

CAPITULO ESPAÑA**LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL¹****INVESTIGADORES: ANA BELÉN CAMPUZANO - CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ****I. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN LA LEGISLACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL****1. La configuración del deber de lealtad de los administradores sociales****1.1. El deber de lealtad en el marco del gobierno corporativo**

El Informe de la *Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo* (14 de octubre de 2013), creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, entre las materias que consideraba necesario reformar, incluyó la relativa a los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad, al entender que eran parte del núcleo central del gobierno corporativo. Así, el referido Informe indicaba que era *necesario actualizar y reforzar su régimen jurídico. Es una vieja asignatura pendiente. De hecho, el Código Unificado recomendó al Gobierno, ya en el año 2006, reformar el régimen de responsabilidad de los administradores al objeto de hacerlo más severo y eficaz, a cuyo efecto preveía (en la recomendación al Gobierno número 6, contenida en su anexo II), la adopción, entre otras, de las siguientes medidas: (i) Una tipificación más precisa de los deberes de lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés. (ii) La extensión de los deberes de lealtad, y de su régimen de responsabilidad, a los accionistas de control, así como a los administradores de hecho, incluidos los ocultos. (iii) La legitimación directa de los accionistas para el ejercicio de la acción de responsabilidad por deslealtad; se podía configurar, tal vez, como un “derecho de minoría”. (iv) El establecimiento de un trámite de admisión de la demanda, de forma que el juez pueda rechazar aquellas que entrañen abuso de derecho. (v) La elevación de las sanciones, de forma que incluyan en todo caso la devolución del enriquecimiento injusto. Ninguna de ellas ha sido adoptada hasta el momento, aunque es cierto que buena parte han tenido cabida en la Propuesta de Código Mercantil, cuyas previsiones en este terreno (artículos 215-7 y siguientes) representan una mejora sustancial del régimen de los deberes de los administradores y de las condiciones precisas para la exigencia de responsabilidad.*

Y añadía, al referirse al deber de lealtad, que *como contrapunto necesario de las garantías introducidas en el ámbito del deber de diligencia, la Comisión de Expertos considera que es urgente y necesario reforzar el régimen del deber de lealtad (...), con el fin de subsanar ciertas insuficiencias que se han advertido en su regulación: (i) en la tipificación y sistematización de las conductas desleales; (ii) en la identificación de los destinatarios de los deberes de lealtad; (iii) en el volumen de las sanciones aplicables; y (iv) en los cauces previstos para exigir las correspondientes responsabilidades. De este modo, se contribuirá a incrementar la eficacia de este capítulo fundamental de la regulación societaria tanto en el plano de la orientación de las conductas como en el plano sancionatorio, todo ello en línea, también, con algunas indicaciones de la Propuesta de Código Mercantil. En particular, además de consignar una fórmula más adecuada para el deber*

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación “Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa”. DER2015-71210-R (MINECO/FEDER, UE), concedido por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad (IP. Ana Belén Campuzano).

genérico, parece preciso, en primer lugar, ordenar y describir adecuadamente las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad, completando el catálogo actual -sobre todo en materia de conflictos de interés- con base en la experiencia doctrinal y comparada, así como reglamentar adecuadamente el régimen de dispensa de las prohibiciones; en segundo lugar, es conveniente extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen también los denominados administradores ocultos; en tercer lugar, se debe ampliar el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción (se trata de una vieja previsión ya contenida en el Código de Comercio para algunos casos paradigmáticos de violación del deber de lealtad, que ahora se generaliza a todos los supuestos). Esta previsión se completaba, en sede de responsabilidad de los administradores, con propuestas que se indicaba se encaminan, básicamente, a extender el régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y a facilitar la interposición de la acción social de responsabilidad, reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a que se pronuncie sobre ello la junta general.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, acoge estas consideraciones y refuerza el régimen del deber de lealtad y la responsabilidad por su infracción, que considera imperativo, sin admitir las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo (art. 230.1 LSC)².

² Vid. ROJO – BELTRÁN (Dirs), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., Valencia, 2016; EMPARANZA SOBEJANO (Dir), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Madrid, 2016.

Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre y 22 de diciembre de 2015 y de 8 de marzo de 2016, señalan que "Las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, introducidas por la Ley 31/2014, por lo que se refiere a los administradores, establece novedades importantes en la regulación del estatuto jurídico del administrador (sus funciones, deberes, responsabilidad y retribución), así como en la organización del consejo de administración al objeto de contribuir al correcto funcionamiento del mismo. Esas novedades son todas ellas cuestiones de gran trascendencia para asegurar el buen gobierno de las sociedades. El objetivo principal ha sido reforzar la regulación y adecuarla a estándares de jurisdicción comparables y, además, en el caso de las sociedades cotizadas, adecuarlas a algunas de las exigencias de los inversores institucionales. (...). En cuando al deber de lealtad de los administradores, la Ley de reforma 31/2014 refuerza su régimen afirmando expresamente su carácter imperativo: "El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo " (art. 230.1 LSC). Y aunque se mantiene, mejorándola, la técnica de establecer una "cláusula general" y sistematizar un "catálogo de obligaciones básicas" derivadas de dicho deber, se modifica el régimen hasta ahora vigente para subsanar ciertas deficiencias detectadas en su aplicación: -1) reformulándose la definición del deber genérico: " Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad " (art. 227.1 LSC). -2) incrementándose el detalle en la caracterización de las conductas desleales, completando el catálogo actual (especialmente en materia de conflictos de interés), y repartiendo el contenido de los anteriores artículos 227 a 230 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital en dos grupos: i) las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (nuevo artículo 228 LSC) y ii) el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (nuevo artículo 229 LSC): i) Entre las primeras se incluyen, por ejemplo, el tradicional deber de secreto, la abstención de voto en caso de conflicto de intereses y la actuación independiente sin injerencias de terceros. ii) En el punto segundo, se mantiene el deber de abstenerse de aprovechar las oportunidades de negocio de la sociedad o de competir con ella, a la vez que se tipifican expresamente otros comportamientos que han de ser evitados. -3) reglamentándose el régimen de dispensa de las obligaciones asociadas al deber de lealtad (art. 230.2 LSC), pues la sociedad podrá dispensar, caso a caso, cualquiera de las conductas no permitidas asociadas al deber de lealtad que recoge el nuevo artículo 229 referido al deber de evitar situaciones en conflicto de interés: la dispensa la podrá otorgar el órgano de administración, siempre que se garantice la independencia de los administradores que la conceden respecto del administrador dispensado, que sea inocua para el patrimonio social o, en su caso, que se realice en condiciones de mercado, y la transparencia del proceso. No obstante, en los casos más relevantes, enumerados en el artículo 230.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la dispensa deberá ser otorgada por la junta. En particular se reserva a la junta en exclusiva la autorización específica a los administradores para

1.2. El deber de lealtad y el interés social

El deber de lealtad impone a los administradores la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC). Como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012*, dado el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación. A ello añade el precepto, al determinar el parámetro general de conducta del administrador social, la exigencia de actuación en el mejor interés de la sociedad. El deber del administrador de actuar como un representante leal en el mejor interés de la sociedad -el interés social- implica la obligación del desempeño del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros.

La cuestión posee especial relevancia en el supuesto de grupo de sociedades, en lo que se ha denominado el interés del grupo. Aborda esta cuestión la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017*, invocando la doctrina jurisprudencial ya recogida en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015*, aunque sin desconocer que el supuesto enjuiciado, el de sociedad unipersonal en la que el socio único es la sociedad matriz del grupo y el administrador es también la propia sociedad matriz-socio único, es realmente singular en lo que respecta a la configuración del deber de lealtad del administrador. Y, en ese contexto, la situación del administrador socio único se compagina de manera problemática con el entendimiento de los deberes del administrador social como deberes “fiduciarios”, concreciones de una obligación básica o genérica que le incumbe como gestor de intereses ajenos y que consiste en realizar el interés social o, siguiendo la dicción del artículo 227.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, obrar “en el mejor interés de la sociedad”. Por ello, la sentencia reconoce que el supuesto de sociedad unipersonal en que el administrador es el socio único no es el más adecuado para delimitar conceptualmente el deber de lealtad del administrador social y menos aún para resolver la controversia entre la concepción contractualista y la institucionalista del interés social que determina el deber de lealtad del administrador social³. En todo caso, la citada sentencia afirma que el deber de lealtad del administrador de la sociedad filial viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo. En concreto, no viene referido al interés de la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar “interés del grupo”. La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus particulares objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado. El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo. Y afirma, igualmente, que el hecho de que la decisión del administrador beneficie a la mayoría social, incluida

realizar actividades competidoras, aunque la obligación de no competencia con la sociedad sólo podrá ser objeto de dispensa cuando no quepa esperar daño para la sociedad o el daño esperable se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse (art. 230.3 LSC)”.

³ Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 y de 17 de enero de 2012*.

la sociedad matriz cuando esta es titular de la mayoría del capital social, no excluye la posibilidad de que haya infringido el interés social y, por tanto, su deber de lealtad⁴.

Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales. Y ese equilibrio, afirma la doctrina del Tribunal Supremo, puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad⁵.

1.3. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad

En el diseño de la Ley de Sociedades de Capital se recogen lo que se denominan obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (art. 228 LSC). En la medida en que el régimen del deber de lealtad es imperativo, no resultan válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, lo que si se prevé expresamente es la dispensa en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias de algunas de estas prohibiciones. En concreto, se prevén dispensables algunas -no todas- de las obligaciones impuestas al administrador para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (arts. 228 e) y 229.1, salvo art. 229.1.b) LSC). No pueden considerarse dispensables, por el contrario, la mayoría de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (arts. 228 a), b), c) y d) LSC). Esa es la interpretación que se deriva de la literalidad legal que, tras contemplar las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (art. 228 LSC), con especial atención al deber de evitar situaciones de conflictos de interés (art. 229 LSC), dispone la naturaleza imperativa de este régimen, no admitiendo disposiciones estatutarias

⁴ La *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017* recuerda, a este respecto, que la normativa societaria prevé como una de las causas de impugnación de los acuerdos sociales la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC). Teniendo en cuenta que los acuerdos sociales han de adoptarse por mayoría que, en el caso de los acuerdos de la junta de socios, será la mayoría del capital social, y en ocasiones se exige incluso una mayoría cualificada para la aprobación del acuerdo, el hecho de que pueda considerarse contrario al interés social un acuerdo adoptado por la mayoría del capital social muestra que el interés social no es necesariamente el interés de la mayoría del capital social.

⁵ Detalla la *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015*, que “tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial). Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a “sinergias” o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real, aunque sí pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial, como pueden ser las inherentes a una cesión de clientela. En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial. Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder”.

limitativas o contrarias (art. 230.1 LSC), pero admite posibles dispensas en casos singulares autorizados respecto a los supuestos previstos en el artículo 229, referido al deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 230.2 LSC). El precepto legal no extiende esta posible dispensa respecto a las obligaciones establecidas en el artículo 228 (excepción hecha de la contenida en la letra e) del artículo 228 -el deber de evitar situaciones de conflicto de interés- que es precisamente desarrollada en el artículo 229, al que si, con carácter general -que no absoluto- se extiende el régimen de dispensa singular autorizada).

En el ámbito de lo que la Ley de Sociedades de Capital denomina obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (art. 228 LSC), en particular, éste obliga al administrador a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. Las facultades derivadas de las competencias de gestión y representación que corresponden a los administradores de las sociedades de capital (art. 209 LSC), han de ser ejercidas para desarrollar las actividades precisas para la consecución del objeto y fin social, de manera que, en particular, los administradores no pueden ejercer sus facultades para la consecución de intereses particulares o de terceros. En todos los casos de utilización de las facultades para fines distintos hay una infracción del deber de lealtad, ya que el administrador deja de actuar como un representante leal en defensa del interés social.

También se exige al administrador guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. La dicción legal incluye informaciones, datos, informes o antecedentes, aunque es lógico entender que el deber de secreto recaiga sobre aquellos de carácter confidencial a los que se ha tenido acceso en el desempeño del cargo. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011* determina que para que exista deber de confidencialidad es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: "1) Que la información de cualquiera que sea su naturaleza -datos, informes o antecedentes- sea confidencial. 2) Que el conocimiento de la información se haya adquirido "como consecuencia del ejercicio" del cargo, aunque no necesariamente "en el ejercicio" del mismo. 3) Que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo para el interés social". Y añade que para que se vulnere el referido deber de confidencialidad es preciso: " 1) Que la información se comunique o divulgue a terceros. 2) Que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado"⁶. La obligación de guardar secreto, incluso tras el cese del administrador en el cargo, se excepciona en aquellos casos en que la ley lo permita o requiera. Así, las excepciones afectan a aquellos supuestos en los que legalmente se permita su comunicación o divulgación a terceros y en los que se imponga la remisión de dicha información a la autoridad judicial o de supervisión.

Además, el administrador debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluyen de esta obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. La previsión recoge el deber de abstención inherente a la condición de administrador -que se extiende a las personas vinculadas (art. 231 LSC)- y que se encuentra relacionado con el artículo 190.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, que prohíbe al socio -simultáneamente administrador- el ejercicio del derecho del voto correspondiente a sus acciones o participaciones, cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto

⁶ Vid. también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993*, que señala que las conductas que comportan una violación del deber de secreto por parte de los sujetos obligados son dos: la comunicación de la información confidencial a terceros, y la divulgación de la información confidencial.

dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, conforme al régimen establecido de imperatividad y dispensa (art. 230 LSC). El deber de abstención abarca tanto los conflictos de intereses directos como indirectos, aunque se excluye cuando el conflicto afecta al administrador en su condición de tal, como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración, como miembro de una comisión del consejo o su destitución como consejero delegado, u otros de análogo significado⁷.

