



Roj: **SAP IB 1030/2021 - ECLI:ES:APIB:2021:1030**

Id Cendoj: **07040370052021100362**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **29/04/2021**

Nº de Recurso: **474/2020**

Nº de Resolución: **359/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00359/2021**

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

**Teléfono:** 971-728892/712454 **Fax:** 971-227217

**Correo electrónico:** audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es

Equipo/usuario: HMB

**N.I.G.** 07040 47 1 2019 0001510

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000474 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000516 /2019

Recurrente: Caridad , Isidoro , Iván

Procurador: MARIA ISABEL JUAN DANUS, MARIA ISABEL JUAN DANUS , MARIA ISABEL JUAN DANUS

Abogado: DIEGO ALVAREZ ROMERO, DIEGO ALVAREZ ROMERO , DIEGO ALVAREZ ROMERO

Recurrido: BARTOLOME ADROVER E HIJOS SL

Procurador: GONZALO CORTES ESTARELLAS

Abogado: LORENZO CAMPS CAMPS

**S E N T E N C I A N° 359**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

Dª Mª ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintinueve de abril de dos mil veintiuno.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de BALEARES, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 516 /2019, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 474 /2020, en los que aparece como parte demandada apelante, D<sup>a</sup> Caridad , D. Isidoro y D. Iván , representado por la Procuradora de los tribunales, D<sup>a</sup> MARIA ISABEL JUAN DANUS, asistida por el Abogado D. DIEGO ALVAREZ ROMERO, y como parte demandante apelada, D. BARTOLOME ADROVER E HIJOS SL, representado por el Procurador de los tribunales, D. GONZALO CORTES ESTARELLAS, asistido por el Abogado D. LORENZO CAMPS CAMPS.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de Mercantil nº 2 de PALMA DE MALLORCA en fecha doce de mayo de dos mil veinte, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Q ue con ESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por BARTOLOMÉ ANDROVER E HIJOS SL, representada por el Procurador LORENZO CAMPS, contra D. Iván , Isidoro , Caridad , debo:

1. DECLARAR Y DECLARO que D. Iván , Isidoro , Caridad , adeudan solidariamente a la actora la cantidad de 104.423,77EUROS de principal, más los intereses legales devengados.
2. CONDENAR y CONDE **NO** a D. Iván , Isidoro , Caridad a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar solidariamente a la actora la cantidad de 104.423,77EUROS de principal, más los intereses legales devengados.
3. Todo ello con expresa condena en costas procesales a la parte demandada."

**SEGUNDO.**- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha treinta de marzo del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

**TERCERO.**- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que penden de esta sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La demanda instauradora de la presente litis trae causa del ejercicio de la acción frente al órgano de administración social de la mercantil ESTIBADORA PALMAPORT S.L.

La parte demandante ejercita frente a D. Iván , Isidoro , Caridad una acción de reclamación de la cantidad de cantidad de 77.636,66, más los intereses legales de dicha cantidad devengados hasta la fecha, según lo indicado en el hecho séptimo (los cuales ascienden a la cantidad de 26.787,11 euros), más los intereses legales desde el día de hoy de la cantidad de 77.636,66 hasta su completo pago, con fundamento en la responsabilidad por deudas prevista y regulada en el actual artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC).

Como síntesis de los hechos constitutivos expone:

-que Estibadora Palma Port, SL. firmó los pagarés, asumiendo la deuda original de la sociedad que había prestado los servicios y siendo reconocido en el concurso de Estibadora Palma Port, S.L. dicho crédito.

-que cuando realizó esta asunción, ya se encontraba en supuesto de disolución, por los motivos que como demandante ha acreditado, a pesar de que la carga de la prueba correspondía a la demandada, dada la presunción legal existente en el art. 367.2 LSC.

-que el crédito fue reconocido en el concurso, ya que ello libera al acreedor de la labor de acreditar la existencia de su crédito.

-que se reconoce de adverso que Estibadora Palmaport, S.L. no atendía los pagarés que firmaba con recursos propios, sino de otras sociedades del grupo.

