



**CIRCULAR CIVIL - MERCANTIL 15/2020**  
**18 de septiembre de 2020**

**RESUMEN Y COMENTARIOS SOBRE RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO,  
MATERIA CIVIL Y MERCANTIL**

---

**1.- Sentencia del Tribunal Supremo del 29.5.2020.- Art. 367 Ley de Sociedades de Capital: nuevo supuesto práctico referente al momento en que nace la deuda.**

El caso es el siguiente.

El 1 de junio de 2006 el Sr. Heraclio concertó con Promovelsa una permuta por la que le transmitía un solar a cambio de que, una vez construido el inmueble plurifamiliar que iba a promover, la promotora le entregara unos departamentos de dicho inmueble. Construido el inmueble y entregados el 31 de julio de 2008 estos departamentos, el Sr. Heraclio formuló una demanda contra Promovelsa por incumplimiento contractual, por la existencia de vicios o defectos en la construcción. La demanda se interpuso el 20 de marzo de 2009 y fue resuelta por sentencia firme de 2 de junio de 2011. La Sentencia condenó a Promovelsa a indemnizar al Sr. Heraclio en 80.175 euros. Tras la ejecución instada contra la sociedad, que resultó infructuosa, la deuda social fue cifrada en 104.043,71 euros.

Promovelsa cerró el ejercicio económico de 2008 con un patrimonio neto contable negativo, de - 65.802,38 euros. Valle cesó del cargo de administradora el 12 de noviembre de 2009. Erasmo, Eugenio y Claudio cesaron como administradores el 22 de noviembre de 2011.

El Sr. Heraclio interpuso una demanda frente a Erasmo, Eugenio, Claudio y Valle, en su condición de administradores de Promovelsa. Reclamaba la condena de los demandados como responsables solidarios del pago de la deuda indemnizatoria que Promovelsa tenía con el Sr. Heraclio, reconocida por la sentencia de 2 de junio de 2011. El fundamento de esta responsabilidad solidaria radicaba en que los administradores incumplieron la obligación de disolver la sociedad, estando esta incurso en causa legal, y la deuda social era posterior a la aparición de la causa de disolución.

Artículo 367 Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC): "Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que ..."

¿Cuándo nació esa deuda que Heraclio tiene contra Promovelsa?

El Tribunal Supremo: *"En el presente caso, la deuda social es una obligación de reparar vicios y defectos de la construcción, advertidos al tiempo de hacerse entrega de los departamentos, el 31 de julio de 2008. A los efectos de la responsabilidad prevista en el art. 367 LSC, podemos entender que la obligación de reparar estos vicios y defectos surgió con su aparición, al ser entregados los departamentos."*

*Esta obligación, transformada en la indemnización del coste de esta reparación, no nace ni con la Sentencia que los declara ni con el contrato de permuta, del que surgía la obligación de entrega de los departamentos construidos, sino al ser entregados los departamentos y ser advertidos los vicios y defectos, el 31 de julio de 2008."*

## **2.- Sentencia del Tribunal Supremo del 1.6.2020.- Arts. 363 y 367 LSC: "Patrimonio neto".**

En concreto la cuestión controvertida se centra en dilucidar si para determinar si existen pérdidas que sean causa de disolución de la sociedad, éstas deben reducir el patrimonio neto que reflejan las cuentas anuales de la sociedad a una cantidad inferior a la mitad del capital social, o si lo que debe quedar reducido por pérdidas a una cifra inferior al capital social es la suma del patrimonio neto y del pasivo, como resulta de la sentencia recurrida.

Art. 363.1,e) LSC:

"1. La sociedad de capital deberá disolverse: [...]

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso".

Concepto fundamental que la Sentencia reitera: para determinar qué sea el patrimonio neto y su valor hemos de acudir a la normativa contable; es decir, se trata de un concepto normativo, exclusivamente.

Art. 35.1, párrafo primero, Código de Comercio (en adelante, CCom):

"En el balance figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto".