Igualmente, se impone al administrador el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, se establece que ha de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Lo relevante de este deber es que lo que se exige al administrador en cumplimiento de su deber de lealtad es adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. Este deber, aunque se contempla como obligación básica derivada del deber de lealtad en la letra e) del artículo 228, se desarrolla específicamente en el artículo 229.1, que contempla actuaciones en particular que el administrador debe abstenerse de realizar. Éstas son las obligaciones -salvo la prevista en la letra b) del artículo 229.1- que pueden dispensarse en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias (art. 230.2 LSC). En efecto, la sociedad podrá dispensar algunas de estas prohibiciones en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada (en puridad, la autorización debe ir referida al administrador, ya que es él quien tiene el deber de lealtad).

En todo caso, estas previsiones resultan aplicables tanto si el beneficiario de estos actos o actividades prohibidas es el administrador, como si lo es una persona vinculada a él (art. 231 LSC). El régimen de personas vinculadas a los administradores no es sólo exigible a las abstenciones impuestas al administrador como consecuencia de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, sino que su alcance se predica, cuando resulte aplicable, respecto a todo el régimen del deber de lealtad. Así se deduce no sólo de la referencia a las personas vinculadas que se incluye en el artículo 228 c), sino, sobre todo, de que el precepto que las regula indica expresamente que tendrán esa consideración, a efectos de los artículos anteriores. En este sentido, el administrador infringe el deber de lealtad tanto si el beneficiario por los actos o conductas prohibidas es él, como si es una persona vinculada a él. Las personas vinculadas al administrador persona física son el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad; los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador; los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador; y las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones de existencia de un grupo contempladas en el Código de Comercio (art. 42.1 CCom). En el enjuiciamiento de un supuesto sujeto a la legislación anterior de sociedades de responsabilidad limitada -que no contenía una previsión al efecto- la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017*, tomando como orientación las previsiones de personas vinculadas al administrador persona física, afirma que se prohíbe al administrador instrumentalizar a dichos sujetos como

⁷ La *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016* establece que “el precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. en la redacción actual de la ley, también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible”.

personas interpuestas o dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas. Por su parte, las personas vinculadas al administrador persona jurídica son los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones de existencia de un grupo contempladas en el Código de Comercio (art. 42.1 CCom); los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica; las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios; y las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores⁸.

Además, se prevé expresamente que los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. La obligación de comunicación, manifestación del deber de lealtad, es exigible no sólo ante los conflictos de intereses directos, sino también en los casos de conflictos indirectos⁹. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria que integra las cuentas anuales (arts. 229.3 y 259 LSC).

En particular, las actuaciones que el administrador debe abstenerse de realizar, como concreción de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, son en primer lugar, abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. La prohibición impide al administrador realizar transacciones con la sociedad -término deliberadamente amplio- por el conflicto que ello suscita entre el interés de la sociedad y el interés del administrador¹⁰, salvo que se trate de operaciones ordinarias hechas en

⁸ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2016*, sostiene que "(i) La regulación del Derecho de sociedades de capital otorga progresivamente un mayor poder de gestión autónoma a los administradores de las mismas y, correlativamente, va restringiendo para los socios la posibilidad de inmiscuirse en la gestión ordinaria de su sociedad. Estos sólo cuentan con instrumentos secundarios para el control de tal gestión, como el derecho de información en las juntas o la posibilidad de acciones de responsabilidad. (ii) En contrapeso de aquellos poderes de gestión, la normativa societaria impone a los administradores una serie de comportamientos, tanto activos como omisivos, que se reconducen a la rígida observancia de dos deberes, el de diligencia en la gestión social, y el de lealtad hacia la sociedad. Tal deber de lealtad, artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo art. 226) impone al administrador velar en todo caso por el interés social, y anteponerlo siempre al interés del propio administrador o de terceros. (iii) Del citado deber de lealtad deriva la debida abstención por el administrador de aprovechar para sí o para terceros oportunidades de negocio que le son ofrecidas como administrador de la sociedad (antiguo art. 228 TRLSC), o evitar situaciones de conflicto de intereses, suyos o de personas relacionadas con él, en la adopción de decisiones sociales o en la contratación por la sociedad (art. 229 TRLSC). (iv) En tal marco legal, cobra sentido el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual delimita el círculo de personas relacionadas con el administrador, a fin de servir de norma de remisión para aquellos preceptos que establecen para el administrador una infracción del deber de lealtad, por anteponer al interés de la sociedad, aquel otro materializado en su persona o en aquellas especialmente relacionadas con el mismo. (v) De ahí derivará el reproche jurídico que proceda para el administrador, único sujeto que quebranta el deber de lealtad aparejado al cargo que desempeña, que es lo que permite el artículo 231. Pero tal precepto no alcanza a extender, no ya los efectos previstos para el propio administrador en normas que responden a aquella infracción de un deber personal del mismo, sino efectos completamente distintos de los recogidos en esa clase de normas, y prevenidos en otros ámbitos de la regulación societaria, como es la formación del estatuto de socio".

⁹ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016*.

¹⁰ Respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley de Sociedades de Capital contiene otras prohibiciones específicas de autocontratación. Así sucede en relación con la concesión por la propia sociedad de asistencia financiera a sus administradores (art. 162.1 LSC) y respecto al establecimiento o modificación de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y sus administradores (art. 220 LSC). En ambos casos, para su realización, deberá otorgarse autorización por la junta general.

condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia. La autorización para su dispensa deberá ser necesariamente acordada por la junta general si afecta a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En segundo lugar, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador a abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. Así, los actos de explotación de la condición de administrador, o de cualquiera de los elementos a los que la misma da acceso, realizados por el administrador con fines privados deben considerarse prohibidos cuando son utilizados por el administrador para la satisfacción de un interés distinto al interés de la sociedad. Esta situación no debe considerarse dispensable en casos singulares, por no encontrarse entre el elenco de prohibiciones a los que se confiere esta posibilidad.

En tercer lugar, también debe el administrador abstenerse de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. La autorización para su dispensa podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En cuarto lugar, el administrador tiene vedado aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, se entiende, en beneficio personal¹¹. Como en el supuesto anterior, la autorización para su dispensa podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En quinto lugar, el administrador está obligado a abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. En este caso, la autorización para su dispensa deberá ser necesariamente acordada por la junta general.

Por último, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador, a abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. La previsión contempla dos supuestos distintos. De un lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad. De otro lado, desarrollar

¹¹ La *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012* señala que "(...) el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad - en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación - determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe (...). Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido (...). Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad".

actividades por cuenta propia o cuenta ajena que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Esta obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. A instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

2. Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad

El régimen relativo a la responsabilidad por la infracción del deber de lealtad es imperativo, en tanto en cuanto no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo (art. 230.1 LSC) y se caracteriza por la amplitud de acciones previstas (arts. 227.2 y 232 LSC). De un lado, se enuncia, de forma general, al establecer el deber genérico de lealtad de los administradores, que la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227.2 LSC). De otro lado, como cierre del régimen legal establecido para el deber de lealtad, se incorpora una previsión específica referida a las acciones derivadas de su infracción, que, de forma expresa, determina que el ejercicio de la acción de responsabilidad por daños contra los administradores (arts. 236 y ss LSC), no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad (art. 232 LSC). Es evidente, por tanto, que la decisión legislativa ha sido la de ampliar significativamente las acciones susceptibles de interponerse como consecuencia de la infracción del deber de lealtad del administrador, de forma que a la tradicional previsión de ejercicio de acciones de responsabilidad por daños, se suma un elenco de acciones que permita actuar ante cualquier infracción del deber de lealtad.

El precepto parte, en todo caso, de la posible interposición de acciones de responsabilidad por daños contra los administradores. Si la actuación del administrador ha causado un daño al patrimonio social, procede el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Si el daño se ha causado al patrimonio individual de un socio o de un tercero, procede el ejercicio de la acción individual. La distinción entre acción social y acción individual de responsabilidad se establece expresamente en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, que al referirse a la acción individual de responsabilidad establece que la responsabilidad directa de los administradores frente a socios y terceros sólo será exigible cuando se trate de actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. El objeto de la acción social es restablecer el patrimonio de la sociedad, mientras que el de la acción individual es reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros¹².

En el ámbito que ahora nos ocupa, procede destacar dos aspectos. El primero de ellos, el reconocimiento de legitimación directa a los socios para la interposición de la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad. Para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores la Ley de Sociedades de Capital establece la acción principal o primera, que corresponde a la junta general previo acuerdo. Ahora bien, para evitar el desamparo de los socios, y atemperar posiciones de la junta que pudieran resultar abusivas y contrarias a los intereses generales por deliberada omisión, se otorga legitimación a los socios para promover la acción social de responsabilidad (*Sentencia del Tribunal*

¹² Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2016, 14 de marzo de 2007 y 4 de noviembre de 1991.*

Supremo de 30 de noviembre de 2000). En efecto, se recoge la legitimación de la minoría, que, en un primer momento, se configuraba como subsidiaria, término que incluso se incorporaba en el enunciado del precepto. Así, esta denominación plasmada en la rúbrica del artículo 239 de la Ley de sociedades de capital no podía sino entenderse como reconocimiento a los socios de legitimación para interponer la acción social de responsabilidad, pero con carácter subsidiario. La acción de responsabilidad que correspondía a los socios se contemplaba con carácter subsidiario y siempre para reintegrar el patrimonio de la sociedad. La legitimación de la minoría se reforma sustancialmente en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo que recoge dos situaciones distintas. La primera, permitiendo que puedan el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, es decir, el 5% del capital social, entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social, en tres circunstancias. En primer lugar, cuando los administradores no convocan la junta general solicitada a tal fin. Lo que se requiere es que no se haya llevado a cabo la convocatoria de la junta o, más correctamente, la celebración de ésta válidamente sin previa convocatoria. La ausencia de convocatoria —válida— o la celebración de junta sin convocatoria en los casos en los que ello es posible da entrada a la legitimación de la minoría. En segundo lugar, cuando la sociedad no entabla la acción de responsabilidad en el plazo de un mes, desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo. El dato relevante en esta circunstancia es el transcurso del tiempo. En particular, en este caso, que haya transcurrido un mes desde la fecha de adopción del acuerdo de la junta general de entablar por la sociedad la acción de responsabilidad contra los administradores. Y, finalmente, cuando el acuerdo de la junta haya sido contrario a la exigencia de responsabilidad. En este supuesto, la situación prevista es la no adopción del acuerdo por la junta general para entablar por la sociedad la acción de responsabilidad contra los administradores. O más concretamente que la decisión de la junta general ha sido contraria a la exigencia de responsabilidad. En definitiva, esta primera vía mantiene el carácter subsidiario, ya que podrán hacerlo cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Junto a ella, la segunda vía la convierte en una acción directa, ya que el socio o los socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Fuera de estos supuestos debe entenderse que la minoría no está legitimada para entablar la acción. Así, sólo se contempla su ejercicio directo en caso de infracción del deber de lealtad, y el resto de los supuestos mantiene el carácter subsidiario. Además, aunque la junta general sí puede transigir y renunciar al ejercicio de la acción, se entiende que no cabe hacerlo cuando el proceso lo instan los socios en cuanto a los derechos que corresponden a éstos. Así, el mismo porcentaje, el 5% del capital social, es el requerido para que los socios puedan entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social en los supuestos previstos (art. 239.1 LSC) y para que los socios se opongan a que la junta general transija o renuncie al ejercicio de la acción (art. 238.2 LSC). Finalmente, se establece que la estimación de la demanda, total o parcialmente, supondrá la obligación de la sociedad de reembolsar al socio o socios demandantes los gastos necesarios en que hubieran incurrido -con los límites previstos en la Ley de enjuiciamiento civil- salvo que ya hayan obtenido ese reembolso o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional (art. 239.2 LSC).

El segundo aspecto reseñable incide en los criterios de coordinación que la Ley Concursal establece, en caso de concurso, respecto a las acciones de responsabilidad contra los

administradores previstas en la Ley de Sociedades de Capital. En el supuesto de ejercicio de acciones de responsabilidad por daños por infracción del deber de lealtad por parte del administrador social, debe recordarse que algunas de estas acciones alterarán su funcionamiento si ya interpuestas o, en el momento de decidir su interposición, la sociedad se halla en concurso de acreedores. En efecto, la Ley Concursal no sólo contempla la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC)¹³, sino que desde la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, contempla reglas de coordinación expresas con las acciones de responsabilidad de administradores establecidas en el derecho de sociedades. Así, en cuanto a la responsabilidad de los administradores por daños (arts. 236 a 241 bis LSC)¹⁴ ha de diferenciarse entre acción individual y acción social de responsabilidad. La acción individual no se modifica expresamente con el concurso de acreedores (al no existir coincidencia entre ambas no se considera que deban fijarse reglas legales expresas de coordinación entre las mismas). La acción social de responsabilidad que estuviera ya interpuesta antes de la declaración de concurso, se acumulará de oficio al concurso de acreedores, siempre que se encuentre en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista (art. 51.1 II LC). Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad (art. 48 quáter LC) de las que conocerá el juez del concurso (art. 8-7º LC). El régimen jurídico previsto para la coordinación entre estas acciones se cierra con la relativa a la interrupción de la prescripción: desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de estas acciones, incluyendo las acciones cuyo ejercicio quede suspendido por aplicación de la Ley Concursal. El cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso (art. 60 LC).

II. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. La calificación concursal

¹³ Con el nombre de responsabilidad concursal se conoce aquel efecto de la sentencia de calificación limitado a los concursos de personas jurídicas cuya solución sea la liquidación, sometido a la apreciación judicial en cuanto a las personas afectadas y al grado de su responsabilidad en la generación o en la agravación de la insolvencia, por el que se condena a los administradores, liquidadores o apoderados generales causantes de la insolvencia o a los socios que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos del artículo 165.2 a cubrir, total o parcialmente, el déficit resultante del concurso de acreedores (*Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011; 17 de noviembre de 2011; 21 de marzo de 2012; 21 de mayo de 2012; 19 de julio de 2012; 16 de julio de 2012. Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2018*). Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. Se trata, pues, de un efecto específico del concurso culpable que recaerá sobre aquellos administradores –o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales– o bien sobre los socios en determinadas circunstancias que hayan sido considerados previamente en la propia sentencia personas afectadas por la calificación. La cuantía de la condena dependerá, por ello, del comportamiento de la persona condenada. En caso de pluralidad de administradores o socios condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno: En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (art. 172 bis 1.III LC).

¹⁴ Por lo que respecta a la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 367 LSC), declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado estas acciones de reclamación (art. 51 bis 1). Y, para aquellas acciones que pretendan presentarse ya declarado el concurso, se establece que los jueces de lo mercantil no las admitirán a trámite y, de admitirse, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (art. 50.2).

1.1. El diseño legal de la sección de calificación

La calificación del concurso se configura como la sección del proceso concursal legalmente prevista para establecer, en los casos que la propia Ley determina, los efectos civiles de la responsabilidad por la generación o la agravación de la insolvencia en la que pudieran haber incurrido el concursado, sus representantes legales y sus administradores —o liquidadores— así como, en su caso, los cómplices¹⁵. La calificación no constituye ya una sección necesaria del procedimiento, ya que no procede su formación cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo por tales las clases de acreedores privilegiados recogidas en la lista elaborada por la administración concursal (art. 94.2 LC), una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido. Esta opción legal no puede ser desconocida por el juez del concurso: si el deudor consigue la aprobación judicial de un convenio con quitas o esperas inferiores a los referidos límites legales, no se formará la sección de calificación, lo que constituye un poderoso estímulo para que inste su propio concurso cuando sea todavía posible una satisfacción de los créditos en grado razonable, aunque, como es lógico, corresponderá a los acreedores decidir si aceptan el referido convenio o prefieren otra solución que consienta formar la sección de calificación. Todo ello se entiende, además, sin perjuicio de que la sección de calificación haya de formarse precisamente como consecuencia del fracaso del convenio que determine la apertura de la fase de liquidación (arts. 142 y 143 LC).

La calificación del concurso no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito (art. 163.2 LC, que reitera la regla ya proclamada en el Código Penal). Con esta regla se quiere poner de manifiesto la plena autonomía de la jurisdicción penal respecto de la calificación del concurso. En realidad, la insolvencia como tal no es objeto de represión penal, aunque será posible su consideración criminal cuando, en razón de las circunstancias, pueda ser subsumida en algunos de los tipos penales de las insolvencias punibles (arts. 259 a 261 CP). En sentido contrario, se establece que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de su tramitación (art. 189 LC). No obstante, ante la solicitud de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por parte del deudor persona natural (178 bis LC), cuando existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión hasta que exista sentencia penal firme. La independencia de la calificación concursal y de la penal y la circunstancia de que los efectos de la calificación del concurso sean primordialmente jurídico-privados permiten afirmar que la calificación persigue la misma finalidad del concurso: la satisfacción de los créditos. Ahora bien, la calificación cumple también una función sancionadora, de carácter civil, consistente en apartar temporalmente del tráfico a quienes causen o agraven una insolvencia. Así, la sentencia que califique el concurso como culpable determinará las personas afectadas por la calificación, y, en su caso, las declaradas cómplices, produciéndose sobre ambas efectos civiles muy importantes de carácter sancionador y patrimonial (arts. 172 y 172 bis LC).

La calificación del concurso como culpable se producirá cuando la insolvencia haya sido generada o agravada con dolo o culpa grave por el deudor o, si los tuviere, por sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, por sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho o

¹⁵ Vid. ROJO – CAMPUZANO (Dirs), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013; MACHADO, *El concurso de acreedores culpable (calificación y responsabilidad concursal)*, Pamplona, 2006; PÉREZ BENITEZ, «Problemas procesales de la calificación del concurso», *ADCo*, 14 [2008-2], pág. 149 y sigs; SANCHO GARGALLO, «La calificación del concurso», en AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, Pamplona, 2005, pág. 545 y sigs; SARAZÁ, «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *ADCo*, 10 (2007), pág. 229 y sigs.

apoderados generales -en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso- así como de sus socios conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal (arts.164.1 y 165.2 LC). Se precisa, pues, la concurrencia de dos elementos: un elemento objetivo, consistente en la generación o en la agravación de la insolvencia y un elemento subjetivo, de modo que ese resultado ha de haberse producido actuando con dolo o con culpa grave.

Las evidentes dificultades para demostrar que la insolvencia ha sido causada o agravada con dolo o con culpa grave explican que se utilice la técnica de las presunciones, opción legal que la jurisprudencia —anterior a la Ley Concursal— ha considerado compatible con la presunción de inocencia establecida constitucionalmente (art. 24 CE; *Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre y de 10 de diciembre de 1985*). Las presunciones establecidas legalmente tienen diferente estructura. En unos casos, constituyen presunciones iuris et de iure de concurso culpable, es decir, se trata de hechos cuya simple concurrencia conduce a calificar necesariamente el concurso como culpable (art. 164.2 LC). En otros casos, constituyen presunciones iuris tantum de concurso culpable, es decir, hechos cuya concurrencia permite calificar el concurso como culpable, salvo que se aporte la prueba en contrario, esto es, la falta de concurrencia del elemento objetivo o del elemento subjetivo (art. 165 LC). Inicialmente, estas últimas presunciones eran de dolo o culpa grave, pero la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, vino a aclarar que se trataba de una presunción de culpabilidad del concurso, de forma que, salvo prueba en contrario, habrá que considerar que los actos indicados legalmente han generado o agravado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor. El Tribunal Supremo ha afirmado que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del artículo 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1 de la Ley Concursal. Así, afirma que contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción iuris tantum, que permite prueba en contrario, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia. La actual redacción del precepto, realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, elimina las dudas que pudieran existir sobre esta cuestión, al prever que cuando concurren las conductas descritas “el concurso se presume culpable”¹⁶.

1.2. Las presunciones iuris et de iure

Las presunciones iuris et de iure constituyen verdaderos hechos de concurso culpable, en el sentido de que su mera concurrencia determinará la calificación del concurso como culpable. Por su propia naturaleza fáctica, será facultad privativa del juez *a quo* afirmar o negar su concurrencia a la vista de las actuaciones practicadas. Naturalmente, será necesario que el hecho considerado se impute o pueda imputarse al concursado o a su representante legal o a sus administradores -o liquidadores-, lo que obedece a elementales exigencias constitucionales, si bien sólo será necesario probar la existencia de alguno de esos hechos, correspondiendo al concursado evitar las consecuencias de tal prueba mediante la acreditación de que el hecho no le puede ser imputado¹⁷.

¹⁶ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017*. Esta doctrina se encuentra, entre otras, en las *Sentencias del Tribunal Supremo 20 de abril, 26 de abril, 21 de mayo y 19 de julio de 2012; 1 de abril de 2014; 7 de mayo y 1 de junio de 2015*.

¹⁷ Como señala la *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017* “El artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los

El primer hecho de concurso culpable afecta sólo a los concursados que se encuentren legalmente obligados a llevar contabilidad, y, en realidad, acoge tres conductas distintas: el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión en la contabilidad de alguna irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. La llevanza de doble contabilidad es suficiente para calificar el concurso como culpable, aun en el caso de que reflejara fielmente la situación patrimonial del concursado. Respecto a las otras dos conductas, que no siempre será sencillo deslindar, no se requiere tampoco la prueba de la concurrencia de un resultado perjudicial, sino un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad o una irregularidad relevante para la comprensión de la situación económica del concursado¹⁸. El incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, que constituye hecho de concurso culpable, debe distinguirse de la omisión de la formulación en plazo de las cuentas anuales o de la preceptiva verificación contable o del necesario depósito de las cuentas anuales en cualquiera de los tres últimos años, que constituyen presunciones iuris tantum de culpabilidad en la generación o agravación de la insolvencia (art. 165.1-3º LC).

El segundo hecho es el supuesto en que el concursado hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento o hubiera acompañado o presentado *documentos falsos*. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016*, siguiendo las resoluciones de algunos tribunales de instancia, ha considerado que la inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación. Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal, se ha considerado que es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso

siguientes supuestos: (...)). Esta expresión «en todo caso» no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (en este sentido, *Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011; 21 de mayo de 2012; 17 de septiembre de 2015; 17 de septiembre de 2015; y 22 de abril de 2016*)”.

¹⁸ La *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2017* señala que al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior. Añade la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017* que cuando el artículo 164.2.1 de la Ley Concursal habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad. Y matiza que el artículo 164.2.1.º de la Ley Concursal no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas.

ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de esa específica causa de culpabilidad (art. 164.2.1º LC). Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio¹⁹.

El tercer hecho lo constituye la apertura de la fase de liquidación que sea acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado (art. 143.1-5º LC). La delimitación legal del supuesto de hecho requiere excluir de la presunción todos aquellos supuestos en que la apertura de oficio de la fase de liquidación se produzca por cualquier otro motivo que no sea el incumplimiento del convenio (art. 143 LC), aquellos en los que la apertura de la fase de liquidación no se produzca de oficio sino a petición del propio deudor (art. 142.2.I LC) o de un acreedor (art. 142.2.II LC), por imposibilidad de cumplimiento del convenio, y, en fin, aquellos casos en los que exista incumplimiento del convenio, pero no sea imputable al concursado.

El cuarto hecho contempla dos conductas distintas. La primera, consiste en el alzamiento de la totalidad o de parte de los bienes en perjuicio de sus acreedores, concepto que será necesariamente más amplio que el del derecho penal. La segunda, es la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo ya trabado o por practicar en cualquier clase de ejecución. Esta segunda conducta no puede entenderse en su significado literal y, por tanto, no incluirá aquellos supuestos en los que el concursado hubiera manifestado su oposición o formulado su contestación a la demanda de ejecución instada por uno o varios de sus acreedores o incluso en la propia oposición a la declaración de concurso, aunque será suficiente para aplicar la presunción la negativa del deudor a facilitar la relación de bienes legalmente exigida en caso de ejecución.

El quinto hecho es el supuesto en que, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. Esta presunción en nada afecta a la posibilidad de rescisión de esos actos como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración, que se fundamenta sólo en el perjuicio a la masa (art. 71

¹⁹ La referida *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016* añade que "Resulta improcedente apreciar la concurrencia de la causa de calificación consistente en la inexactitud grave en la documentación acompañada con la solicitud de concurso por no haber aportado el inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores y las cuentas anuales de los últimos tres años. En primer lugar, porque no puede haberse cometido inexactitud en la confección de documentos inexistentes o, al menos, no aportados con la solicitud de concurso ni durante la tramitación del mismo. Cuestión distinta es que pueda desestimarse la solicitud de concurso si no se hubieran aportado esos documentos, no se hubieran dado explicaciones razonables sobre la causa de no haber aportado esos documentos (art. 6.5 LC), no se subsane la omisión en el plazo concedido al efecto (art. 14.2 LC) y el juez ante el que se solicite la declaración de concurso considere que de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, no resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. En segundo lugar, y como argumento de refuerzo, porque un mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara) y la prevista en el artículo 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo. Del mismo modo, el hecho de no aportar esos documentos durante la tramitación del concurso, pese al requerimiento hecho para su aportación, no puede integrar la causa de culpabilidad prevista en el artículo 164.2.2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento) y la prevista en el artículo 165.2º (no haber facilitado a la administración concursal la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), cuando, como se ha dicho, el desvalor determinante del reproche de ambas conductas sea coincidente".

LC)²⁰. Es más, la independencia entre los sistemas de reintegración de la masa y de calificación del concurso permite que la presunción concorra aun cuando no se hubiera ejercitado acción rescisoria alguna e incluso en el caso en que se hubiera desestimado. A la inversa, la rescisión de un acto considerado perjudicial para la masa activa no implica automáticamente la calificación del concurso como culpable. El *Auto del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017* recuerda que el criterio interpretativo respecto a esta presunción lo fija la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014* al señalar que el carácter fraudulento exigido para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes recogido en el artículo 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que se contempla en este precepto ha de relacionarse con el exigido en el artículo 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude²¹.