La parte demandada se opuso a la demanda, como hechos impeditivos alegó que la entidad de la que es administrador social acordó solicitar concurso voluntario de acreedores en junta general de 22 de junio de 2009.

Desarrolló ampliamente la relación entre las facturas y las deudas de otras sociedades del grupo como causa de los pagarés que no se discuten resultaron impagados pero, a su juicio, corresponden a deuda de tercero.

En conclusión, estima que los administradores cumplieron con su obligación legal.



La sentencia estimó la demanda y contra ella se alza la parte demandada. Sintetiza los motivos de su apelación reiterando la contestación de la que destacamos los hechos que enmarcan la apelación:

La demandante, BARTOLOMÉ ADROVER, SL, es una empresa dedicada a la prestación de servicios de limpieza que, como manifiesta en los hechos primero y segundo de la demanda, prestaba servicios al grupo de empresas ASMAR. BARTOLOMÉ ADROVER, SL no prestó jamás servicios a ESTIBADORA PALMAPORT.

Los demandados conformaban el órgano de administración de ESTIBADORA PALMAPORT, sociedad perteneciente al reseñado grupo de empresas ASMAR, grupo que tenía una financiación centralizada y en el que, debido a su carácter vertical, cada sociedad integrada en el mismo colaboraba con las demás entidades del grupo.

Como consecuencia de la caída de la mayor parte del grupo ASMAR (del que formaba parte ESTIBADORA PALMAPORT, S.L.) tras el cierre del ejercicio 2008, en el marco de la crisis de 2008-2009, y como consecuencia del deterioro de los derechos de crédito de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. frente a las empresas de dicho grupo, los administradores conocieron la situación de disolución por pérdidas entrado el ejercicio 2009.

Destaca que una vez constatada la existencia de dicha situación, los administradores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. convocaron junta y, posteriormente, instaron el concurso voluntario de acreedores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L., así como de la mayoría de las empresas del grupo, ascendiendo a un total de treinta y cuatro concursos liquidativos de empresas del citado grupo.

El concurso de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. fue declarado como fortuito en fecha 19 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, misma calificación que acaeció en el resto de concursos de empresas del grupo ASMAR.

En el contexto del funcionamiento del grupo ASMAR y, como sociedad perteneciente al reseñado grupo, ESTIBADORA PALMAPORT emitía pagarés por los que instrumentaba un pago a proveedores de las navieras del Grupo, por cuenta de éstas, atendándose exclusivamente dichos pagarés con los recursos aportados por dichas navieras sin que, en ningún caso, se atendieran con fondos propios de ESTIBADORA PALMAPORT, SL.

En relación con los pagarés emitidos por ESTIBADORA PALMAPORT a BARTOLOMÉ ADROVER, aquella pagó a la demandante, entre marzo y junio de 2009, por cuenta de terceros y en el marco de la forma habitual de pagos aceptada por la demandante para el cobro de sus servicios prestados a otras empresas del Grupo, al menos trece pagarés emitidos en el año 2009, que sí fueron atendidos, y cuya suma ascendió a 104.931,46 euros.

En cuanto a los nueve pagarés que han dado pie al presente procedimiento, emitidos en febrero, marzo y mayo del año 2009, la existencia del riesgo de que no se pudieran cobrar es reconocida por la propia BARTOLOMÉ ADROVER al indicar en su demanda que *"conocía al tiempo de su vencimiento ... que los mismos no podían ser cobrados"*. Muestra de ello es que por BARTOLOMÉ ADROVER únicamente se presentaron al cobro tres de los nueve pagarés, a pesar de que los tres pagarés presentados tenían vencimientos posteriores a los seis pagarés que no se presentaron al cobro, evidenciando ello, a su juicio, el conocimiento de la demandante del riesgo que podía existir.