Art. 36.1 CCom, al regular los elementos del balance, se refiere en la letra c) al "Patrimonio neto":

"c) Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo".

En el mismo sentido, Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2098): Plan General de Contabilidad, art. 4.3.

Junto al patrimonio neto, como concepto contable claramente diferenciado, figura en el apartado b) de este último precepto el de los "pasivos", que se definen así:

"b) Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones".

De acuerdo con esta normativa, para poder determinar si una sociedad se encuentra sujeta a la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e) LSC, hemos de atender a su patrimonio neto, y en concreto a si es inferior a la mitad del capital social. A estos efectos, los elementos del "pasivo" no pueden sumarse a la cifra del patrimonio neto.

El Tribunal Supremo: *"En definitiva, patrimonio neto y pasivo son masas patrimoniales claramente diferenciadas. El primero, integrado por capital, reservas y resultado del ejercicio, constituyen fuentes de financiación propias de la sociedad, externas en unos casos (capital) e internas en otros (reservas, resultado ejercicio). Refleja el valor de los bienes y derechos aportados por los socios a la compañía. El "pasivo" está integrado por obligaciones de pago a terceros y, como tales, sus elementos constituyen fuentes de financiación ajena de la sociedad. Ambas masas patrimoniales constituyen conjuntamente la estructura financiera de la sociedad, cuyo valor monetario conjunto se corresponde con el valor de la masa patrimonial que integra el activo (estructura económica de la empresa) -con arreglo a la ecuación activo = patrimonio neto + pasivo -. Lo que vale tanto como decir que el "patrimonio neto" tiene un valor monetario equivalente a la diferencia entre el valor del activo y el valor del pasivo.*

# ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

*Dicho en otros términos, el patrimonio neto constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. En términos de legalidad contable, el patrimonio neto constituye el valor o "riqueza" de los propietarios de la sociedad, es decir, la parte que correspondería a los socios una vez realizados los activos y liquidados los pasivos de la empresa.*

*Lo que genera la causa legal de disolución de la sociedad prevista en el art. 363.1,e) LSC es que el patrimonio neto, por pérdidas acumuladas, vea reducido su valor total por debajo de la mitad de uno de sus componentes (el capital)".*

### **3.- Sentencia del Tribunal Supremo del 29.5.2020.- Culpabilidad del concurso. Examen 172 bis Ley Concursal.**

Acogiendo el informe del Ministerio fiscal, la Sentencia de Primera instancia declara culpable el concurso por las siguientes razones:

i.- Al amparo de lo prescrito en el art. 164.1 de la Ley Concursal (en adelante, LC), porque sus administradores agravaron de manera gravemente negligente la situación de insolvencia de la concursada, al no haber adoptado las medidas precisas para la contención del gasto de personal ante la situación de insolvencia por la que atravesaba la sociedad en el ejercicio 2015, y por haber transferido a Grupo Everest de Comunicación S.L., matriz del grupo del que forma parte la concursada, 13.300.802,24 euros desde el ejercicio 2013.

ii.- Y al amparo del art. 164.2.1º LC, porque las cuentas anuales de la concursada incurren en graves irregularidades que impiden un conocimiento fidedigno de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

La sentencia declara a los dos administradores de Editorial Everest S.A. (Constancio y Cosme), personas afectadas por la calificación, y a la sociedad matriz (Grupo Everest de Comunicación S.L.), respecto de la conducta de traspaso patrimonial que agravó la situación de insolvencia. A continuación, impone a Constancio y Cosme una inhabilitación para administrar bienes ajenos durante dos años, y les condena a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales y contra la masa, así como *"a la cobertura del eventual déficit que resulte de las operaciones de liquidación del concurso, hasta el límite de 13.300.802,24 euros y de manera solidaria con Grupo Everest de Comunicación S.L. Y, finalmente, condenó a Grupo Everest de Comunicación S.L., en cuanto cómplice, "a la devolución de los 13.483.578,08 euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada"*.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación de Grupo Everest de Comunicación S.L., y deja sin efecto la mención a que esta sociedad matriz debía responder de forma solidaria de la condena a la cobertura del eventual déficit impuesta a los dos administradores sociales, hasta la suma de 13.300.802,24 euros.