El último hecho de concurso culpable es aquel en que, antes de la fecha de la declaración de concurso, el deudor hubiese realizado algún acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. La simulación ha de tener cierta relevancia, porque va dirigida a la situación patrimonial del deudor. Las *Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012 y de 24 de octubre de 2017*, se refieren a esta conducta en los siguientes términos: "la norma regula un tipo abierto de perfiles borrosos que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; b) que tales actos tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso. A los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: d) La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores;

²⁰ Existe una jurisprudencia consolidada que concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado. Esta jurisprudencia se contiene en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2012*, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, *Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012; 30 de abril de 2014; 9 de julio de 2014; 24 de julio de 2014; 1 de noviembre de 2014; 17 de febrero de 2015; 23 de febrero de 2015; 10 de marzo de 2015; 17 de marzo de 2015; 17 de abril de 2015; 24 de junio de 2015; 26 de octubre de 2016*): «El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya se apuntaba en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010*, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación». Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 7 de marzo, 11 de abril, 26 de abril, 10 de mayo, 18 de mayo, 21 de mayo, 24 de mayo, 30 de mayo y 21 de junio de 2018*.

²¹ Vid. también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2015*. En la interpretación del artículo 1291.3 del Código Civil, la jurisprudencia ha evolucionado hasta considerar que para que concorra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un *animus nocendi* [propósito de dañar o perjudicar] y si únicamente la *scientia fraudis*, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concorra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (*Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 y de 25 de junio de 2010*). Tanto el *animus nocendi*, en cuanto intención o propósito, como la *scientia fraudis*, en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.

e) la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y f) el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma”.

1.3. Las presunciones iuris tantum

Junto a las presunciones iuris et de iure, el sistema de calificación contiene unas presunciones iuris tantum de concurso culpable (art. 165 LC), de modo que se presume la generación o agravación del estado de insolvencia por la actuación dolosa o culpable del deudor, salvo que se pruebe la falta de concurrencia ya sea del elemento objetivo, la generación o agravación de la insolvencia, o del elemento subjetivo, el dolo o la culpa grave del deudor. La característica común a todas estas presunciones es que los correspondientes hechos constituyen incumplimientos de deberes legales, si bien esos deberes son de distinta naturaleza: unos tienen carácter concursal y otros son deberes contables impuestos a determinados deudores.

El primero de los supuestos es aquel en que el deudor, sus representantes legales, o sus administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso²². El deudor dispone de un plazo de dos meses desde que conoce o debe conocer su insolvencia para solicitar el concurso (art. 5.1). Este plazo se prolonga tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de que se han iniciado negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado (art. 5 bis). Teniendo en cuenta que transcurridos esos tres meses el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, salvo que no se encontrara ya en estado de insolvencia. Habrá de estimarse, en todo caso, que existe incumplimiento del deber no sólo cuando el concurso deje de solicitarse debiendo hacerse, sino también en aquellos casos en que se solicite formalmente, pero se omite, de forma voluntaria, la pertinente información documental o se ofrezca una justificación insuficiente de la insolvencia, algo que obligaría al juez a rechazar la solicitud. En lo que se refiere al alcance de esta presunción de culpabilidad, es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del artículo 164.1 de la Ley Concursal. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y establece una presunción iuris tantum (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia²³

La segunda de las conductas consiste en haber incumplido alguno de los deberes específicamente establecidos durante el concurso: el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal (art. 42 LC), el deber de información respecto del juez del concurso y

²² Vid. *Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo y 22 de julio de 2015*.

²³ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017*. A su vez, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2015 y 22 de abril de 2016*, indican que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Y en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015* se dice “Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable”.

de la administración concursal sobre todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42 LC) y el deber de asistencia, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores (art. 117.2 LC). El precepto equipara, a estos efectos, la inasistencia del deudor a la junta de acreedores convocada para la deliberación y aceptación del convenio -siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio- con el incumplimiento del deber de colaboración. En este sentido, la declaración de concurso impone al deudor deberes de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal y de prestarles la información necesaria para el adecuado desarrollo del proceso. En este supuesto, se contemplan conductas posteriores a la declaración de concurso, por lo que, como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017*, esta incidencia causal no puede referirse a la insolvencia previa, la que determina la declaración de concurso, sino a la agravación, durante la tramitación del concurso, de la situación de insolvencia. Agravación que traiga como consecuencia que la solución del concurso sea menos favorable para los acreedores, porque no pueda alcanzarse un convenio, porque el convenio que se apruebe sea más gravoso para ellos o porque la falta de colaboración o de información por parte del concursado dificulte o falsee la liquidación de su patrimonio y se alcance, en definitiva, una menor satisfacción de los créditos²⁴. Pese al silencio legal, parecería lógico extender esa presunción al incumplimiento del deber del concursado de solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación (art. 142.2.I LC), por la evidente analogía que presenta con los deberes de solicitud de concurso y de colaboración.

La tercera de las presunciones se refiere a otros incumplimientos de deberes genéricos relacionados con las cuentas anuales y, por tanto, afecta exclusivamente a concursados obligados a llevar contabilidad: el deber de formulación de las cuentas anuales, el deber de sometimiento de esas cuentas a auditoría y el deber de depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas. El incumplimiento que permite presumir que en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales o de sus administradores o apoderados puede haberse producido en cualquiera de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En fin, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, añadió una cuarta presunción, en el sentido de que se presumía inicialmente la existencia de dolo o culpa grave, posteriormente de concurso culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá

²⁴ La referida *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017* afirma que es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en este supuesto, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada. Pero, indica que no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el actual artículo 165.1.2º de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal. Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, la presunción iuris tantum se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada. Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culposa, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución al concurso.

que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis. 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultados de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior. Hay que tener en cuenta que, esta última presunción no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios (art. 172.2-1º LC).

1.4. La sentencia de calificación

La sentencia de calificación declarará el concurso como fortuito o como culpable y si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación (art. 172.1 LC). La indicación de la causa o causas en que se fundamente la calificación del concurso como culpable se explica porque las consecuencias de la calificación del concurso como culpable no son las mismas según la causa o causas en que se fundamente tal calificación²⁵.

La sentencia, además, contendrá la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En efecto, el primero de los pronunciamientos necesarios de la sentencia que declare el concurso como culpable es el de la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices (art. 172.2-1º LC). Resulta obvio que los efectos personales de la calificación culpable del concurso habrán de recaer, ante todo, sobre el concursado; pero cuando el concursado hubiese de actuar necesariamente a través de otras personas (representantes legales, administradores o liquidadores, apoderados generales, según los casos), las consecuencias de la calificación recaerán en realidad sobre otras personas, que serán, por ello, “afectadas por la calificación”. Además, algunos efectos de la calificación se extenderán, en su caso, a terceras personas consideradas cómplices, por lo que la sentencia deberá declarar también qué personas merecen esa consideración. El concepto de “personas afectadas por la calificación” no coincide con el de “personas especialmente relacionadas con el concursado” (art. 93 LC), aunque bien puede ocurrir que algunos sujetos reúnan esa doble condición. La determinación de las personas afectadas por la calificación ha de ir referida, como es lógico, a quienes hubiesen causado o agravado la insolvencia del concursado, de modo que podrán merecer esa condición no sólo los representantes legales y los administradores -o liquidadores- de la persona jurídica deudora (art. 164.1 LC), sino también los apoderados generales que hubiesen causado o agravado la insolvencia (así lo indica también el artículo 166 al referirse a las personas con las que puede colaborar el cómplice). Respecto a los administradores —y los liquidadores— de

²⁵ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018*, que señala que “algunas de estas consecuencias son comunes a todas las causas de calificación del concurso como culpable (por ejemplo, la inhabilitación), pero otras solo proceden cuando concurren determinadas causas de calificación del concurso como culpable. Asimismo, la concurrencia de unas u otras causas es relevante para fijar, en su caso, la condena a la cobertura del déficit concursal e incluso para graduar el alcance de otros pronunciamientos condenatorios, como puede ser la inhabilitación”.

personas jurídicas, no se exige la vigencia del nombramiento en la fecha en que se declarara el concurso, de modo que podrán ser afectados por la calificación quienes con anterioridad hubieran cesado en su cargo, siempre que hubieran participado en la generación o en la agravación de la insolvencia y siempre que hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Es indiferente que los administradores -o liquidadores- lo sean de derecho o de hecho, pero en este último caso, la sentencia de calificación deberá motivar la atribución de esa condición. En relación con los socios de la persona jurídica concursada, tras la reforma debida al Real Decreto-Ley 4/2014, convalidado por la Ley 17/2014, pueden verse afectados por la calificación aquellos socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en atención a su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el acuerdo.

En este punto, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y de 24 de octubre de 2017* hacen referencia a la discordancia -temporal- entre los artículos 172.2.1º y 164.1 de la Ley Concursal. El artículo 172.2.1º al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a “los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales”, exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido “dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso”. Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable. Salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoría o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación. Es decir, no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable. Sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. El artículo 172.2.1º de la Ley Concursal al regular quiénes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a “los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales”, exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido “dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso”. Esta exigencia, que afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación, no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso. Conforme al propio artículo 172 de la Ley Concursal el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas²⁶.

²⁶ Las citadas *Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y de 24 de octubre de 2017* añaden que problema distinto sería el que, respecto de la determinación de la persona afectada por la calificación, pudiera derivarse del hecho de que el administrador (legal o de hecho) o el apoderado general de la sociedad responsable de las irregularidades cuando estas se produjeron, ya no tuviera esta condición en los dos años previos a la declaración de concurso. Es sólo en estos casos en que, sin perjuicio de que pudiera calificarse culpable el concurso, no se declararía persona afectada por la calificación y no se le impondrían las consecuencias legales correspondientes a quien hubiera dejado de ser administrador, de derecho o

Igualmente, la sentencia de calificación contendrá la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2 LC). La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 172.3 LC). La complicidad concursal requiere para poder apreciarse dos requisitos. De un lado, que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. De otro lado, la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación²⁷

2. La infracción del deber de lealtad en la calificación concursal

La cuestión que se plantea es si la infracción del deber de lealtad del administrador social, en los términos previstos en la Ley de Sociedades de Capital, tiene, como tal, efectos específicos en la sección de calificación concursal. Ciertamente, la sistematización legal del deber de lealtad del administrador social y la amplitud de acciones derivadas de su infracción, dan una clara idea de la relevancia que el correcto cumplimiento de este deber posee en el ámbito de la Ley de Sociedades de Capital. En consonancia con ello, la infracción de este deber podrá también tener sus oportunas consecuencias en el concurso de acreedores, aunque ello debe venir de la mano del ejercicio de las acciones previstas para su infracción, de conformidad con las reglas concursales aplicables respecto a cada una de ellas. Sin embargo, dicha infracción del deber de lealtad no debe tener, como tal, incidencia específica en la sección de calificación concursal. Y ello porque la calificación del concurso como culpable procederá conforme a las causas de calificación y al sistema de esta sección recogido en la Ley Concursal. De forma que el concurso será calificado como culpable cuando concurren los elementos específicos de culpabilidad previstos y no, singularmente, por haberse producido la infracción del deber de lealtad, salvo que ésta se concrete, precisamente, en uno o varios de los supuestos que fundamentan la calificación del concurso como culpable.

Dicha cuestión ha tenido oportunidad de ser tratada en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017*. Aunque la resolución parte de que la singularidad del supuesto que enjuicia

de hecho, o apoderados generales antes de los dos años previos a la apertura del concurso. Vid. también *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017*.

²⁷ Vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017*. En las *Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016 y de 29 de marzo de 2017* se establece que la generalidad con que se pronuncia el artículo 166 de la Ley Concursal -cualquier acto- no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, consilium fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

-sociedad unipersonal en la que el socio único es la sociedad matriz del grupo y el administrador es también la propia sociedad matriz-socio único- no es el marco más idóneo para llevar a cabo una precisa delimitación conceptual de los efectos de la infracción de los deberes de los administradores sociales en la sección de calificación concursal, incluye relevantes consideraciones en este ámbito.

La referida resolución judicial se refiere al supuesto de que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable del artículo 164.1 de la Ley Concursal, es decir, que cause o agrave la insolvencia de la sociedad. No se refiere expresamente la sentencia a las presunciones de culpabilidad *iuris et de iure* ni *iuris tantum* de la Ley Concursal. Ello es lógico, en tanto el alcance de dichas presunciones en la sección de calificación concursal debe ser consecuencia de su concurrencia en los términos establecidos en la Ley Concursal y no de que resulte posible considerar que alguna de estas conductas pueda constituir un incumplimiento de las obligaciones que conforman el deber de lealtad de los administradores sociales, en cuyo caso, lo que procedería es el ejercicio de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad que se recogen en la Ley de Sociedades de Capital, bajo las reglas de coordinación para la interposición de tales acciones establecidas en la legislación concursal.