Antes de especificar los motivos de su recurso de apelación, reitera en su introducción que la propia demandante reclamó y consiguió, el reconocimiento de todos sus créditos en los concursos de acreedores de las sociedades deudoras de las facturas emitidas por ella, concursos que, como se ha mencionado, fueron calificados como fortuitos.

Desarrolla el objeto del recurso en los siguientes puntos:

1.- Inaplicabilidad del artículo 105 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada ( 367 de la ley de sociedades de capital) porque no concurren los presupuestos de la responsabilidad por deudas.

1.1) los administradores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. cumplieron con su obligación de convocar junta y solicitar el concurso de acreedores de la sociedad.

i.- la recurrente afirma haber acreditado que la junta general de socios de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L., celebrada el día 22 de junio de 2009, previa convocatoria al efecto por su órgano de administración, acordó solicitar la declaración del concurso voluntario de acreedores de la sociedad, por encontrarse ésta en situación de insolvencia. A efectos acreditativos, acompañó copia protocolizada notarialmente del certificado de los acuerdos sociales adoptados en dicha junta como documento nº 1 de la contestación a la demanda de D. Isidoro .

Como consecuencia de lo anterior, alega que el concurso voluntario de acreedores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. se solicitó con fecha de 16 de septiembre de 2009, junto con el de otras siete sociedades integrantes del grupo ASMAR. Y ello sucedió en el contexto de la solicitud y declaración de los concursos de



acreedores de un total de 38 empresas del citado grupo, como se explicó y acreditó por la apelante en sus contestaciones a la demanda (documentos nº 2, 4, 5 y 6 a 36 de la contestación de D. Isidoro ). Por tanto, concluye que los administradores demandados cumplieron con la obligación que tenían legalmente impuesta ( artículos 104.1.e y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), puesto que convocaron junta en cuanto tuvieron conocimiento de la concurrencia de la causa legal de disolución e instaron, a continuación de la celebración de dicha junta, el concurso de acreedores de la sociedad.

Apunta que la administración concursal de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L., en su informe del artículo 75 de la Ley Concursal (documento nº 13 de la demanda), consideró (página 11, in fine) que los administradores condenados habían cumplido lo previsto en el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (ahora, 363 de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con el artículo 367 de la misma norma):

En relación con la causa de disolución concurrente, afirma que la situación de disolución por pérdidas de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. no se puso de manifiesto el día 31 de diciembre de 2008 , como erróneamente concluye la sentencia impugnada , *"a pesar de que la actora no practicó prueba alguna tendente a acreditar tal extremo"*.

Al contrario, tal como estima acreditado mediante la documentación y el informe pericial aportados, la situación de disolución por pérdidas de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. se puso de manifiesto durante el ejercicio 2009, en el momento de la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2008. Así resulta no sólo del informe pericial de esta parte, sino también del informe de la propia administración concursal de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. (documento nº 13 de la demanda).

1.2) No cabe la imposición de responsabilidad por obligaciones sociales anteriores al acaecimiento de la causa de disolución. inexistencia de créditos posteriores al acaecimiento de la causa de disolución.

A ello añade que, a su juicio, la actora intenta sustraerse a los efectos o consecuencias de los concursos de acreedores de las sociedades deudoras de los servicios (ISCOMAR, S.A., MARÍTIMA TARFAYA, S.L. y MEYKEL, S.L.) y de la propia ESTIBADORA PALMAPORT, S.L., en cuyos concursos tiene reconocidos los créditos que ahora pretende hacer efectivos, con flagrante abuso de derecho, frente a los administradores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L., valiéndose para ello de unos pagarés emitidos en el contexto y condiciones explicados anteriormente

2.- Incongruencia *ultra petita* de la sentencia.

Aunque la sentencia apelada nada dice al respecto, en el suplico de la demanda se desglosó la cantidad reclamada del siguiente modo:

. 77.636,66 € de principal, por los pagarés impagados.

. 26.787,11 € de intereses devengados hasta la demanda (con remisión al hecho séptimo de la demanda y a los documentos 16 y 17 de la misma).

