

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064465

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

Sentencia 511/2019, de 1 de octubre de 2019

Sección 1.ª

Rec. n.º 81/2019

SUMARIO:**Responsabilidad de administrador social y concurso. Acciones a ejercitar.**

Recuerda la Audiencia la necesidad de identificar la concreta acción que se ejercita frente al administrador social y la causa de dicha acción, es decir, si es la basada en el incumplimiento del deber de diligencia, o si fundada en la vulneración del deber de lealtad. De igual modo resulta imperativo identificar con claridad la acción afirmada, ya se trate de la acción social, de la acción individual, o de la responsabilidad por deudas y, dentro de esta última, resulta elemental concretar la causa específica de disolución en que incurría la sociedad, así como la cronología temporal entre la concurrencia de tal hipótesis y el nacimiento del crédito reclamado.

Declarado el concurso no procederá admitir demandas de responsabilidad basadas en la ausencia de la preceptiva convocatoria de disolución social, en tanto no se haya concluido el concurso. La acción individual de responsabilidad de los administradores exige una conducta antijurídica del administrador, que produzca un daño y con nexo causal en ese comportamiento. Si el comportamiento es en el marco de sus obligaciones, procede la acción individual; si es un incumplimiento en el ámbito del Derecho civil general, procede aplicar éste. Lo que se le imputa al administrador es haber solicitado el concurso sin haber advertido de la existencia de un litigio. Sin embargo, esto no configura el factum de una responsabilidad individual, pues existen medios en el concurso para comunicar las situaciones de la concursada. Además, esto pudiera estar dentro de la responsabilidad dentro del concurso por no colaboración con el juzgado; pero no es base de una acción individual.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 21, 23, 24, 33, 50.2, 86, 95 y 176 bis.

Código civil, arts. 1.902 y 1.903.

RDLeg 1/2010 (Sociedades de Capital), arts. 225, 236, 241 y 367.

PONENTE:*Don Jacinto José Pérez Benítez.*

Magistrados:

Don FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ

Don MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ

Don JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00511/2019

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PA

N.I.G. 36038 47 1 2017 0300745

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000081 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000175 /2017

Recurrente: Teodora

Procurador: ANA ISABEL SANTA CECILIA ESCUDERO

Abogado: EMILIO REY GOMEZ

Recurrido: Jose Pablo

Procurador: NURIA ALONSO PABLOS

Abogado: BERNARDO ANGEL ARAMBURU VECINO

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Presidente

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 511/19

En PONTEVEDRA, a uno de octubre de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1ª, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 175 /2017, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 81 /2019, en los que aparece como parte apelante-demandante, Teodora, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. ANA ISABEL SANTA CECILIA ESCUDERO, asistido por el Abogado D. EMILIO REY GOMEZ, y como parte apelada-demandada, Jose Pablo, representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. NURIA ALONSO PABLOS, asistido por el Abogado D. BERNARDO ANGEL ARAMBURU VECINO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra con fecha 22 de noviembre de 2018, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Suárez Hermo, en nombre y representación de DOÑA Teodora frente a D. Jose Pablo, todo ello sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes ."

Segundo.

Notificada dicha resolución a las partes, por DOÑA Teodora se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

Tercero.

En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de recurso la sentencia dictada en primera instancia que desestimó la demanda formulada por la Sra. Teodora contra el administrador de la sociedad Viviendas Unifamiliares y Construcciones, S.A. (VIUCONSA, en adelante).

2. La demandante alegaba que era titular de sendos créditos contra la sociedad, declarados por sentencia firme de la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia de 12.6.2013), que condenó a VIUCONSA al pago de la suma de 3.827,15 euros, más intereses, y a la obligación de hacer consistente en la reparación de determinados vicios constructivos aparecidos en el inmueble propiedad de la demandante. Ambos pronunciamientos fueron exigidos en vía ejecutiva, a través de demandas presentadas los días 9.9.13 (ejecución no dineraria) y 20.9.13 (para la ejecución dineraria). Sucedió que, en virtud de la declaración de concurso de VIUCONSA, los procedimientos ejecutivos se vieron automáticamente suspendidos por la pendencia del proceso de insolvencia. La cantidad global reclamada en los procesos de ejecución ascendía a 7.536,06 euros.

3. La demanda sostenía que VIUCONSA depósito cuentas anuales en el registro mercantil correspondientes al ejercicio 1997, y no volvió a cumplir con dicha obligación hasta 2007, regularizando sus obligaciones contables en forma casi coetánea con la solicitud de concurso; se alegaba también que en los ejercicios de 2008 y 2009 la empresa presentaba pérdidas superiores a doscientos mil euros.

