

Responsabilidad de los administradores en el art. 367 LSC. Revisión de la doctrina a propósito de la fianza de tercero

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

A los efectos del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, la Sentencia del Tribunal Supremo 22/2020 resuelve bien su aplicación a una acción de regreso derivada de una fianza prestada por la deuda social. Pero no argumenta debidamente la razón de ello, y este desajuste nos lleva a promover una revisión de la doctrina existente sobre el supuesto de aquel precepto legal.

Voy a analizar la doctrina de la interesantísima Sentencia del Tribunal Supremo 22/2020, de 16 de enero:

— *El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)*

De las deudas sociales «anteriores», los administradores sociales no responden *prima facie*, salvo que tuvieran que hacerlo en virtud del régimen ordinario de responsabilidad del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital; de las deudas sociales «posteriores», responden solidariamente con la sociedad en la hipótesis del artículo 367 de dicha ley. El «momento relevante» para determinar la divisoria entre un tiempo y otro —y el propio supuesto de responsabilidad— es el acaecimiento de una causa de disolución social seguido del transcurso de un tiempo determinado sin que los administradores hayan reaccionado pidiendo (o convocando la junta) la disolución o el concurso en cumplimiento y en la forma de

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

los artículos 365 y 366. Éste es el mandato contenido en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, precepto abundantísimamente aplicado en la praxis, auténtico «martillo» de administradores sociales y campo abonado para los desarrollos jurisprudenciales, especialmente interesantes en los últimos años, de los que la presente sentencia es un ejemplo muy notable. La enorme literatura doctrinal producida a propósito del precepto dice mucho de la importancia del problema.

Según la jurisprudencia, la función de esta norma es incentivar la disolución o la solicitud de concurso de las sociedades cuando concurra causa legal para una u otra. De no adoptar las medidas pertinentes para conseguir la disolución y liquidación de la sociedad o su declaración en concurso, según los casos, si la sociedad sigue desarrollando su actividad social con un patrimonio sustancialmente menor que su capital social y presumiblemente insuficiente para atender sus obligaciones sociales, los administradores responderán de estas nuevas obligaciones (cfr. SSTs 151/2016, 144/2017). También se dice que la norma quiere generar incentivos para expulsar del mercado empresas ineficientes y mejorar la asimetría informativa entre los administradores y los acreedores de la sociedad sobre la situación patrimonial de ésta (STs 246/2015).

— *Dos modelos de contraste*

Aunque la jurisprudencia es muy abundante en su casuística, sólo voy a utilizar dos ejemplos como contraste de la presente sentencia. Según el Tribunal Supremo, en un contrato de tracto sucesivo (arrendamiento de inmueble) se considerará que la generación de la obligación no está en la firma del contrato, sino en cada una de las prestaciones (mensualidades) derivadas de él (STs 225/2019). Por lo tanto, los administradores responden de las deudas arrendaticias devengadas después del momento relevante. En la resolución por incumplimiento de un contrato —la cual comporta una obligación restitutoria—, la obligación no nace en la fecha de celebración del propio contrato, sino en la del hecho resolutorio y en el ejercicio por el interesado de la facultad resolutoria (STs 151/2016).

— *Reembolso y subrogación del fiador que paga*

La sentencia comentada no afirma explícitamente que la acción de reembolso del artículo 1838 del Código Civil sea un crédito anterior o posterior a la causa de disolución cuando el pago por el fiador se realice después del tiempo relevante del artículo 367 de la Ley de Contrato de Seguro. La sentencia declara sólo que la deuda del fiador es «anterior» en el sentido de dicho artículo 367 si la fianza como contrato fue contraída antes del momento relevante de este precepto con independencia del momento en que el fiador efectúe el pago. La sentencia no resuelve propiamente si el crédito de reembolso es anterior o posterior en el sentido del artículo 367 ni tiene necesidad de divagar si la acción de reembolso del artículo 1838 del Código Civil es la misma acción que la subrogatoria del artículo 1839 de este código (aunque cita *obiter* en tal sentido la STs 761/2015) o si ésta arrastra temporalmente el régimen de aquélla. Cita con acierto el artículo 87.6 de la Ley Concursal (LCon) para deducir de él que, con independencia de cuáles remedios

disponga el fiador en regreso, éste siempre ocupa la posición concursal del acreedor reconocido en el concurso como titular de un crédito anterior a la declaración de concurso.

— *Subrogación*

La Ley Concursal utiliza indebidamente el término *subrogación*, como si asumiera que el fiador no tiene en el concurso otro remedio de regreso que el artículo 1839 del Código Civil, cuando lo cierto es que el sentido de la norma no es reconocer que el fiador «se subroga» (eso dependerá de la acción de regreso que utilice), sino imponer que, *con independencia de lo anterior*, el fiador no puede tener en el concurso otro tratamiento concursal distinto del que posee el acreedor garantizado. Por esta razón no es de extrañar que la jurisprudencia entienda unánimemente que el crédito del fiador no puede ser contra la masa, porque este crédito es siempre anterior al concurso con independencia de si el regreso se articula por el artículo 1838 o por el 1839 del Código Civil.