No obstante, la sentencia apelada condena al pago de 104.423,77 € *"de principal, más los intereses legales devengados"*.

De ello resulta que, a su juicio, debe apreciarse la existencia de un vicio de incongruencia *ultra petita*, puesto que la sentencia concede más de lo pedido por la actora en la demanda, causando indefensión y un evidente perjuicio a los apelantes a quienes se condena al pago, en concepto de principal, de 26.787,11 € más de lo reclamado por la actora en la demanda.

3.- Por último, afirma que no cabe una estimación íntegra de la demanda, puesto que en la misma se reclama el pago de intereses cuyo devengo quedó suspendido como consecuencia de la declaración del concurso de acreedores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L.

La actora reclama que 26.787,11 € de intereses (sobre un principal de 76.636,66 €), calculados desde la fecha de vencimiento de cada uno de los nueve pagarés que le fueron entregados por ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. hasta el momento de la presentación de la demanda.

Sin embargo, tal como la propia demandante reconoce, ESTIBADORA PALMAPORT, S.L. fue declarada en concurso mediante auto de 16 de marzo de 2010, habiendo concluido el concurso mediante auto de 8 de febrero de 2017, por insuficiencia de masa activa, tal como resulta de los documentos 3 y 5 de la demanda.

Por tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley Concursal, el devengo de intereses quedó suspendido desde la declaración del concurso de acreedores de ESTIBADORA PALMAPORT, S.L., 16 de marzo de 2010, y hasta la conclusión del mismo, 8 de febrero de 2017.



Reitera que no cabe la estimación íntegra de la demanda, puesto que se reclaman más intereses de los devengados. Tampoco cabe, en consecuencia, la imposición de las costas a la parte demandada.

La parte actora se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

**SEGUNDO.**- Centrados los términos objeto del debate en la concurrencia de los presupuestos exigidos para la acción de responsabilidad por deudas, en concreto:

-la existencia de la obligación social,

-su importe por la discrepancia con la suma de principal e intereses cuyo devengo se suspendió por efecto de la declaración de concurso.

-a ello añade la discusión sobre cuando tuvieron conocimiento los administradores de la causa de disolución y si exime de responsabilidad el eventual conocimiento de los actores de las dificultades económicas del grupo.

El artículo 367 del TRLSC limita la responsabilidad a las "obligaciones sociales posteriores" al acaecimiento de la causa legal de disolución, la Ley presume, salvo prueba en contrario, que las obligaciones reclamadas son de fecha posterior a la causa de disolución.

Para que prospere la acción de responsabilidad, será necesario:

- a) que se acredite la existencia de una deuda a cargo de la sociedad y a favor del acreedor demandante;
- b) que se pruebe que, como mínimo, dos meses antes de la presentación de la demanda se manifestó y debió ser conocida por el administrador la causa de disolución imperativa;
- c) que el administrador demandado lo fuera al tiempo de manifestarse la causa de disolución y durante los dos meses siguientes;
- d) que el administrador deje transcurrir ese plazo sin convocar junta general para que acuerde la disolución o remueva la causa; y
- e) con el favorecimiento por la presunción indicada, que la obligación o deuda reclamada se haya contraído o haya nacido con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

En cuanto a la existencia de la deuda social la sala confirma el acertado criterio del Juez *a quo*. Esta consta acreditada mediante los pagarés obrantes en autos: es hecho no controvertido( se libraron los días 2 de febrero, 13 de marzo y 20 de mayo de 2009).

La emisión de las facturas en las distintas sociedades por las que la mercantil administrada por los demandados asumió la deuda carece de relevancia frente al acreedor tanto porque no estamos en el ámbito de la oposición a la acción cambiaria como porque la alegación de que obedece a regularización de saldos intragrupo no afecta al valor solutorio del pagaré cuyo incumplimiento redundaría en un impago.

Desde el momento en que la mercantil ESTIBAPORT S.L. firmó los pagarés se comprometió al pago en la fecha de su vencimiento. La deuda social existe por el importe del principal, los gastos y los intereses modulados como veremos en el fundamento cuarto.