4. El expositivo II de la demanda daba noticia de lo acontecido en el proceso concursal. El 18.2.2009 se declaró el concurso voluntario; el 1.9.2010 se dictó sentencia aprobatoria del convenio, pero por auto de 5.12.13 se declaró su incumplimiento, con apertura de la liquidación. Por auto de 10.4.2014 el concurso fue declarado fortuito.

5. A la exposición de los antecedentes procesales seguía un relato de hechos concerniente a la conducta del administrador societario durante el concurso. La demanda sostenía que el administrador societario incumplió el deber de colaboración con la administración concursal (AC, en adelante), al no informar sobre la pendencia del proceso civil que culminó con la condena de la sociedad. Se alegaba también que no se incluyó el crédito declarado en sentencia en el concurso, y que no se notificó a la demandante la aprobación del convenio. También se alegaba que no se comunicó al juzgado que tramitaba las demandas ejecutivas la existencia del concurso hasta un año después de su declaración.

6. El expositivo quinto de la demanda hacía alusión al daño sufrido por la demandante, que en síntesis consistió en: a) el sufrimiento psíquico y el gasto económico padecidos con la continuación del proceso civil, que de haber sabido la existencia del concurso hubiera resultado desistido; y b) la responsabilidad de VICONSA en la frustración de una transacción que hubiera puesto fin al pleito.

7. La fundamentación jurídica de la demanda resultaba confusa. Tras una alusión genérica al incumplimiento de los deberes de los administradores sociales previstos en los arts. 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (LSC, en adelante), el expositivo sexto de la demanda aludía a la responsabilidad del administrador por falta de disolución de la sociedad " o comunicación del concurso con anterioridad al ejercicio 2008", lo que enlaza con la falta de depósito de cuentas desde el ejercicio 1996 hasta 2007, y se califica como infracción del deber de diligencia. La demanda seguidamente identifica la acción afirmada como la de responsabilidad por deudas, con cita del art. 367 LSC, basada en tres circunstancias de hecho que debieran haber determinado la disolución o el concurso: a) cese de actividad; b) desbalance; y c) reducción del capital social por debajo del mínimo legal.

8. Con apariencia de tratarse de un fundamento alternativo de la demanda, el apartado B del expositivo de hechos sexto aludía a la responsabilidad del administrador por " omisión de la situación de concurso de acreedores a mi representada", con cita de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil. Los daños y perjuicios que se dicen sufridos se cuantifican en la cantidad objeto de reclamación en los procesos de ejecución, más los gastos ocasionados derivados de la omisión de notificar el concurso, que cuantifica en los gastos procesales invertidos en la tramitación del proceso declarativo, en la suma de 5.301,50 euros.

9. La representación del administrador demandado se opuso a la demanda. En primer término se sostenía la prescripción de la acción individual de responsabilidad. En relación con los hechos, la oposición se mostraba conforme con la descripción de los trámites procesales, pero advertía de que cuando se convocó la audiencia previa del proceso declarativo ya se había aprobado el convenio; se precisaba también que la sentencia de instancia fue íntegramente desestimatoria y que la de apelación redujo las peticiones de la demandante. La contestación a la demanda incidía en el hecho de que el crédito de la actora fue recogido oportunamente en el concurso, y en que la deudora cumplió todas las obligaciones previstas en la Ley Concursal. Se rechazaba también la ausencia de depósito de las cuentas y, en general, la responsabilidad del administrador demandado.

La sentencia de primera instancia.

10. Tras una equívoca mención a las acciones ejercitadas (que el juez de lo mercantil considera que son la acción individual del art. 236 LSC y la de responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil), la sentencia declara prescrita esta última y, por el contrario, rechaza la prescripción de la acción individual, al computar el dies a quo del plazo cuatrienal del art. 241 bis desde la firma de la sentencia dictada por la AP de Madrid, el 12.6.13.

11. El fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida analiza la acción individual de responsabilidad, y tras exponer los elementos identificadores de la acción, transcribe un extenso fragmento de la STS 150/2017, de 2.3, la sentencia rechaza que en el proceso concursal se hubiera omitido la existencia del procedimiento civil o del crédito de la actora; se alega también que el hecho de que el concurso fuera declarado fortuito excluye la responsabilidad exigida por la demandante. Finalmente, en referencia a la responsabilidad por deudas, el último párrafo del fundamento segundo rechaza la responsabilidad sobre la base del informe pericial aportado al proceso; y finalmente se rechaza que el reparto de dividendos pudiera fundamentar la responsabilidad del administrador.