La Sentencia analiza la evolución sufrida por el 172 y 172 bis LC para entender su significado actual. Lo principal:

# ORTEGA · CONDOMINES · ABOGADOS

- Reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo. La redacción del art. 172.1 bis modificada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, especificó que la condena "a la cobertura, total o parcial, del déficit", lo será "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia".
- El precepto no aclara qué debe entenderse por déficit: si, como sostiene la Audiencia, el que a la postre resulta de la insuficiencia de lo obtenido con la realización de los activos patrimoniales del concursado para pagar todos los créditos; o, como sostiene el recurrente, el que había al tiempo de la declaración de concurso, cuya determinación resulta de los textos que acompañan al informe de la administración concursal (el inventario del activo y la lista de acreedores). Para desentrañar qué entiende el art. 172 bis.1 por "déficit", a falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad. La causa de la responsabilidad es la generación o agravación de la insolvencia y se responde en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia.

Esta insolvencia es la que ha determinado la apertura del concurso de acreedores y por ello no es tanto la insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), como el estado en que se encuentra "el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", al que se refiere el art. 2.2 LC.

Si la insolvencia fuera el déficit patrimonial al tiempo de la declaración de concurso, entonces tendría sentido la interpretación sostenida por el recurrente, pues se respondería de la contribución a la generación o agravación de este déficit. Pero como el concepto de insolvencia, por cuya contribución a la generación o agravación se responde, no es el déficit patrimonial sino la imposibilidad de cumplir de forma regular las obligaciones exigibles, es necesario seguir indagando a qué se refiere el art. 172 bis LC cuando prevé la condena a la cobertura del déficit (total o parcial).

- La Sala, desde su Sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 609), en que por primera vez interpretamos el art. 172 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, aunque fuera para aclarar que no resultaba de aplicación a aquel caso porque la sección de calificación se había abierto antes de la entrada en vigor de esa reforma, ha declarado que conforme a la actual regulación la naturaleza de esta responsabilidad es resarcitoria:

*"la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia". Lo que hemos reiterado en la reciente sentencia 279/2019, de 22 de mayo (RJ2019, 2102), en caso en que ya era de aplicación la versión actual del art. 172 bis.1 LC.*

*De este modo, la justificación o ratio iuris de esta responsabilidad por déficit radica en la contribución a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que provocó la apertura del*

*concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos.*

*Bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide puedan ser pagados todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, responden de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución.”*

(...)

- El presente caso es muy significativo, en cuanto que si bien al tiempo de la declaración de concurso el activo contable era superior al pasivo, según corrobora el informe de la administración concursal del art. 76 LC y los anexos del inventario y la lista de acreedores, en ese activo se encuentra el crédito que la concursada tiene con su matriz (Grupo Everest de Comunicación S.L.) por las disposiciones de dinero injustificadas (por un importe total de 13.483.578,08 euros) que son las que provocaron la insolvencia, el concurso y consiguientemente, ante la falta de restitución de esas cantidades, que haya un pasivo que resulte insatisfecho con lo obtenido con la realización de todos los activos.

Es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia, mediante una conducta realizada con dolo o culpa grave, respondan de sus consecuencias, representadas por el déficit entendido como pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado, y que lo sea en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia. En este caso, por el importe de 13.300.802,24 euros y en tanto que, por haberlo previsto así el tribunal de instancia, la sociedad matriz declarada cómplice no cumpla con la condena de devolver las cantidades percibidas (13.483.578,08 euros).