**TERCERO.**-En cuanto a la relación entre el nacimiento de la deuda y el de la responsabilidad de los administradores procede la cita de la sentencia del 29 de mayo de 2020 ( ROJ: STS 1454/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1454 ) cuyo fundamento jurídico tercero razona : " 3.Lo esencial para determinar si la deuda social queda cubierta por la responsabilidad del administrador es, pues, que hubiera nacido después de la causa de disolución.

*Con carácter general, hemos distinguido entre nacimiento y vencimiento de la obligación, y hemos considerado que lo relevante es el nacimiento de la obligación. Lo verdaderamente relevante es el nacimiento de nuevas obligaciones en un momento en que la sociedad debería haber cesado en su actividad o cuando menos anunciado que se hallaba en liquidación, no el vencimiento de las originadas con anterioridad, en un momento en que no había causa de disolución y por lo tanto no debe reprocharse a los administradores la actividad de la que surgió la obligación, aunque estuviera sujeta a término.*

*Así en la sentencia 716/2018, de 19 de diciembre , entendimos que la deuda social reclamada era anterior y no posterior a la aparición de la causa de disolución, pues se correspondía con las retenciones de certificaciones de obra anteriores a la aparición de la causa de disolución; y el acuerdo por el que se resolvía el contrato de obra y se reconocían las retenciones pendientes de pago, que se haría una vez transcurrido el periodo de garantía, no generaba el crédito."*





En nuestro caso, la administración concursal afirma que el patrimonio neto en el ejercicio 2008 era negativo en más de 4 millones de euros (-a 31 de diciembre de 2008: - 4.138.240,89 euros), en el ejercicio correspondiente al año 2007 patrimonio neto fue 215.565,69 euros.

Los pagarés se emitieron los primeros cinco meses del año 2009.

La causa de disolución debió ser conocida antes de la emisión de pagarés. El retraso en la obligación de formular las cuentas lejos de poder fijar como *dies a quo* la fecha en la que decidieron celebrar la junta universal (junio de 2009), permite que cobren mayor relevancia las demás obligaciones contables que la ley exige a todo administrador diligente, en concreto la llevanza de balances trimestrales.

En este punto, la sentencia de la sección 15 de la AP Barcelona del 25 de mayo de 2020 (ROJ: SAP B 3573/2020-ECLI:ES:APB:2020:3573) concluye: *"TERCERO: Hemos sostenido reiteradamente, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la diligencia exigible al administrador, de actuar conforme al patrón o estándar de un ordenado empresario y de estar informado de la marcha y situación de la sociedad, implica la obligación de tener un puntual y oportuno conocimiento de la contabilidad, que ha de llevar de acuerdo con los principios de veracidad e imagen fiel con cumplimiento de las normas contables. El conocimiento de que la sociedad está incurso en la causa de disolución por pérdidas ( artículo 367, apartado e) de la LSC ) debe adquirirlo a partir de la contabilidad y los instrumentos contables que prevé la ley, de regular llevanza, que le proporcionan el conocimiento sobre la situación patrimonial y financiera de la sociedad (en particular, los balances trimestrales de situación que ordena confeccionar el art. 28 CCom ). No es relevante, en fin, cuándo tomó conocimiento el administrador de que concurría la causa de disolución por pérdidas, sino cuándo debió tomar conocimiento."*

Confirmamos pues que la obligación social nació después de acaecida la causa de disolución porque la alegación de que los administradores conocieron la situación de disolución por pérdidas el 22 de junio de 2009 (fecha en que según la documentación adjunta se formularon las Cuentas Anuales) no exime del cumplimiento de la llevanza de la contabilidad ni puede servir como eximente para la responsabilidad derivada del desconocimiento de la existencia de causa de disolución cuando los administradores asumieron el pago de una deudas generadas en otra mercantil pero incorporadas a su pasivo con la obligación de pago .