Recurso de apelación formulado por la representación demandante.

12. El recurso se sustenta sobre dos motivos, encabezados como " error en la valoración de la prueba" y " falta de exhaustividad de la sentencia".

13. Bajo la primera mención, la recurrente cuestiona el proceso de valoración de la prueba pericial, al no haber podido el perito acceder a determinados documentos esenciales para la emisión del dictamen; se añade también que el dictamen se ha basado en documentos de parte, aportados al concurso, cuya autenticidad

cuestiona la apelante. El recurso insiste en que solo puede valorarse la documentación obrante en el concurso, que difiere de la aportada por la propia demandada.

14. El apartado segundo del motivo alude a la operación de reparto de dividendos aprobada por VIUCONSA en agosto de 2008, que según la apelante habría determinado la situación de insolvencia. Finalmente, el motivo insiste en los hechos que, según la demanda, determinarían la responsabilidad del administrador, en particular respecto de la existencia de responsabilidad por deudas, al haber abandonado a la sociedad durante los ejercicios 1996 a 2007, lo que supondría una infracción del deber de diligencia previsto en el art. 225 LSC.

15. Como motivo de carácter formal, el recurrente denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia, al no referirse a todas las conductas descritas en la demanda como constitutivas de responsabilidad, en particular con referencia a la omisión de presentación de cuentas anuales a depósito, y a la omisión de la inclusión del crédito de la actora en el concurso, reiterándose la supuesta alteración de los documentos originales del concurso en relación con los aportados con el escrito de contestación.

Valoración de la Sala.

16. Como recordaba la demandante, la reforma operada en la LSC por la Ley 31/2014, de 3.12, modificó el régimen de responsabilidad de los administradores societarios, en pos del objetivo de que éste fuera " más severo y eficaz". La reforma modificó sustancialmente los presupuestos objetivos y subjetivos para la exigencia de responsabilidad de los administradores y perfiló el alcance de las sanciones al administrador desleal. No obstante, el tratamiento procesal de las acciones tendentes a la exigencia de responsabilidad permaneció intacto, manteniéndose el sistema de acciones del régimen previgente: acción social, acción individual y responsabilidad por deudas, régimen llamado a convivir con el particular sistema de la responsabilidad concursal (art. 176 bis de la Ley Concursal), y todo ello sin perjuicio de la posible compatibilidad con el ejercicio de acciones comunes (impugnación de acuerdos, anulación de contratos, cesación y remoción de efectos).

17. Desde este órgano de apelación venimos insistiendo en la importancia de diferenciar con claridad, sobre todo tras la citada reforma de la normativa societaria, la concreta responsabilidad que se exige al administrador demandado: si la basada en el incumplimiento del deber de diligencia, o si fundada en la vulneración del deber de lealtad. De igual modo resulta imperativo identificar con claridad la acción afirmada, ya se trate de la acción social, de la acción individual, o de la responsabilidad por deudas y, dentro de esta última, resulta elemental concretar la causa específica de disolución en que incurría la sociedad, así como la cronología temporal entre la concurrencia de tal hipótesis y el nacimiento del crédito reclamado.

18. Pues bien, nos parece que la demanda, -y, tributario de ella, el recurso-, constituye un paradigma de confusión en el ejercicio de las acciones contra los administradores sociales y en la concreción del tipo de responsabilidad exigida. Por esta razón, imputar a la sentencia haber incurrido en incongruencia o en falta de exhaustividad no deja de resultar paradójico, admitido, no obstante, que la sentencia tampoco resulta un modelo de cuidada motivación. En efecto, a lo largo de la presente resolución insistiremos en la defectuosa identificación de los hechos y de la concreta pretensión ejercitada, y también en la incorrección sistemática y argumental de la sentencia de primera instancia, que se sitúa en el límite inferior de la exigencia constitucional de la necesaria motivación de las resoluciones judiciales. Sin embargo, entendemos que, en su confusión, la sentencia da respuesta, siquiera mínimamente, a las cuestiones esenciales que constituían el objeto del litigio, y por ello optaremos por suplir sus carencias e inexactitudes argumentativas en la presente resolución, evitando una dilación innecesaria en el proceso. Ningún otro defecto formal de los alegados en el recurso, puede producir el efecto de su estimación. Las supuestas carencias en la información con la que se proveyó al perito, resultan por completo irrelevantes para dotar a dicha prueba de eficacia en relación con las acciones ejercitadas en la demanda. La afirmación de que la documentación, de la que supuestamente se privó al técnico, hubiera resultado decisiva para demostrar la situación de insolvencia previa al concurso es irrelevante por completo, pues, como se verá, lo que se imputa no es el incumplimiento temporáneo de la obligación de solicitar el concurso, o el contraer obligaciones en situación de insolvencia, sino, en esencia, la falta de comunicación de la existencia del concurso y la omisión de la inclusión del crédito de la actora en el proceso concursal. Finalmente, las supuestas incorrecciones de la documentación aportada al proceso en relación con el informe del administrador concursal, resultan absolutamente intrascendentes para juzgar sobre las conductas imputadas al administrador de Viuconsa en el seno de la acción individual de responsabilidad, como argumentaremos en esta sentencia.