Las consideraciones de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017* se realizan respecto al artículo 164.1 de la Ley Concursal: el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2. En esta sede, se afirma que para que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable, en concreto la del artículo 164.1 de la Ley Concursal (que cause o agrave la insolvencia de la sociedad) no es indispensable que vulnere el deber de fidelidad que le imponía el artículo 127.bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente cuando sucedieron los hechos y que actualmente le impone, con la denominación de deber de lealtad, el artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital, como deber de desempeñar el cargo obrando en el mejor interés de la sociedad, deber que viene referido fundamentalmente al ámbito interno de la sociedad. En palabras de la citada resolución, lo que caracteriza la conducta del administrador prevista en el artículo 164.1 de la Ley Concursal, que determina la calificación del concurso de la sociedad como culpable, es que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del administrador. Se trata de una norma de protección de los acreedores, no de protección de la propia sociedad deudora. Es más, en ocasiones, la salvaguarda del interés social pretende realizarse a costa de sacrificios de los acreedores que les son exigibles, por lo que no es necesario que la conducta del administrador social sea contraria al mejor interés de la sociedad para que el concurso pueda calificarse como culpable. Y añade, que ciertamente, la insolvencia del deudor es un riesgo propio de las relaciones comerciales, pero cuando esta insolvencia es buscada de propósito por el administrador social o, al menos, consentida, para beneficiar a los socios o a terceros, no puede pretender que su conducta carezca de consecuencias en la sección de calificación del concurso si encaja en alguna de las causas de calificación del concurso como culpable. Por regla general, la generación o agravación de la insolvencia por una conducta del administrador dolosa o gravemente culpable supone una infracción de sus deberes de administración diligente y leal. Pero incluso si se considerara que una conducta deliberada no supusiera una infracción del deber de lealtad, por inexistencia del elemento de ajenidad entre administrador y administrada y por imposibilidad de que se produzca un conflicto de intereses entre el socio único administrador y la sociedad unipersonal administrada, ello no supondría la ausencia del elemento de antijuridicidad en la

conducta del administrador, porque esa antijuridicidad no viene determinada necesariamente por la infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora sino por el expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culposa del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores.

“EL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. ALCANCE Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL”.

INVESTIGADOR: JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

I.INTRODUCCIÓN: la evolución de los deberes de los administradores en el derecho español; normas legales y recomendaciones de buen gobierno.

Es un hecho bien significativo comprobar que la referencia a los deberes de los administradores de sociedades mercantiles, siempre relacionada directamente con la responsabilidad por daños que se exige mediante el ejercicio de la acción social o individual, ha estado presente en el Derecho español desde que la legislación societaria especial tomó cuerpo a mediados del pasado siglo. En efecto, ya la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y por remisión la de Sociedades Limitadas de 1953, acogieron una fórmula poco extendida en aquel momento, según la cual los administradores debían desempeñar el cargo con la diligencia de un “ordenado comerciante y de un representante leal”. La mención se tomaba del Derecho alemán de entonces (la AktienG. de 1937) y, a pesar de la evidente confusión conceptual en que incurría (la pauta de un ordenado comerciante sirve, en efecto, para medir la diligencia exigible, pero la de un representante leal no es referible a la diligencia, sino, precisamente, a la lealtad), venía a suponer un avance considerable en la configuración de la posición de los administradores; mientras que otros ordenamientos del entorno (véase la legislación francesa, o el Código Civile italiano), a falta de mención propia, remitían el asunto a versiones matizadas de la diligencia general del “buen padre de familia” o del “gestor de negocios ajenos”, poco cercanas a la exigencia mercantil, el Derecho español ofrecía posibilidades ciertas de construir un parámetro de comportamiento de los administradores con contenidos específicos y de tendencia profesional, pues un “ordenado comerciante” debe poner en la llevanza de su negocio un nivel de cuidado, dedicación, competencia, etc., bastante superior al que se exige a cualquier persona en la llevanza de sus propios asuntos. Es cierto que este alto nivel de exigencia en el desempeño del cargo quedaba luego compensado por una generosa franquicia en cuanto a la exigencia de responsabilidad (los administradores respondían entonces solamente por “malicia, abuso de facultades y negligencia grave”, según la fórmula del artículo 79 de aquella LSA), pero tal desequilibrio entre diligencia exigida y responsabilidad exigible no impide reconocer el interés del punto de partida en la configuración de los deberes fiduciarios de los administradores en el Derecho español.

Cuando en 1989 y 1995, respectivamente, se modernizó la legislación societaria española para acomodarla al acervo del Derecho Comunitario (las Directivas en la materia acumuladas hasta entonces, principalmente), la fórmula se mantuvo: simplemente el “ordenado comerciante” quedó sustituido por el “ordenado empresario”, término más acorde con la evolución de los tiempos, sin que cambiara el significado del parámetro de diligencia exigida, aunque sí se modificó el de la responsabilidad exigible, pues aquella franquicia desapareció y fue sustituida por una enumeración más objetiva de supuestos causantes del daño (actos ilegales o antiestatutarios, e infracciones a los deberes exigidos en el desempeño del cargo, que es donde conectaban la diligencia y la lealtad).

Posteriormente, la reforma de 2003, cuando las propuestas y recomendaciones de buen gobierno corporativo empezaban a dar algunos frutos normativos, incorporó en el artículo 127 (desplegado en bis, ter y quáter) algunas precisiones de contenido concreto y diferenciado de ambos deberes: la diligencia empezó a materializarse en un deber de estar diligentemente informado sobre la marcha de la sociedad, que recaía ya sobre cada administrador, mientras que la lealtad se puso

en relación con la fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad, y se concretó en un conjunto de deberes más concretos, todos ellos referidos a la conducta exigible en diversos supuestos de conflicto de interés, así como al deber de guardar secreto. Lo que había ocurrido mientras tanto es que los dos Informes sobre Gobierno Corporativo elaborados hasta el momento (el Informe Olivencia de 1998 y el Informe Aldama de 2003, y especialmente este último, que proponía reformas normativas para reforzar algunas recomendaciones) habían acogido la técnica de configuración de los deberes fiduciarios ya por entonces conocida en algunos Códigos de Buen Gobierno que se inspiraban en esta materia en los conocidos "Principles" del American Law Institut norteamericano, elaborados en 1992, justamente el año en que veía la luz el Informe Cadbury promovido por la Bolsa de Londres.

El texto de 2003 es el que pasó al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 2010, (en adelante LSC), cuyos artículos 225 a 232 reproducían, con algún cambio formal y sistemático, para mejor diferenciación de la diligencia y la lealtad, el citado sistema de deberes fiduciarios; por su parte, el más detallado Código Unificado de Buen Gobierno, de 2006 (el conocido como Código Conthe), contenía también algunas referencias a la cuestión de los deberes, en materia de diligencia (así, las recomendaciones sobre asistencia personal a las sesiones del consejo, evaluación periódica del funcionamiento, información y asesoramiento de los consejeros, o dedicación de éstos, en los números 20, 22, 23, 24, 25 y 26, respectivamente), si bien consideraba suficiente el modelo legal procedente de la citada reforma de 2003, refundida en la LSC de 2010.

Ha sido más recientemente, con motivo de la importante reforma de 2014 (Ley de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo) cuando se han producido novedades significativas en el régimen legal de los deberes fiduciarios, tanto en el de diligencia, que aquí corresponde examinar, como en el de lealtad, objeto de otro estudio particular.

Inmediatamente después, el vigente Código de Buen Gobierno, elaborado en 2015 para adecuarlo a esa previa reforma legal, ha completado con alguna recomendación relacionada el marco a considerar, pues estas recomendaciones, a menudo acogidas en estatutos y reglamentos de los consejos de administración que les dan fuerza más vinculante, constituyen un interesante material complementario a las normas legales, principalmente imperativas y en algún caso dispositivas, que integran el régimen de los deberes fiduciarios, sea el común y general para todas las sociedades de capital, sea el especial y particular para las sociedades cotizadas, que pasamos a exponer a continuación.

II. EL DEBER DE DILIGENCIA EN PARTICULAR:

La estructura del deber de diligencia en el Derecho español, vista desde la perspectiva de los antecedentes y de la evolución ya descrita, se ha ido haciendo progresivamente compleja, a medida que la combinación de normas legales y recomendaciones corporativas alcanzaba a más aspectos concretos del contenido del deber. El sistema actual se compone de elementos de diversa naturaleza y de diferente nivel normativo: así, una cláusula general, con importantes matices en su aplicación, y una casuística de supuestos que, como ya se anticipó, se encuentran tanto en el régimen general de las sociedades de capital, con aplicación indistinta a las sociedades anónimas y limitadas, como en el especial de las sociedades cotizadas, ámbito en el que, además, hay que tener en cuenta las recomendaciones de buen gobierno corporativo y su eventual incorporación a estatutos y reglamentos societarios. Convendrá, pues, examinar por separado cada uno de estos elementos.

1. La cláusula general: la diligencia del ordenado empresario y su adaptación al cargo y funciones de cada administrador.

El artículo 225, 1, de la LSC, tras la reforma experimentada en 2014, acoge, bajo el rótulo “*Deber general de diligencia*”, el siguiente texto: “*Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*”. Bajo este tono, aparentemente descriptivo, se cobija todo un conglomerado de elementos normativos que obligan a desentrañar el verdadero alcance de la cláusula mediante una cuidadosa disección.

En primer lugar, el deber de diligencia aparece configurado como un deber general, expresión que combina varios significados: se trata de un deber exigible a todos los administradores, sean uno o varios, en cualquiera de las variantes legales, y de todas las sociedades de capital, con independencia de su tipo, tamaño, objeto, composición, etc. Pero la calificación como general deja entrever que lo que aquí se recoge es su contenido común, y en cierto modo mínimo, compatible con especificaciones y adaptaciones de muy diverso origen, como enseguida podrá apreciarse, porque el propio apartado del precepto ya lo contempla al referirse al cargo y a las funciones como fuente de adecuación del deber general al caso concreto de cada administrador. De modo que el deber de diligencia, en suma, admite un tramo homogéneo (el que deriva de la pauta de conducta del ordenado empresario) y otro más heterogéneo (el que deriva de poner en contacto esa pauta con el cargo y las funciones de cada administrador en particular).

Por otra parte, el ámbito en que opera el deber de diligencia se ha ampliado formalmente en una doble dirección: ahora no se exige sólo como modo de conducta en el desempeño del cargo, sino también como modo de cumplimiento de los deberes que vengan impuestos en las leyes (entendido en el sentido de norma escrita de cualquier rango) y en los estatutos sociales, a lo que habría que añadir, en su caso, en los reglamentos que atañen al consejo de administración, e incluso en los acuerdos de la junta general, en la medida en que se puede entender que también hay un deber legal implícito de ejecución de estos acuerdos, sin perjuicio de que puedan ser impugnados. Tiene su sentido esta doble dimensión de la diligencia: cumplir las obligaciones legales y estatutarias ya es un deber en sí mismo, pero cumplirlas con diligencia supone un complemento cualitativo que añade modos de cumplimiento (oportuno en tiempo y forma, exacto y preciso, íntegro y completo, etc.) nada desdeñables; pero más allá de estos supuestos en que el deber de cumplir diligentemente está ya preestablecido, la referencia al desempeño del cargo con diligencia cumple una función expansiva y supletoria, capaz de llenar el amplio espacio que hay en la gestión del objeto social más allá de las concretas obligaciones legales y estatutarias. Se trata, pues, de hacer con diligencia lo que hay que hacer por obligación, y de actuar con diligencia en todo lo demás, allá donde no hay obligaciones formales concretas, pero sí un deber general de comportamiento diligente.

La pauta de referencia para medir el nivel de diligencia exigible es la del ordenado empresario, un singular estereotipo que funciona como concepto jurídico abierto, necesitado de criterios de aplicación en el caso concreto. Se trata de establecer el ideal de lo que un ordenado empresario hubiera hecho, o hubiera debido hacer, en el caso, y utilizarlo como base de comparación con la conducta del administrador sometida al juicio de la diligencia exigible. La respuesta no es sencilla, pues debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias que un ordenado empresario habría considerado para tomar una determinada decisión, o para dejar de tomarla; esto es, la sociedad administrada, su tamaño, su objeto, su situación económico financiera, la coyuntura de lugar y momento en que la decisión va a ser aplicada y sus efectos previsibles, la racionalidad empresarial de la decisión, o, en fin, todos aquellos elementos que hacen que una determinada decisión

empresarial sea correcta, oportuna, prudente, informada y debidamente asesorada, etc. En función de todo ello, habrá casos en que resulte sencillo valorar si una decisión es diligente o negligente (acordar una inversión, o una desinversión, importante teniendo en cuenta planes de negocio, análisis de mercado, etc., o todo lo contrario, es un buen ejemplo de lo uno o lo otro) y otros casos en que la valoración será ciertamente compleja, y muy necesitada de ponderación. Pero no hay que olvidar que los riesgos implícitos a la mayoría de las decisiones empresariales ya han sido minimizados con la incorporación al Derecho español de la “business judgment rule”, en forma de protección de la discrecionalidad empresarial, en el artículo 226; lo que traslada el debate a otro plano bien distinto: si se dan los requisitos de protección de la decisión como decisión empresarial, se entenderá cumplido el estándar de diligencia del ordenado empresario y podrá alegarse exoneración de responsabilidad por daños si la decisión termina siendo perjudicial para la sociedad. Esta trascendental novedad será considerada de forma particular más adelante.