#### **4.- Sentencia del Tribunal Supremo del 2.6.2020.- Derecho al honor y, sobre todo, principio de congruencia. Congruencia extra petita.**

Doña Matilde y don Rosendo interpusieron demanda contra don Pablo, doña Maite y la mercantil Federico Domenech S.A., entidad editora del Diario "Las Provincias" en solicitud de que se declarara la intromisión ilegítima en su derecho al honor por parte de los demandados y que se les condenara a indemnizar los daños y perjuicios morales causados, cuantificados en 60.000 €, todo ello por la publicación del artículo titulado "El ex marido de Matilde se cuela en la boda", en portada y páginas 4 y 5 de la sección Revista de Valencia, del Diario Las Provincias del 12 de febrero de 2017 y en la edición digital; artículo que aparecía firmado por la periodista demandada doña Maite, siendo también demandados el director del Diario Las Provincias, don Bienvenido, y la empresa editora, Federico Domenech S.A.

La Sentencia de primera instancia desestima la demanda, siendo revocada por la de la Audiencia Provincial.

El único motivo del recurso por infracción procesal se formula por la vía del artículo 469.1.2º Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 Constitución Española.

En el desarrollo del motivo se alega que la demanda versaba sobre el derecho al honor, no sobre el derecho a la intimidad, que nunca fue mencionado ni invocado; mientras que a sentencia de la Audiencia condena razonando que se ha producido vulneración del derecho a la intimidad.

Es cierto que la demanda se fundamentó en la vulneración del derecho al honor sin que se aluda a la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar. Así lo entendió el Juzgado de Primera Instancia que entendió que tal vulneración del derecho fundamental al honor no se había producido.

Sin embargo, la Sentencia recurrida fundamenta la estimación de la demanda y la condena de los demandados en la vulneración del derecho a la intimidad de los demandantes, razonando sobre la inexistencia de vulneración del derecho al honor.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 95/2005 de 18 abril (RTC 2005, 95), nos dice que:

*"...El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal.*

*El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum.*

*Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi".*

En igual sentido esta Sala, en Sentencia 816/2010, de 10 diciembre (RJ 2011, 1416), afirma que:

*"Si se denuncia la incongruencia de la Sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su "ratio". De ahí que deba ser estimado el motivo y, en consecuencia, apreciada la incongruencia que se denuncia."*

## **5.- Sentencia del Tribunal Supremo del 8.6.2020.- Novación contractual. Escrituras reconocitivas.**

Precio en escritura pública posterior inferior al hecho constar en el documento privado anterior.

La Sala, siguiendo el texto legal (art. 1203 Código Civil, en adelante CC), ha considerado que para que se aprecie la novación modificativa, no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el art. 1204 CC (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1985 y 26 de enero de 1988, y las allí citadas), pues, como señala esta última, para estimar una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla (vid. sentencia 28/2015, de 11 de febrero). Resulta ello coherente con la menor intensidad de los efectos de la novación modificativa, en la que la prior obligatio subsiste, si bien afectada por la modificación, lo que implica el mantenimiento no sólo del vínculo principal sino también la conservación de su antigüedad y de las garantías accesorias.

## **6.- Sentencia del Tribunal Supremo del 3.03.2020.- Opción de compra.**

La sentencia expone cuáles son los momentos y consecuencias respectivas de (i) de su nacimiento, (ii) el ejercicio de la facultad de optar y (iii) la consumación de la opción mediante la celebración del contrato de compraventa.

En el caso, se pactó en el contrato de opción que la concedente debía cancelar la hipoteca que gravaba la finca. Asimismo, incluye una cláusula penal, en cuya virtud, si la compraventa no puede ejercitarse por causa imputable al concedente de la opción, deberá devolver las arras duplicadas.

La Sentencia declara probado que el optante ejercitó el derecho de opción, sin que el concedente cancelase esa hipoteca, lo que impidió la consumación de la compraventa, condenándole a entregar esa suma (arras duplicadas).

Departamentos Civil, Mercantil y Procesal  
Persona de contacto: Javier Condomines Concellón  
Email: [jcondomines@ortega-condomines.com](mailto:jcondomines@ortega-condomines.com)