19. Como se expuso más arriba, la demanda contenía un relato heterogéneo de hechos que se incluían bajo una mención genérica de incumplimientos del deber de diligencia y, de forma claramente asistemática, se mencionaban acciones de responsabilidad extracontractual basadas en la cita de los arts. 1902 y ss. del Código sustantivo, y la acción individual de responsabilidad del administrador societario del art. 241 LSC, junto con una exposición de hechos relativos al incumplimiento del deber de disolución, que inequívocamente suponían el planteamiento acumulado de la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 de dicho texto. La sentencia declaró prescrita la primera de las acciones mencionadas (en pronunciamiento que llega firme a esta alzada), y aborda las dos segundas: la acción individual se trata con una argumentación por remisión a una STS, y es rechazada con respecto a unas conductas determinadas, y la acción de responsabilidad por deudas se desestima, -sin una referencia expresa a su marco normativo-, al hacerse mención al informe pericial que descartó que la sociedad se hubiera encontrado incurso en causa de disolución por desbalance.

20. Este grado de confusión que detectamos en la demanda se torna todavía más intenso en el recurso de apelación, en particular en el desarrollo del primer motivo, relativo al error en la valoración de la prueba. Interpretamos que las críticas al dictamen pericial suponen la impugnación del pronunciamiento desestimatorio de la acción de responsabilidad por deudas, y que los apartados II y III del motivo se refieren a la impugnación del pronunciamiento que desestimó la acción individual. Ambas cuestiones se abordarán a continuación. Dejaremos, por tanto, de lado cuestiones nuevas, que no fueron objeto del proceso en primera instancia o que no debieron serlo (reparto de dividendos o supuestos incumplimientos en la ejecución de las operaciones de liquidación concursal, a los que no se hacía mención alguna en el escrito rector del proceso).

Acción de responsabilidad por deudas

21. La acción de responsabilidad por deudas, desde su introducción en nuestro Derecho por exigencia de la adaptación de la normativa mercantil al Derecho comunitario, se basa en el incumplimiento de la obligación de los administradores sociales, en caso de concurrencia de causa de disolución, de convocar de forma orgánica la junta general en el plazo de dos meses desde tengan noticia de su concurrencia, bien para adoptar el acuerdo de disolución o para solicitar el concurso. Si la junta no se reúne o no adopta el pertinente acuerdo, están obligados, ya individualmente, a solicitar el concurso (si existe una situación de insolvencia) o a solicitar judicialmente la disolución. Incumplidos estos deberes, el Derecho impone al administrador incumplidor de sus deberes una obligación de responder, vinculando solidariamente su patrimonio con el de la sociedad incumplidora, a resultas de las deudas sociales. La deuda es la misma, pero ex lege se sitúa otro patrimonio responsable, de suerte que el actor puede ejercitar su demanda por el todo contra cualquiera de los deudores, sin necesidad de hacer excusión de los bienes de la sociedad deudora.

22. La acción de responsabilidad por deudas es incompatible con el concurso. En contra del que fue criterio mayoritario de la jurisprudencia mercantil en los orígenes de la LC, el art. 50.2 LC, reformado por la Ley 38/2011, establece que los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior (archivo y nulidad de lo actuado). Por tanto, declarado el concurso, no cabe admitir acciones de responsabilidad por deudas, mientras el concurso no haya concluido (vid. por todas, STS 409/2013, de 20.6).