Finalmente, la reforma ha incorporado al estándar de medición general del deber de diligencia exigible un contrapeso fundamental, como es su modelación particularizada teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada administrador. Esta tendencia a la personalización, que permite una exigencia individualizada del deber, está pensada, como parece obvio, para modalidades de organización plural y colegiada de la administración societaria, y más en concreto para la opción de consejo de administración, que es donde principalmente tienen cabida los conceptos de cargo y función. En efecto, en el consejo de administración hay cargos (presidente, secretario, consejero delegado, etc.) y hay funciones potencialmente diferenciadas (de dirección, gestión y representación de la sociedad, de supervisión, control y vigilancia, reforzadas éstas con los núcleos de competencias indelegables); hay diferenciación de planos, relacionados con la delegación (órganos delegados y consejo en pleno) o con la constitución de comisiones internas especializadas (auditoría, nombramientos, retribuciones, etc.); hay, incluso, y especialmente en las sociedades cotizadas, categorías de consejeros (ejecutivos, dominicales, independientes), asociadas a funciones distintas. Se trata, en suma, de adecuar la diligencia exigible, y la propia responsabilidad que pueda derivar, a las opciones de organización y funcionamiento que el modelo de consejo de administración donde se distinguen la gestión y la supervisión implica. Lo que supone una especie de transacción equilibrada entre lo genérico y lo específico; esto es, entre el alcance general del deber de diligencia del ordenado empresario, válido para todos, y la diligencia particularmente exigible a un determinado administrador, en atención al cargo que ocupa (ejecutivo o no, básicamente) y a las funciones que tiene atribuidas (ejecutivas o no, básicamente). Falta por ver la repercusión concreta que este importante añadido tendrá cuando deba ser aplicado por los operadores jurídicos, jueces y tribunales, etc., a los supuestos de hecho en que haya de valorarse si un determinado comportamiento fue diligente o no, para ciertos efectos de responsabilidad, cese, etc. Pero no cabe duda de que se trata de un paso muy relevante en el acercamiento de los deberes de los administradores a la realidad de los consejos de administración.

2.Aspectos concretos: la dedicación; el derecho/deber de información.

En la configuración legal actual el deber de diligencia no se agota en la comentada cláusula general, por más que su estructura esté llena de matices. Aplicando la técnica del arrastre de recomendaciones de buen gobierno al texto normativo, tanto la reforma que se produjo en 2003, como la que se ha añadido en 2014, han incorporado las que, sin duda, son manifestaciones principales de la diligencia de un ordenado empresario, esto es, la dedicación y la información.

En efecto, un ordenado empresario es diligente cuando presta a su actividad la atención necesaria y cuando toma las decisiones con suficiente información. Y así lo ha entendido la LSC, que, en 2003, cuando todavía era LSA, incorporó el derecho/deber de información y en 2014 ha añadido

la dedicación como exigencia para el desempeño del cargo. Lo ha hecho, además, dentro del régimen general de la administración societaria de las sociedades de capital, en el mismo artículo 225, donde está tipificado el deber general de diligencia. A partir de ahí se podrá adaptar el nivel de exigencia de ambos deberes (dedicarse, informarse) al caso concreto de cada sociedad, teniendo en cuenta los mismos parámetros (el tamaño, el sector, el momento, etc.) que sirven para adecuar el deber general de diligencia, pero el punto de partida no puede ser otro que ese reconocimiento explícito de ambos deberes con alcance y aplicación general.

Se trata en ambos casos de un deber individual que recae sobre cada administrador sin excepción; pero también aquí, como es lógico, la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno deben emplearse para graduar su contenido (la dedicación e información del presidente, o del consejero delegado, o de los consejeros ejecutivos, habrá de ser más intensa que la de los consejeros que sólo forman parte del consejo en pleno, de modo que la distinción entre gestión y supervisión también tiene sentido a este efecto). Pero dicho esto, cada uno de los deberes tiene su propio significado.

El deber de dedicación aparece en la ley ya directamente modalizado: es literalmente un “deber de dedicación adecuada”, lo que constituye un llamamiento expreso a esa adaptación tanto a las circunstancias de la sociedad y su contexto, como al cargo y a las funciones. Pero no tiene sólo un alcance cuantitativo; además de modalizarlo en intensidad de la exigencia, el precepto lo cualifica atribuyéndole una finalidad (“adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”). Pudiera parecer que se trata de dos deberes enlazados y complementarios tal como están expresados; pero hay algo más: no se puede entender lo uno sin lo otro; si se exige dedicación adecuada no es sólo para ocupar mucho tiempo, o el que sea adecuado, en el desempeño del cargo, sino más bien para eso otro, para tomar decisiones y adoptar medidas en interés de la sociedad, matizando de nuevo por razón del cargo y la función, que hacen que quienes tienen tareas ejecutivas y de gestión orienten su dedicación a desarrollar una buena dirección de la sociedad, y quienes tienen funciones de supervisión la orienten al control. Se trata, en suma, de que la dedicación, además de adecuada, sea útil, en el sentido de que sirva para un correcto desempeño del cargo y la función en cada caso.

La información constituye sin duda un derecho/deber, como así lo expresa el texto legal (225, 3). Cuando la mención a la información entró por primera vez en la LSA, con la reforma de 2003, la vertiente del deber era preferente: el artículo 127, 2, decía entonces literalmente que “cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad”, queriendo indicar que no bastaba con que al administrador se le proporcionara información, o pudiera recabarla, sino que se trataba de que la conociera, contrastara, ampliara, etc., si lo consideraba necesario, acudiendo incluso al asesoramiento preciso. En suma, disponer de información, pero para estar informado, lo que otra vez implicaba una actitud activa que el precepto de entonces subrayó bien al configurar el deber individual de cada administrador de estar informado, y además diligentemente (esto es, con puntualidad, precisión, amplitud, oportunidad, etc.) sobre la marcha de la sociedad. El nuevo texto resultante de la reforma de 2014 ha pretendido acoger la doble dimensión de derecho y deber, y lo ha hecho de forma bien expresa, aunque algo confusa en su alcance: primero, la información se pone en relación con el “desempeño de sus funciones” (las de cada administrador), lo que de nuevo facilita la adecuación de la intensidad en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento del deber al cargo y la función; segundo, la doble vertiente aparece expresamente con una doble expresión (deber de exigir y derecho de recabar de la sociedad), correcta en su alcance, aunque tal vez insuficiente, pues exigir y recabar, con algún matiz derivado de la fuerza del verbo empleado, son objetivos sustancialmente coincidentes, pero así como ambos servirían para indicar el derecho, en el caso del deber no basta con exigir la información, ya que,

una vez obtenida, también hay deber de conocerla, contrastarla para entenderla si fuere necesario, usarla adecuadamente cuando proceda, incluso compartirla, etc.; finalmente, tiene interés observar que la información objeto del derecho y del deber está también cualificada con una expresión llena de matiz (“información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”), lo que introduce una variante de “información selectiva y útil” susceptible de generar conflicto, ya que no es claro quién debe valorar si la información que se exige o recaba es la adecuada y, más aún, si es necesaria (¿imprescindible?) y si sirve para cumplir las obligaciones de administrador. Como tampoco es claro quién es el sujeto pasivo que debe proporcionar la información exigida o recabada; el precepto sólo se refiere a la sociedad y habrá que entender que quien disponga de la información (el consejero delegado, el ejecutivo, etc.) es el afectado, debiendo el presidente del consejo, en su caso, garantizar la disponibilidad de la información; pero en cuanto al juicio de adecuación, necesidad y utilidad de la información, en caso de duda, deberá primar el interés y la valoración del administrador solicitante, ya que para él exigir información es un deber, no sólo un derecho que puede ejercer con abuso, y tal carácter debe limitar la negativa a proporcionarla por parte de quien dispone de ella.

3. Especialidades en la sociedad cotizada: normas y recomendaciones.

Por obvias razones, los consejeros de la sociedad cotizada, en la que el consejo de administración es obligatorio, como también lo es que disponga de un reglamento propio, deben estar sometidos a un deber de diligencia más estricto, lo que supone añadir algunos aspectos a su contenido general ya examinado. Esto es lo que la LSC española ha entendido incorporando con la reforma de 2014 ciertas especificaciones que anteriormente constituían recomendaciones del Código de Buen Gobierno. Las dos más significativas en lo que aquí interesa se refieren precisamente a la dedicación y a la información.

El artículo 529 quáter, en relación directa con el deber de dedicación, como aspecto del deber de diligencia, exige a los consejeros la asistencia personal a las reuniones del consejo que se celebren; puede ser asistencia mediante presencia física o virtual, pero asistencia personal, al fin y al cabo. Lo que se pretende es que los consejeros atiendan directamente el cargo y cumplan su función con inmediatez, garantizando así su participación en las tareas del consejo. En todo caso, se trata de una regla general; el propio precepto contempla la posibilidad de ausencias justificadas, en la medida en que admite la delegación de la representación por parte del consejero ausente. Pero con una doble condición, además de la justificación de la ausencia: la representación sólo puede conferirse a otro consejero, y no a persona ajena al consejo, ya sea persona de confianza, accionista significativo, apoderado particular, etc.; y más aún, si el ausente es consejero no ejecutivo, su representación para asistir, debatir y votar en la sesión sólo puede otorgarse a otro consejero no ejecutivo, sea dominical o independiente.

Por su parte, el 529 quinquies, en lo que atañe a la información, establece una regla de disponibilidad oportuna y suficiente: salvo en casos de convocatoria o constitución excepcional por motivo de urgencia, los consejeros deben disponer previamente y con suficiente antelación de la información necesaria para deliberar y adoptar acuerdos sobre los asuntos a tratar en la sesión. Nada se añade en este caso al derecho/deber de los consejeros como tal, sino que más bien se trata de una garantía para su ejercicio y su cumplimiento; por eso el mismo precepto añade que el presidente del consejo, con la colaboración del secretario, habrá de velar por el cumplimiento de esta regla, y por eso también los siguientes artículos (529, sexies, 2, c), y 529 octies, 2, c), cuando enumeran las funciones que ambos tienen respectivamente atribuidas, hacen referencia a esta obligación de velar por la correcta disponibilidad de la información en favor de los consejeros.

La evaluación anual del funcionamiento del consejo y de sus comisiones, que resulta imperativa al haberse incorporado al 529 nonies la correspondiente recomendación, completa el marco general y especial del deber de diligencia en la LSC, pues un aspecto a evaluar será sin duda el relativo al desarrollo de las sesiones del consejo y, con él, al nivel de participación de los consejeros y a la circulación de la información necesaria para el ejercicio eficaz del cargo.

Conviene, pues, subrayar que en el derecho español se ha producido un trasvase considerable de recomendaciones de buen gobierno a preceptos legales, principalmente de carácter imperativo. Pero ello no obsta a la permanencia de otras recomendaciones complementarias en el Código que se actualizó en 2015, precisamente por ese motivo. Concretamente, dentro del epígrafe III.3.3. “El funcionamiento del consejo de administración”, se encuentran, con la peculiar estructura de principios y recomendaciones, el principio 13 (recomendación 25), sobre dedicación de los consejeros, que pide que, para garantizar la dedicación del tiempo suficiente, se valore la disponibilidad de los consejeros ejecutivos por parte de la comisión de nombramientos y se establezca reglamentariamente el número máximo de consejos a que se puede pertenecer; el principio 14 (recomendaciones 26, 27 y 28), sobre frecuencia de reuniones y asistencia personal, con un matiz añadido de interés, que se impartan instrucciones al representante en caso de inasistencia justificada; el principio 15 (recomendaciones 29, 30, 31 y 32) sobre información y asesoramiento de los consejeros, donde se reclaman programas de formación y actualización de conocimientos, claridad en el orden del día, consentimiento previo de la mayoría para debatir y votar asuntos que no estén en el orden del día, e información sobre cambios en el accionariado, opinión de accionistas significativos, inversores y agencias de calificación sobre la sociedad y su grupo. Finalmente, el principio 18 (recomendación 36) añade a la evaluación anual del funcionamiento del consejo, ya legalizada, el auxilio de consultores externos independientes, al menos cada tres años, para que la evaluación tenga mayor garantía.

En la medida en que estas recomendaciones sean acogidas en reglas estatutarias y reglamentarias, o impulsen y orienten reglas de esta naturaleza, ostentarán carácter obligatorio en este ámbito, sin perjuicio de que puedan ser modificadas, acogidas parcialmente, sustituidas o eliminadas; pero mientras estén vigentes tales reglas constituyen un complemento relevante para completar o ampliar el alcance de las reglas legales que antes se examinaron. A este respecto, un recorrido por las páginas web de las sociedades cotizadas, principalmente las que integran el IBEX 35, donde constan estatutos, reglamentos, informes anuales de gobierno corporativo, etc., así como la observación que acumula la página web del regulador, la CNMV, especialmente sus informes anuales sobre el grado de implantación y cumplimiento de las recomendaciones de buen gobierno y de la alternativa cada vez más estricta del “cumple o explica”, resulta en conjunto enormemente útil para comprobar la situación real en la materia.

Hasta aquí el examen del deber de diligencia en el marco en que está establecido en el vigente Derecho español; pero su alcance, actualmente, no se puede valorar debidamente sin ponerlo en contacto de inmediato con la acogida del principio de protección de la discrecionalidad empresarial en la LSC, y a ello se dedican las siguientes observaciones.

III.LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL:

1.Significado y contenido de la “bussines rule”.

Teniendo en cuenta la diversidad de juicios de valor, e incluso el diferente componente ético, que orientan cada uno de los deberes fiduciarios, se ha ido admitiendo en general un tratamiento distinto para el de diligencia y el de lealtad, con indudable impacto sobre su exigibilidad, en cuanto a naturaleza y cumplimiento, y en cuanto a permisividad, excepciones y efectos de su incumplimiento. El deber de diligencia, en efecto, admite un grado mayor de disponibilidad y flexibilidad, que hasta puede hacerlo excusable en ciertos supuestos, o con ciertas condiciones, mientras que el de lealtad reclama mayor rigidez por su carácter indisponible. Esta distinción, que hasta hace poco tiempo, venía siendo objeto de consideración doctrinal y, en algún caso jurisprudencial, ha terminado por ser acogida en la legislación española, con ocasión de la reforma de la LSC de 2014.