La convocatoria de la junta para aprobar las cuentas anuales formuladas fue tardía porque el ejercicio social se cierra a 31 de diciembre las cuentas se deben formular antes de 31 de marzo.

No se justifica en absoluto la demora con la decisión de solicitar el concurso voluntario. La calificación del concurso fortuito- pese a reconocerse el hecho de que es tardío- no prejuzga la responsabilidad de los administradores sociales cuya naturaleza y *causa petendi* es diferente en esta acción respecto de la responsabilidad exigible en la sección sexta.

La responsabilidad solidaria impuesta por la LSC no nace si el órgano de administración observa con diligencia el cumplimiento de los plazos previstos en la ley.

La acción que traslada al patrimonio de los administradores las deudas derivadas de obligaciones sociales se impone por ministerio de la ley y solo cuando estos fracasan en la tarea de conocer la capacidad económica del patrimonio social y actuar en consecuencia en el plazo de dos meses.

Respecto al conocimiento de la situación económica de la mercantil deudora como enervatoria de la responsabilidad exigible a los administradores tampoco procede la estimación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 (ECLI ES:TS2018:1314) precisa: *" el alcance de la actuación contraria a la buena fe como excepción a la responsabilidad del administrador respecto de las deudas sociales surgidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución ( artículo 367 de la LSC ), en caso de incumplimiento del deber legar de promover la disolución de la sociedad. Dicha Sentencia dice lo siguiente: "En esa sentencia 733/2013, de 4 de diciembre , matizamos el ámbito de aplicación de la excepción de actuación contraria a la buena fe por parte del acreedor, basada en el conocimiento de la situación de insolvencia del deudor al tiempo de contratar y de surgir el crédito, que había sido apreciada en alguna ocasión por esta sala. Esta matización resultaba conveniente a la vista de la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que redujo la responsabilidad a las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución.*

*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 ":*

*"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".

Por lo que la posición del acreedor en nuestro caso -que no es socio como en el caso que analizó la jurisprudencia citada- ni se trata de una operación de préstamo remunerado al 25% como el caso reflejado en la sentencia citada ( SAPBCN ) se mantiene la procedencia de la condena.

En consecuencia, se desestima el recurso en este punto.

**CUARTO.-** Declarada la concurrencia de la responsabilidad de los administradores demandados por las obligaciones sociales nacidas después de que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución debemos resolver la cuestión de los intereses devengados como parte del importe final de la deuda .

De una parte, el apelante reclama una corrección material sobre la que no consta petición de aclaración y añade que los administradores sociales no pueden responder por una cantidad superior a la deuda de la sociedad.

La apelante afirma que la declaración del concurso suspendió el devengo de los intereses. La parte actora insiste en que a suspensión de devengo no es causa de extinción de esta obligación.

Para centrar la cuestión de la reclamación de intereses al garante de una deuda ajean procede la cita de la sentencia del Tribunal Supremo dictada el 8 de junio de 2020 **Roj:** STS 1588/2020 - **ECLI:ES:TS:2020:1588** si bien la naturaleza de la obligación difiere ( porque en el caso de la fianza nace de un contrato y aquí no) consideramos aplicable el razonamiento: " **Quinto.** Motivo cuarto del recurso de casación

**1.** formulación del motivo cuarto . el motivo denuncia la "infracción del art. 59.1 lc en lo relativo a suspensión del devengo de intereses de los créditos ordinarios".

En el desarrollo del motivo se resume la infracción cometida del siguiente modo:

"la sentencia recurrida reconoce un crédito a favor del fiador por los intereses remuneratorios correspondientes, tras la declaración del concurso, a los préstamos sin garantía real contratados en su día por la concursada y clasificados como créditos ordinarios en el concurso, lo cual contraviene el art. 59.1 lc que establece la suspensión del devengo de intereses tras la declaración del concurso con la sola excepción de los créditos con garantía real".