23. Advertido que la sociedad se encontraba en concurso, por providencia de 5.6.19 acordamos oficiar al juzgado de lo mercantil a fin de que informara sobre el estado del concurso de VIUCONSA y sobre las últimas actuaciones practicadas. El juzgado informó que el 5.12.13 se procedió a la apertura de la fase de liquidación, habiéndose dictado el día 26.3.14 auto aprobatorio del plan de liquidación. Tras el relato de diversas vicisitudes procesales, el juzgado informó también que con fecha de 6.6.19, se había dictado auto de conclusión del concurso, resolución que ganó firmeza. De dicha información y de sus efectos en el presente proceso, se confirió traslado a las partes, que efectuaron las alegaciones conducentes a su derecho.

24. Hemos subrayado con anterioridad la confusión que detectamos en la demanda en el ejercicio de las acciones acumuladas contra el demandado. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la sentencia entendió

ejercitada una acción de responsabilidad por deudas, que desestimó con una confusa argumentación en el último párrafo de su fundamento jurídico segundo. El recurso, como se ha dicho, inequívocamente imputa de forma autónoma este pronunciamiento, en su apartado III. En consecuencia, entendemos que ha formado parte del proceso, como acción objetivamente acumulada, la acción de responsabilidad por deudas contra el administrador demandado, con fundamento en la cita del art. 367 LSC.

25. El ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas no resultaba posible, pues al interponerse la demanda el 23.5.17, la sociedad VIUCONSA se encontraba en concurso. Existía una causa de inadmisión de una de las acciones objetivamente acumuladas en la demanda, por lo que el juzgado debió proceder en la forma que prevé el art. 73.3 LEC. Advertida esta circunstancia en el trámite del recurso de apelación, y tratándose de la aplicación de una norma procesal imperativa, de orden público, resulta procedente acordar la invalidez de las actuaciones practicadas en relación con dicho objeto procesal, que debe quedar excluido del litigio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.2 LC.

Acción individual de responsabilidad contra el administrador de VIUCONSA.

26. La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales, regulada en el art. 241 LSC, es una acción indemnizatoria cuyos requisitos de aplicación son los clásicos de esta clase de acciones: la realización de una acción u omisión antijurídica, la causación de un daño, y la exigencia de una relación causal entre la conducta y su resultado. Como es conocido, la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del TS, en línea con la mejor doctrina, ha entendido que el precepto contempla una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual al marco societario, por lo que precisa como requisitos generales de aplicación:

"i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) que el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero." (STS 5.5.2017)

27. Si la conducta antijurídica se realiza dentro del marco de las obligaciones del administrador, de su peculiar relación ("orgánica") con la sociedad, procede la acción individual. Por el contrario, si se trata de una conducta del administrador fuera de estas funciones, se opera en el ámbito del Derecho civil general. En este sentido se entienden las repetidas referencias en la jurisprudencia a la existencia de una responsabilidad propia del administrador, a una " responsabilidad orgánica", que la individualiza frente a la responsabilidad civil extracontractual. Como hemos sostenido en otro lugar, se trata de la idea de que los administradores, como órgano de gestión y representación de la sociedad, son los encargados de dar cumplimiento a normas específicas, establecidas para atender diversos intereses, y por esta razón pesan singulares deberes de diligencia y de lealtad. Desde este punto de vista, la acción individual es un contrapeso frente a los excesos a que podría conducir la tesis de la responsabilidad orgánica, de la que pudiera derivarse la errónea conclusión de que el administrador nunca responde, porque lo hace la sociedad. Existen casos en los que, por la gravedad de la conducta realizada por el administrador, puede identificarse una responsabilidad individual. No basta pues cualquier incumplimiento de norma legal o estatutaria, sino que habrá que atender " al fin de protección de la norma en relación con los daños que se tratan de evitar y las personas amparadas por la misma".

28. En su consecuencia, las pretensiones de exigencia de responsabilidad individual deben identificar personalmente en el administrador una infracción de deber de cuidado (un actuar negligente) en relación con el socio o tercero, que le exigía en el caso concreto asegurarse de que la sociedad cumplía con la norma; los grupos de casos más frecuentes que llegan a los tribunales son, como es sabido, los supuestos de asunción de deudas en situación de crisis irreversible, cierre de hecho, o incumplimientos normativos relevantes.

29. En el caso, la confusión fáctica de que adolece la demanda complica al extremo la identificación de la conducta imputada. La lectura atenta de la demanda lleva a la Sala a interpretar que la conducta imputada al administrador de Viuconsa consiste, esencialmente, en haber ocultado el concurso, permitiendo con su conducta omisiva la continuación del proceso declarativo y de los procesos de ejecución, y ya en el seno del proceso

concurzal, el hecho de no haber comunicado al administrador concurzal la existencia del litigio (el párrafo último del expositivo tercero de la demanda da fundamento a esta interpretación). Nótese que no se imputa haber contratado en situación de crisis económica (la conducta que se le exigía en el litigio era la reparación de vicios de la construcción, no el contraer obligaciones en situación de insolvencia), sino el haber solicitado el concurso sin advertir de la presencia del litigio.