También la sentencia actual comete un exceso lingüístico a propósito de la subrogación cuando afirma que el crédito de regreso del deudor no es propiamente una nueva deuda social, sino una «modificación subjetiva de la deuda originaria, un cambio de acreedor». Esta declaración es innecesaria para resolver la controversia en los términos (correctos) en que lo hace la Sala. Porque, como explicaré a continuación, carece de importancia si la deuda social frente al fiador es «anterior» o «posterior» en el sentido *temporal* (lo que, nuevamente, dependerá de qué medio para el regreso articula el fiador *solvens*) y sólo importa si esta deuda ha de ser tratada en términos *normativos* como una deuda anterior o posterior a los efectos del artículo 367 del Ley de Sociedades de Capital.

— *La tesis. Lo decisivo es el compromiso irrevocable*

La última consideración nos conduce de modo inmediato al espacio en el que discrepamos de la sentencia en cuestión por la misma razón que discrepamos de la doctrina que el Tribunal Supremo ha elaborado a propósito de las deudas de tracto sucesivo o de las deudas de resolución contractual a propósito del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Bien es verdad que, en el presente caso de la fianza, sólo discrepamos del método, pero no del resultado, mientras que en los otros dos casos discrepamos del método y del resultado.

La protección que merece (o no merece) el acreedor social en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital no se funda en si su *crédito* es anterior o posterior a la causa de disolución, sino en si es posterior o anterior la *confianza* que el acreedor puso al comprometerse por contrato *irrevocablemente* con la sociedad. No es un problema de tiempos, sino de efectiva *reliance* (confianza) del acreedor en que la sociedad se encontraba (o no) en un estado de solvencia que le permitía a aquél confiar en la satisfacción de su crédito. Lo importante es cuándo comprometió el acreedor su confianza de modo irrevocable, es decir, de un modo que ya no pudiera ser alterado por el curso de acontecimientos ulteriores que afectaran o revelaran la insolvencia del deudor social.

Si el fiador se compromete antes del tiempo en que madura la causa de disolución y este compromiso es ya —como efectivamente lo es— irrevocable, es neutral en términos jurídicos ante el hecho de que, consolidado luego el momento relevante de la disolución social, los administradores fueran diligentes o descuidados para la solicitud oportuna de la declaración de concurso o disolución, porque el fiador *no confió* en la solvencia de la sociedad *en un momento* en que los administradores sociales debieran haber actuado para disipar la situación de solvencia ficticia, sino antes, y éste es el tiempo que cuenta. El fiador no dio crédito sobre la base de la insolvencia ficticiamente provocada por los administradores sociales que no cumplen su deber de solicitar el concurso. La *reliance* del fiador es anterior a este momento. Repárese en la diferencia que habría con el pago voluntario de una deuda de tercero en la que el *solvens* no estaba comprometido en modo alguno con esta deuda antes del hecho mismo de pagarla (art. 1158 CC).

La misma reflexión procede respecto de la deuda social consistente en el pago de una renta arrendaticia devengada después de la consolidación del tiempo relevante del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Es cierto que el crédito puntual por esa fracción de renta es una deuda «posterior», pero no lo es el supuesto fundamental de esta deuda —el tiempo en que el arrendador se comprometió irrevocablemente con la sociedad—, de forma que ningún hecho posterior relativo a la solvencia del deudor le permitía ya revocar su consentimiento y evitar el concurso del arrendatario. Sólo si hubiese tenido un derecho de desistimiento unilateral, que hubiera podido actuar en el tiempo en que los administradores mantienen ficticiamente la imagen de solvencia, se habría tratado de una deuda «posterior», de la que habrían debido responder los administradores. Aplíquense las mismas consideraciones a la deuda «posterior» nacida de la resolución (por incumplimiento) de un contrato que fue celebrado antes de la consolidación de la causa de disolución, cuando el acreedor no disponía de un medio revocatorio discrecional que le hubiera permitido ponerse a salvo del incumplimiento de no haber sido por el mantenimiento de la apariencia ficticia de solvencia de la sociedad.

— *Tampoco los intereses del pago*

Aunque en la sentencia se afirma la cosa como simple *obiter*, considero que es equivocada la idea de que *acaso* pudiera tratarse de una «deuda posterior» la referida a los intereses del pago por el fiador, porque —sigue el argumento— este recobro no puede conseguirse con otra vía de regreso que el reembolso no subrogatorio. Las razones ya expuestas fundamentan, creo, la posición contraria: también el crédito de intereses, que nace con el pago efectivo y no con la prestación de la fianza, es una deuda normativamente anterior a los efectos del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Esta deuda no nace de la *reliance* en una solvencia ficticia de la sociedad porque el crédito de intereses no requería ningún nuevo compromiso contractual que el fiador hubiera podido, de estar advertido, evitar.