En efecto, mientras que en el deber de diligencia el texto legal se limita a contemplarlo, pero no lo califica, el artículo 230 sí lo hace respecto del deber de lealtad, indicando que tanto su régimen, como el de la responsabilidad por su infracción, son imperativos, y no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo; lo hace, además, tras haber desarrollado una regulación de la lealtad ciertamente exhaustiva, que incluye una cláusula general (227), un listado de obligaciones básicas derivadas (228) y una enumeración de supuestos de conflicto de interés, en los que, no obstante, cabe la dispensa caso a caso con singulares requisitos de autorización.

Esta orientación más flexible del deber de diligencia es la que se manifiesta de forma principal en la acogida por parte de la LSC de la conocida regla, procedente de la cultura jurídico-empresarial norteamericana, que pretende ofrecer cobertura exoneratoria frente a las decisiones administrativas o patrimoniales adoptadas con ciertas garantías, aplicando una presunción de comportamiento diligente que las excluye de una eventual responsabilidad por los efectos perjudiciales que pudieran derivar. La “bussines judgment rule”, en efecto, convalida el riesgo empresarial implícito en decisiones de negocio, que, siendo discrecionales, son susceptibles de no producir el resultado favorable esperado por causas muy diversas. Esta es la finalidad del precepto de la LSC, el artículo 226, que ha incorporado la citada regla con una formulación ciertamente peculiar, bajo el rótulo “protección de la discrecionalidad empresarial”, donde se contiene un conjunto de elementos que configuran su función y su alcance.

En primer lugar, el ámbito de aplicación es, en sentido positivo, el de las “decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial”. Se trata de un concepto ciertamente abierto que exige contraste caso por caso para verificar la presencia de las tres notas características de esas decisiones: han de ser estratégicas, esto es, de cierta importancia para el desarrollo de la empresa (inversiones, ampliaciones, reestructuraciones, etc.); han de referirse al negocio, entendido como el objeto social o actividad propia de la sociedad; han de estar sujetas a discrecionalidad empresarial, lo que supone que son decisiones que no son obligadas, ni están prohibidas, por lo que pueden adoptarse, o no, voluntariamente, porque están permitidas, y su esencia consiste precisamente en eso, en estar adoptadas contemplando el interés social, sujeto a una evaluación compleja y fundada, pero no infalible.

Este amplio campo de aplicación de la protección legal tiene, no obstante, un límite negativo: el apartado 2 del artículo 226 excluye expresamente del ámbito de la discrecionalidad empresarial “aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”, que es el que regula la dispensa singular de las prohibiciones relacionadas con los supuestos de

conflictos de interés en el marco del deber de lealtad. La exclusión debe entenderse tan directa como expresa: no es ya que en esos casos no quepa presumir cumplido el estándar de diligencia del ordenado empresario, es que esas decisiones quedan fuera del ámbito de protección porque la ley las aparta de la discrecionalidad empresarial, para que queden sometidas al juicio ordinario de diligencia que corresponde a las decisiones que no son estratégicas ni de negocio. Se trata de decisiones que, por afectar personalmente a otros administradores y personas vinculadas (lo son las que enumera el artículo 231 respecto de administradores persona física o jurídica), son susceptibles de generar conflictos de interés en los términos del artículo 229; de manera que la ley no quiere que esas decisiones, y en especial las que implican dispensa del deber de lealtad en tales situaciones de conflicto, escapen al control legal, o queden impunes en cuanto a la exigencia de responsabilidad por los daños causados, acogiéndose a la protección de la discrecionalidad y, por tanto, a la exoneración que de ella deriva.

En segundo lugar, la finalidad de la protección ofrecida consiste en “entender cumplido el estándar de la diligencia del ordenado empresario”. Se trata de una presunción legal cuyo objetivo último, aunque no aparezca expresamente mencionado, no puede ser otro que el de exonerar de responsabilidad por los eventuales daños que la decisión discrecional protegida pudiera causar, de tal modo que, incluso si tal decisión revistiera los caracteres de negligente, quedaría amparada por la presunción de haber actuado con la diligencia propia de un ordenado empresario, siempre que concurren los presupuestos que enumera el precepto. La cuestión más delicada es la atribuir la carga de la prueba de tales presupuestos: si son los propios administradores quienes deben proporcionarla, por su mayor proximidad a la materia probatoria, para obtener la protección exoneratoria, o son los interesados en ejercer una acción de responsabilidad por daños, sea la social o la individual de los artículos 236 y siguientes, quienes han de probar que no concurren tales presupuestos en su totalidad. La presunción, desde luego, no es indestructible y debe admitir prueba en contrario; pero no parece que deba aceptarse un inversión completa de la carga de la prueba en contra de quien negara la protección legal como demandante de responsabilidad; más bien, de la distinta naturaleza de los presupuestos de la protección, cabe deducir una distribución razonable de la carga probatoria, lo que exige analizar de manera individualizada cada uno de tales presupuestos, no sin antes advertir que todos ellos, sin excepción, deben concurrir de manera acumulada, pues todos son enumerados como igualmente exigibles en el texto legal, de manera que la ausencia de cualquiera es causa automática de denegación de la protección de la discrecionalidad.

2.Requisitos y límites.

El primero de ellos es la actuación de buena fe por parte del administrador que pretende acoger su decisión a la protección legal de la discrecionalidad empresarial. Habrá que entender, pues, que se quiere evitar el beneficio de decisiones tomadas con mala fé (con engaño; simulando un carácter estratégico o de negocio que la decisión no tiene, abusando consciente e intencionadamente del privilegio legal, buscando discrecionalidad donde hay decisión reglada, etc.), pero también habrá que admitir que, siendo regla general en el Derecho que la buena fe se presume, la prueba de la mala fe corresponderá a quien pretenda negar la protección de la discrecionalidad en el caso concreto.

El segundo consiste en actuar sin interés personal en el asunto objeto de decisión, lo que viene a redundar en el ámbito negativo de exclusión del apartado 2, ya mencionado. Si hay interés personal, habrá conflicto de interés con el de la sociedad, y ya está establecido que en esos casos no funciona la protección legal por expresa y directa excepción en el propio precepto. Parece lógico, pues, que la ausencia de interés personal deba ser demostrada por el administrador que la afirma; es él quien mejor conoce su posición respecto de la decisión a juzgar y su falta de interés en ella, sin

perjuicio de que quien pretenda negar la protección en el caso concreto pueda suministrar prueba tendente a desvirtuar la alegada ausencia de interés, o a confirmar su existencia.

El tercero consiste en haber adoptado la decisión con información suficiente, esto es con garantías y precauciones adecuadas de análisis, asesoramiento, contraste, etc., en la medida conveniente para el tipo de decisión, su importancia cuantitativa, su repercusión empresarial, etc. Tampoco cabe duda en este caso de que han de ser los propios administradores quienes suministren la prueba de la suficiencia informativa; son ellos quienes saben de qué información dispusieron, de manera que el principio de cercanía probatoria conduce aquí directamente a esa conclusión.

Finalmente, el cuarto presupuesto consiste en haber actuado “con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”, concepto éste lo suficientemente abierto como para permitir una valoración formal del itinerario seguido por la decisión (preparación, examen, debate, votación), especialmente en los aspectos de transparencia, claridad y participación, pues la invocación legal invita a considerar el modelo de organización y funcionamiento del órgano administrativo que adopta la decisión no sólo desde las reglas legales, sino también desde los parámetros de las recomendaciones de buen gobierno corporativo para valorar la adecuación del procedimiento. Probablemente sea éste el presupuesto en que resulta más evidente reclamar de los administradores la prueba de la adecuación procedimental, pues son ellos, y no los terceros que no forman parte del órgano, quienes conocen el procedimiento seguido y pueden proporcionar los datos que permitan calificarlo, o no, como adecuado en el caso concreto.

Examinados los presupuestos de la protección legal, hay dos aspectos de interés que conviene precisar como reflexión final de conjunto.

De un lado, el nivel de protección no tiene porqué ser absoluto ni uniforme. Cabe una protección relativa o limitada, en lo subjetivo y en lo objetivo. Subjetivamente, la protección opera de forma individualizada, respecto de cada administrador, de manera que puede suceder que, habiendo pluralidad, unos queden protegidos y otros no, o unos queden más protegidos que otros, en función de la concurrencia de los presupuestos indicados. El propio precepto se refiere a la actuación del administrador (sic), facilitando así una valoración personalizada de las conductas individuales que puede conducir a la protección de unos y a la exclusión de otros, o a una protección desigual. En los supuestos de existencia de consejo de administración, la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas, la posición directiva o supervisora de los consejeros, su pertenencia a comisiones internas especializadas que han podido influir decisivamente en la decisión, etc., pueden contribuir a hacer más o menos excusable la negligencia observada y a dificultar la protección de la discrecionalidad para todos los consejeros por igual. Objetivamente, la protección no tiene por qué ser total, en el sentido de que exonere de manera completa como efecto automático; en la instancia judicial o arbitral donde se dilucide si debe concederse protección respecto de una determinada decisión, cabría perfectamente modular la protección, o concederla sólo parcialmente, con la eventual consecuencia de moderación cuantitativa de la indemnización del daño; como cabría, si ha habido exigencia de responsabilidad solidaria previamente, hacer valer una protección parcial cuantitativamente desigual con ocasión del ejercicio del derecho de repetición entre coobligados solidarios, siempre en función de la concurrencia de los presupuestos de la protección.

De otro lado, la flexibilidad con que el deber de diligencia está contemplado, en este marco de protección de la discrecionalidad, permite cierta disponibilidad estatutaria en su configuración y exigencia. Cabría, en concreto, incidir en el régimen de la protección, siempre que ello no implicara alteración sustancial de los aspectos legalizados: cabría especificar los criterios para considerar estratégica una decisión, o adecuada la información o el procedimiento; no cabría extender el ámbito de protección más allá del previsto legalmente, ni eliminar los supuestos objeto de exclusión

legal, ni establecer una práctica supresión de todos, varios o alguno de los presupuestos legales. La cuestión del margen de disponibilidad estatutaria y de sus límites genera, como es fácilmente perceptible, una casuística ciertamente abundante, de manera que cada posible cláusula en particular requeriría de un examen específico de contraste con el régimen legal tanto del deber de diligencia, como de la protección de la discrecionalidad, a fin de decidir sobre su admisibilidad, siempre desde la perspectiva de que la protección, por su efecto exoneratorio, implica una convalidación de la exigencia del deber, en clave de excepción poco propicia para interpretaciones extensivas.

IV. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE DILIGENCIA Y SUS CONSECUENCIAS

La infracción de los deberes de los administradores, cuando de ella deriva un daño patrimonial, se sustancia en la exigencia de responsabilidad. Así es con carácter general, pero, en el caso concreto de la infracción del deber de diligencia, hay que tener en cuenta que, en los términos que acaban de analizarse, existe un amplio margen de exención como consecuencia de los efectos de la protección de la discrecionalidad, de modo que el ámbito de la negligencia sancionable queda reducido de forma relevante. Siempre que se trate de decisiones discrecionales amparadas (estratégicas y de negocio), que no estén expresamente excluidas por la ley, y concurren los presupuestos de la protección, el estándar de diligencia del ordenado empresario se entenderá cumplido y no cabrá exigir responsabilidad por los eventuales daños derivados de la decisión; a sensu contrario, procederá reclamar daños por infracción del deber de diligencia cuando se trate de decisiones no amparadas, excluidas de la protección legal, o adoptadas sin los requisitos que las hacen inmunes, siempre que concorra negligencia por falta de observancia de la pauta de conducta de un ordenado empresario, sea en alguna de sus manifestaciones expresamente previstas (falta de dedicación adecuada, actuación sin información suficiente), sea en otra forma que pueda encuadrarse en esa cláusula general de comportamiento.

Planteada así la cuestión, conviene distinguir una doble categoría de supuestos de exigencia de responsabilidad en el ámbito mercantil, dejando a un lado la que pueda sustanciarse en el ámbito civil general, en el administrativo, en el tributario, en el laboral, o incluso en el penal, cuando concurren los supuestos tipificados como delito societario, de administración desleal, de insolvencia punible, u otros aplicables. Por un lado, está la responsabilidad que podemos considerar más propiamente societaria, sea por daños o por deudas; por otro, la específica responsabilidad concursal, o por déficit, que cabe exigir cuando el concurso haya sido declarado culpable. Cada una de ellas tiene su propia función, naturaleza y alcance, por lo que procede considerarlas separadamente, si bien con distinto propósito y extensión: a la que llamamos responsabilidad societaria corresponde una simple descripción, pues no está tan directamente relacionada con los objetivos de este trabajo; mientras que la responsabilidad concursal derivada de la falta de diligencia exige un tratamiento más detallado, ya que es la que se presenta estrechamente vinculada a las situaciones de insolvencia de la sociedad, en los términos que luego se examinarán.

1. La exigencia de responsabilidad societaria (por daños y deudas).

En la LSC se contemplan dos categorías de responsabilidad específicamente societarias, sin perjuicio de que su configuración obedezca a la naturaleza civil/mercantil que las caracteriza en sentido amplio.