30. Consideramos que esta conducta no puede dar fundamento a la acción individual de responsabilidad. La declaración de concurso no constituye una opción, sino que se trata de una obligación legal del deudor en situación de insolvencia, que no se ve obstaculizada en absoluto por la presencia de litigios pendientes. Las obligaciones del deudor a lo largo del proceso concurzal no son, en línea de principio, exigibles por los acreedores, sino que su exigencia incumbe al administrador concurzal y al juez, y se depuran a través del procedimiento de calificación, en el que, por ejemplo, el incumplimiento del deber de cooperación con el juez del concurso o con el AC, se configura como una presunción de concurso culpable. Es hecho probado que el concurso de Viuconsa fue declarado, por dos veces, fortuito, por lo que no se exigió ningún tipo de responsabilidad por incumplimientos en el concurso.

31. De otra parte, las concretas omisiones que se imputan (no haber comunicado al juez de la ejecución la existencia del concurso, no haber comunicado el crédito, o no haber comunicado la aprobación del convenio), no constituyen propiamente obligaciones del deudor, sino que se trata de hechos para los cuales la ley diseña un sistema de publicidad especial (arts. 21, 23, y 24 LC); la obligación de comunicación de los créditos es una carga de los acreedores, no una obligación legal impuesta al deudor y, en todo caso, coexiste con la obligación del administrador concurzal (art. 33, d), y 86 LC), y la publicidad del informe con la clasificación de los créditos es ajena a la actuación del deudor (art. 95 LC). La suspensión de los procesos de ejecución tampoco se configura como una obligación de éste, sino como un efecto legal derivado de la declaración del concurso (art. 50). Por tanto, no advertimos en las conductas imputadas al deudor incumplimiento orgánico alguno. Y, por agotar la argumentación, tampoco podemos seguir el razonamiento del recurrente en relación con la existencia de un vínculo causal entre las conductas omitidas y el perjuicio sufrido. La falta de satisfacción de los créditos reconocidos al demandante en la sentencia de la Audiencia de Madrid no puede imputarse directamente con la conducta incumplidora, ni siquiera con la insolvencia del deudor, pues precisamente la ley impone a éste la obligación de solicitar el concurso voluntario cuando no pueda cumplir con sus obligaciones exigibles. Otro tanto sucede con la alusión al incumplimiento de las obligaciones en relación con la contabilidad con anterioridad a la declaración del concurso, conducta carente de vinculación causal de ninguna especie con el perjuicio que la demandante considera sufrido.

32. Finalmente, la concreción de la conducta antijurídica en la actuación consistente en el reparto de dividendos, constituye un hecho nuevo, no alegado en la demanda, y que sólo surgió incidentalmente a lo largo de la fase probatoria, al incluirla en su informe el perito de designación judicial. La sentencia, -cuya sistemática y coherencia argumental nos parece todavía más reprochable que la demanda-, introduce tal hecho al final del párrafo último del fundamento jurídico segundo para desestimar una supuesta " acción de responsabilidad social por culpa" (sic), pero lo hace incorrectamente, porque tal hecho no debió formar parte del objeto del proceso en primera instancia. Al margen de ello, tampoco advertimos que la conducta consistente en el reparto de dividendos pueda constituir una acción antijurídica del administrador (en puridad, se trata de un acuerdo de la junta general de 20.1.2009, y se omite todo razonamiento que vincule tal acuerdo con el administrador demandado), ligada causalmente con el perjuicio sufrido por la demandante. En consecuencia, la acción individual de responsabilidad debe verse desestimada íntegramente.

33. La desestimación del recurso determina la imposición a la parte apelante de las costas procesales devengadas. Se decreta la pérdida del depósito constituido.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Teodora y en su consecuencia:

a) Excluimos del objeto del proceso la acción de responsabilidad por deudas contra el administrador de Viuconsa, dejando sin efecto las actuaciones relacionadas con el ejercicio de dicha acción.

b) Confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra en autos de juicio ordinario 175/2017, en relación con el resto de acciones ejercitadas, con imposición a la parte apelante de las costas devengadas en esta alzada. Decretamos la pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.