en esta Litis, consistente en determinar desde qué momento la deuda de la sociedad de capital afianzada es posterior o no a la concurrencia de una causa legal de disolución forzosa de la misma, al objeto de hacer o no responsable de la misma a sus administradores sociales a los efectos del artículo 367.1 de la Ley de sociedades de capital".

2. Por diligencia de ordenación de 5 de abril de 2017, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Lucía , representada por la procuradora Ana Tartiere Lorenzo; y como parte recurrida Eulalio representado por la procuradora Consuelo Antonia Isart García.

4. Esta sala dictó auto de fecha 5 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D.ª Lucía , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Primera), de fecha 3 de marzo de 2017, en el rollo de apelación núm. 454/2016, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 188/2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo.

"2.º) No admitir el recurso de extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.ª Lucía , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Primera), de fecha 3 de marzo de 2017, en el rollo de apelación núm. 454/2016, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 188/2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo".

5. Dado traslado, la representación procesal de Eulalio presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

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, 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.

3. El juzgado mercantil, después de distinguir con sumo detalle los dos tipos de acciones, entró a analizar cada una de ellas. En primer lugar, la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, que desestimó por apreciar que la aparición de la causa de disolución (mediados de 2007) era posterior al nacimiento de la deuda social (2005). Para ello, entendió que el crédito de la fiadora, ahora demandante, había nacido al asumir la fianza y no al pagar al acreedor principal el crédito afianzado. En segundo lugar, desestimó la acción individual porque no constaba que una ordenada liquidación hubiera permitido la satisfacción del crédito de la demandante.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. La Audiencia desestima el recurso y ratifica el criterio seguido por el juzgado para desestimar ambas acciones. En lo que ahora interesa, la desestimación de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, la sentencia de apelación ratifica que la obligación de la sociedad de restituir a la fiadora lo satisfecho por esta en virtud de la fianza, nace en el momento de constituirse la póliza de crédito afianzada, en este caso en el 2005, y no cuando más tarde la fiadora pagó el crédito afianzado.

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y recurso de casación, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación de los motivos.* Analizamos conjuntamente estos tres motivos porque se refieren a la misma cuestión, el nacimiento del derecho del fiador a reclamar del deudor principal el importe de lo pagado al acreedor principal. Propiamente, sólo son motivos de casación los dos primeros, porque el tercero se limita a justificar el interés casacional por "la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado".

El motivo primero denuncia la infracción del art. 367 LSC y la jurisprudencia que lo interpreta, al no haber apreciado la sentencia recurrida que la deuda social reclamada es posterior a la existencia de la causa de disolución, por considerar que la obligación nace en el momento de la firma de la póliza de crédito afianzada, cuando en realidad nace más tarde, cuando la fiadora pagó al acreedor principal.

En el desarrollo del motivo se cita la sentencia 151/2016, 10 de marzo, según la cual:

"en el caso de una obligación restitutoria derivada del ejercicio de una facultad resolutoria, tal obligación no nace cuando se celebra el negocio que se pretende resolver, por más que tenga relación directa con el mismo, sino del acaecimiento del hecho resolutorio y del ejercicio por el interesado de la facultad resolutoria derivada del mismo. Es ese el momento temporal que debe tomarse en consideración para determinar si la obligación es o no posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución".

El motivo segundo insiste en la misma cuestión y solicita que se establezca "jurisprudencia sobre la fecha en que se considera existente el crédito del fiador contra la sociedad de capital que es deudora principal afianzada a efectos de determinar si el mismo es posterior a la concurrencia de una causa de disolución forzosa de dicha sociedad de capital y, por tanto, obligación posterior a la misma de la que debe responder su administrador social en los términos del artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital".

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital prevista en el art. 367 LSC, que se anuda al incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurso en causa legal de disolución, lo es respecto de las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución. Como hemos recordado en otras ocasiones, "se entiende por deudas posteriores, las que hubieran nacido después del acaecimiento de la causa de disolución" (sentencia 716/2018, de 19 de diciembre).

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.

Para su resolución no cabe, como pretende la recurrente, aplicar la misma solución adoptada por la sentencia 151/2016, 10 de marzo, respecto de la obligación de indemnización de daños y perjuicios consiguiente a la resolución por incumplimiento contractual, pues no existe una identidad de razón. En ese caso, es claro que la obligación de resarcimiento nacía de la resolución de un contrato por incumplimiento, era una deuda social nueva y no una modificación o transformación dineraria de una obligación anterior de distinta naturaleza.

De ahí que tengamos que atender a la singularidad propia de la fianza y, más en concreto, a las relaciones entre el deudor y el fiador, para proyectar las consecuencias del pago por el fiador sobre este régimen de responsabilidad ex art. 367 LSC.

3. En la sentencia 601/2019, de 8 de noviembre, declaramos que "el reproche jurídico que subyace a la responsabilidad del art. 367 LSC se funda en el incumplimiento de un deber legal (de promover la disolución de la sociedad o, en su caso, de instar el concurso de acreedores). La Ley en esos casos, estando la sociedad incurso en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago".

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, 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).

4. 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. 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.

5. La solución alcanzada guarda relación lógica con el tratamiento concursal del crédito garantizado con fianza en el concurso del deudor, previsto en el art. 87.6 LC, primer inciso:

"Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador".

El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal.



Si a los efectos del concurso del deudor, donde resulta relevante la fecha del nacimiento del crédito para considerarlo concursal o contra la masa, el pago del fiador, de un crédito concursal, con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de contra la masa, sino que simplemente se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito; en el caso de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, en que también es relevante la fecha del nacimiento de una deuda social para determinar si queda cubierta por esta responsabilidad, el pago por el fiador de una deuda social con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución tampoco supone el nacimiento de una nueva deuda social para hacer responsable de ella al administrador que incumplió los deberes de disolución, sino, en su caso, la legitimación del fiador para reclamar frente a la sociedad la deuda social satisfecha y sus intereses.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, se impone a la parte recurrente las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Lucía contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) de 3 de marzo de 2017 (rollo 454/2016), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo de 16 de febrero de 2016 (juicio ordinario 188/2014).

2.º Imponer a la recurrente las costas ocasionadas con el recurso de casación y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.