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2.** Estimación del motivo cuarto . es cierto que, una vez declarado el concurso de calzados valentino's , el **crédito del acreedor principal dejó de devengar intereses remuneratorios, por aplicación de la regla del art. 59.1 lc , según la cual:**

**"1. desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente ley de presupuestos. los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley "**

**el carácter accesorio de la fianza ( art. 1826 cc ) provoca que, si este efecto de suspensión del devengo de intereses en caso de concurso del deudor principal conlleva que no le sean exigibles los intereses remuneratorios posteriores a la declaración de concurso, y mientras esto sea así, tampoco resulten exigibles estos intereses al fiador.**

Con el efecto reflejo de que si, por las razones que sean, como en el presente caso, el fiador hubiera pagado al acreedor estos intereses, no puede reclamarlos al deudor principal, salvo que se llegaran a cumplir los presupuestos del apartado 2 del art. 59 lc , que no es el caso.

La garantía hipotecaria frente al deudor concursado opera respecto de la deuda que le fuera exigible, una vez ejecutada la fianza, que no incluye aquellos eventuales intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso. Por esta razón, no cabe justificar el devengo de aquellos intereses remuneratorios en la excepción que el art. 59.1 lc prevé respecto de los intereses remuneratorios cubiertos por la garantía hipotecaria.



*En consecuencia, procede estimar este motivo de casación y, por las mismas razones expuestas, tener por desestimada la impugnación de la sentencia de primera instancia realizada por el elkargi.*"( el destacado es nuestro)

La cuestión es si la condena a este garante por mandato legal desde que nace la obligación social incluye el importe de los intereses que no se han devengado para la sociedad. En nuestro caso es muy relevante porque la obligación social - nacida después de que los administradores debieran conocer que la sociedad estaba en causa de disolución -dejó de devengar intereses entre los años 2010 a 2017.

La suspensión del devengo es un efecto propio del concurso que, en consecuencia, cesa con la concusión del mismo en este caso además por insuficiencia de masa activa.

De la lectura de la sentencia citada ( que además se refiere en otro de sus fundamentos a la STS22/2020 de 16 de enero) permite afirmar que en las sociedades declaradas en concurso no procede la condena al pago de los intereses porque su devengo está suspendido respecto de la obligación principal.

En este caso se plantea además que pasa cuando se concluye el concurso por liquidación .

La ley concursal regulaba la cuestión en el art 59 LC cuyo inciso final -ahora recogido en el art 440 TRLC - expresamente prevé la reanudación de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por efecto del concurso. Lo limita al supuesto en el que, después del pago de la totalidad de los créditos concursales, hubiera remanente y dispone su cálculo conforme al tipo convencional y si no existiere al tipo legal.

En el ámbito de la responsabilidad de los administradores, confirmada la condena, hay un patrimonio que va a pagar el principal. En identidad de razón podemos estimar que los intereses de la deuda impagada continúan devengándose desde la conclusión del concurso .Son obligación social nacida después de la causa de disolución y ya no está suspendido el devengo.

En consecuencia ,procede estimar el recurso en este punto y minorar el importe de los mismos detrayendo los que se han calculado desde marzo de 2010 hasta febrero 2017 porque no forman parte de la deuda originaria de la sociedad por la que ellos responden.

Respecto a la cuantía y la procedencia de la corrección material no es necesario resolver al haberse estimado el recurso contra la condena al pago de intereses calculados en la demanda.

**QUINTO.**-La estimación parcial del recurso implica la estimación en parte de la demanda por lo que no procede condena en costas en ninguna de las dos instancias

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

## FALLAMOS

ESTIMAR en parte el recurso interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> MARIA ISABEL JUAN DANUS en nombre y representación de los demandados apelantes D<sup>a</sup> Caridad , D. Isidoro y D. Iván y contra la sentencia de fecha doce de mayo de dos mil veinte dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 2 en consecuencia se revoca la condena al pago de intereses que debe minorarse detrayendo los que se calcularon desde la declaración del concurso (16.03.2010) hasta su conclusión por insuficiencia de masa activa ( 08.02.2017).

Confirmamos la sentencia en los demás pronunciamientos.

Sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.