La primera es una responsabilidad típicamente indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por los administradores, sea a la sociedad, en el patrimonio social, sea a socios, acreedores o terceros, en el respectivo patrimonio individual. Está prevista en los artículos 236 a 241 de la LSC y

su estructura reproduce la general o común de la responsabilidad civil o subjetiva: acción u omisión ilícita y culpable en relación de causalidad con un daño patrimonial, exigible mediante la acción social que puede ejercitar la sociedad, y subsidiariamente la minoría de socios y los acreedores en interés de ella, si el daño recae en el patrimonio social, y mediante la acción individual, ejercitable por el socio, acreedor o tercero, en interés propio, cuando el patrimonio directamente perjudicado es el respectivo patrimonio particular. Su régimen jurídico está establecido con cierto detalle en la LSC, en los citados preceptos, a los que remito: presupuestos de la responsabilidad; sujetos pasivos, con notable extensión; carácter solidario y exoneración; acción social (ejercicio, legitimación, prescripción) y acción individual.

Cuando la infracción del deber de diligencia constituyera el presupuesto de ilicitud (“actos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”, en expresión del 236, 1), habrá de tenerse en cuenta, como ya está reiteradamente indicado, el ámbito de exclusión derivado de la protección de la discrecionalidad empresarial, por su efecto exoneratorio de la responsabilidad indemnizatoria de daños. Parece, no obstante, razonable entender que la regla de protección tiene su espacio más natural de funcionamiento en la relación entre la sociedad y sus administradores, y no tanto en la relación entre éstos y los socios, acreedores o terceros; lo que lleva a estimar que su eficacia exoneratoria debe ser más intensa frente a la acción social que frente a la acción individual, teniendo en cuenta el patrimonio lesionado y el interés protegido en cada caso.

La otra categoría de responsabilidad societaria prevista en la LSC (artículo 367) es una responsabilidad de los administradores por deudas de la sociedad, y tiene un componente más sancionador que indemnizatorio, ya que se contrae como consecuencia del incumplimiento de una obligación legal. En efecto, los administradores responden solidariamente de las deudas sociales que hayan contraído después de conocer la concurrencia de una causa de disolución (especialmente, las llamadas pérdidas cualificadas, que reducen el patrimonio social por debajo de la mitad de la cifra de capital) y no haber actuado en consecuencia, convocando junta para disolver la sociedad (o adoptar una alternativa de reintegración patrimonial), o instando la disolución judicial, a falta de acuerdo de la junta. El supuesto no requiere de la presencia de daño, constituye un supuesto de responsabilidad de tendencia objetiva y está claramente configurado como un mecanismo preconcurso para reaccionar en situaciones de preinsolvencia, buscando resolver la situación patrimonial mediante la disolución de la sociedad y su liquidación en vía societaria, sin perjuicio de que tal proceso derive en concurso si se aprecia insolvencia en su desarrollo, pues, en las actuales condiciones del Derecho español, sólo así se obtendrá la extinción de la sociedad y su cancelación registral, cuando haya insuficiencia patrimonial para satisfacer las deudas con los acreedores.

En este caso, el incumplimiento de la obligación de procurar la disolución integrará frecuentemente un supuesto de falta de diligencia, pues se trata de afrontar la situación en un plazo legalmente establecido, de dos meses. No hay, por tanto, decisión discrecional, sino deber legal expreso (artículos 365 y 366 de la LSC), por lo que no cabe aquí alegar protección de la discrecionalidad empresarial como cusa de exclusión de la responsabilidad por deudas, que no por daños.

La distinta finalidad de cada categoría de responsabilidad de las citadas hace finalmente que su tratamiento en el seno del concurso sea diferente: nada impide ejercer durante el concurso, y por la administración concursal legitimada en exclusiva, la acción social por daños en el patrimonio de la sociedad concursada, acumulada de oficio al concurso y ante la jurisdicción del juez concursal, pues se trata de incrementar la masa activa con la indemnización que se obtenga (artículo 48, quáter, y 51, 1, de la Ley Concursal, en adelante LC); la acción individual de socios, acreedores o

terceros contra administradores por daño directo (no para el cobro de créditos) no parece estar impedida, ni la LC lo hace expresamente, por lo que podrá ejercitarse al margen del concurso; la responsabilidad por deudas, por su parte, exigible por los acreedores de la sociedad para el cobro de créditos, puede colisionar con los fines del concurso si permite cobrar créditos al margen de éste, además de superponerse a la posible responsabilidad concursal en caso de concurso culpable, por lo que la LC (artículo 50, 2, y 51 bis, 1) opta por impedir su ejercicio una vez declarado el concurso, no admitiéndola a trámite, o suspendiéndola si ya estuviera iniciada, con interrupción de la prescripción en todo caso, por si hubiera lugar a ejercerla tras la conclusión del concurso.

2.Las consecuencias en el ámbito concursal: incidencia en la calificación del concurso como culpable; exigencia de responsabilidad concursal por déficit.

El sistema de calificación del concurso, con consecuencias de alcance indemnizatorio o sancionador, en la LC española está configurado a partir de tres presupuestos que deben concurrir conjuntamente: en primer lugar, debe haberse llegado a una situación en el procedimiento concursal en la que procede abrir la calificación (sea porque el concurso terminó con liquidación, sea porque terminó con convenio, pero éste fue gravoso para los acreedores en los términos en que, a sensu contrario, lo establece el artículo 167); luego, debe producirse la calificación del concurso como culpable en la sentencia judicial prevista en el artículo 172, si concurren las causas que llevan a tal calificación, conforme a los artículos 164 y 165, donde se combinan una cláusula general, un listado de hechos objetivos de concurso culpable y unos supuestos de presunción de culpabilidad; finalmente, dicha sentencia debe determinar a qué personas considera y declara como “personas afectadas” por tal calificación. Es entonces cuando el juez del concurso puede hacer recaer sobre ellas las negativas consecuencias legalmente previstas, en los artículos 172 y 172 bis, una vez valorada su conducta y la medida en que hayan contribuido a generar o agravar la insolvencia que provocó la declaración del concurso y su calificación como culpable.

Fijado ese marco, parecería relativamente sencillo establecer un punto de partida: si la conducta negligente de los administradores, que supuso infracción del deber de diligencia en la toma de sus decisiones, fue, por sí sola o en concurrencia con otras, causa determinante de la generación o agravación de la insolvencia del deudor (que, obviamente, se trata de un deudor persona jurídica y, más en concreto en nuestro caso, de una sociedad mercantil con administradores), parecería lógico que, declarado el concurso culpable, tales administradores fueran judicialmente declarados “personas afectadas”, con las consecuencias que establecen los artículos 172 y 172 bis (esto es, pérdida de derechos, indemnización de daños, inhabilitación y, en su caso, responsabilidad por el déficit concursal, si se dan también los presupuestos propios de esta grave medida); todo ello, sin perjuicio de sanciones en otros ámbitos, como sería el caso de la responsabilidad penal por delito de insolvencia punible, teniendo en cuenta que la calificación del concurso como culpable no vincula a los jueces y tribunales del orden penal, como así lo indica el artículo 163, 2. La cuestión, sin embargo, resulta bastante más compleja por la necesidad de integrar el conjunto de elementos que, en el sistema legal, conducen a la declaración del concurso como culpable, paso previo para los demás pronunciamientos antes citados.

En efecto, y en primer lugar, no basta cualquier tipo de negligencia en la conducta del deudor (o de sus administradores de hecho o de derecho, liquidadores o apoderados generales, si es persona jurídica, de los dos años anteriores al concurso); la cláusula general de 164, 1, exige expresamente dolo o culpa grave, lo que supone que las formas menores de culpa (aquí entendida como negligencia o infracción del deber de diligencia), esto es, la culpa menos grave, leve, o levisima, conforme a la tradicional clasificación de la falta del cuidado debido (aquí medidas a partir del estándar más rigurosos de un ordenado empresario), quedan excluidas como presupuesto

suficiente para la calificación del concurso como culpable. Pero, en segundo lugar, aunque de procedencia distinta, hay que tomar también en consideración la norma societaria de protección de la discrecionalidad empresarial, en los términos antes expuestos, de modo que, si concurren los requisitos para que opere la exención del artículo 226 de la LSC, las decisiones convalidadas y amparadas por la protección legal no deberían ser causa determinante de la calificación del concurso como culpable ni, en su caso, de la declaración de personas afectadas, incluso si esas decisiones protegidas han influido en la generación o agravación de la insolvencia de la sociedad, pues no sería razonable eximir de responsabilidad por daños en el ámbito societario y sancionar en el ámbito concursal las decisiones allí eximidas.

Ambas circunstancias, pues, reducen considerablemente la operatividad de las infracciones del deber de diligencia, y sus consecuencias, en el ámbito concursal. Sin embargo, tal conclusión sólo es útil en la aplicación de la cláusula general de concurso culpable del artículo 164, 1; porque de inmediato entran en juego en el análisis tanto los supuestos de “hecho objetivo de concurso culpable” del 164, 2, como los de “presunción de dolo o culpa grave” del 165, ya que en ambos casos, y especialmente en el primero, la relación directa entre el supuesto, que ha podido ocurrir mediando falta de diligencia en cualquier nivel de gravedad, y la generación o agravación de la insolvencia, conduce derechamente a la declaración del concurso como culpable en todo caso. Tanto es así, que a estos efectos no se valora tanto la conducta, y su ilicitud como no diligente, sino más bien la concurrencia objetiva del hecho al que la ley anuda la calificación del concurso como culpable. Baste repasar el listado de hechos, y las presunciones legales, para comprobar su alcance; y buena prueba de ello es que la inmensa mayoría de los concursos declarados culpables lo han sido, no por aplicación de la cláusula general, sino por estimación de la concurrencia de alguno de esos supuestos, especialmente los que se refieren a infracciones del deber de contabilidad.

Los supuestos de concurso culpable directo o cuasi directo del artículo 164, 2, consisten principalmente en incumplimientos de obligaciones o infracción de prohibiciones expresamente establecidas: no llevar contabilidad, llevar doble contabilidad, cometer irregularidades contables relevantes, inexactitudes o falsedades en los documentos presentados en el concurso, incumplir el convenio por causa imputable al deudor, alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores o conducta equivalente, evasión fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio, simulación de situación patrimonial ficticia. Igualmente, la presunción de culpabilidad del artículo 165, si bien admite prueba en contrario, se apoya en hechos de incumplimiento de deberes: no solicitar la declaración de concurso cuando es debido hacerlo, no colaborar con el juez del concurso y la administración del concurso, o no facilitar información, o no asistir a la junta de acreedores que debate el convenio, no formular cuentas anuales, o no someterlas a auditoría, o no depositarlas en el Registro Mercantil en alguno de los tres años anteriores al concurso, o, en fin, dificultar sin causa razonable, por socios o administradores de la sociedad concursada, la consecución de un acuerdo preconcursal de refinanciación que requería capitalización de créditos o emisión de valores. En uno y otro caso, y como denominador común, se trata de supuestos en que no cabe alegar discrecionalidad protegida ni falta excusable de diligencia: en el primer grupo, más bien se trata de actos dolosos, aunque no cabría descartar la comisión culposa o por negligencia en algún caso; en el segundo, ocurre algo similar, y aunque la presunción de culpabilidad es destructible, lo es probando en contrario que la infracción no está causalmente relacionada con la generación o agravación de la insolvencia, pues la presunción está conectada con la cláusula general del 164, 1. En ningún caso, además, se trata de decisiones estratégicas o de negocio, adoptadas en el ámbito de la discrecionalidad empresarial; son, pura y simplemente, infracciones e incumplimientos, referidas a prohibiciones o deberes, que no pueden quedar amparadas en la protección legal societaria, con efecto exoneratorio, cuando la Ley Concursal las ha tipificado expresamente como hecho objetivo

de concurso culpable (“en todo caso”, comienza diciendo el 164, 2) o como presunción de concurso culpable que facilita la aplicación de la cláusula general en los casos previstos. Por lo que cabe concluir que, en el marco descrito, la infracción del deber de diligencia puede tener consecuencias en el ámbito concursal, siempre que las acciones u omisiones que constituyen hecho de concurso culpable o fundamento de la presunción legal de culpabilidad hayan sido realizadas con desconocimiento intencionado o negligente (doloso o culposo) de tal deber, medido a partir del estándar de comportamiento de un ordenado empresario, y estén relacionadas con la generación o agravación de la insolvencia que desencadenó el concurso.

Así establecida la relación entre la infracción del deber de diligencia y el concurso culpable, quedan finalmente por indicarse las consecuencias que de ello derivan para quienes sean consideradas personas afectadas por esa calificación del concurso, sea el deudor o, si es persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o sus apoderados generales, de hasta dos años antes de la declaración del concurso, o sus socios en ciertos casos. Como ya antes se indicó, la sentencia judicial que contiene ambos pronunciamientos (concurso culpable y personas afectadas) puede adoptar las medidas previstas en el artículo 172: inhabilitación para administrar bienes ajenos, entre dos y quince años; pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o de la masa; devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente; indemnización de daños y perjuicios. Y, junto a todo ello, la más especial condena prevista en el artículo 172 bis, que es la de responsabilidad concursal, que exige una consideración más precisa.

El indicado precepto concede al juez del concurso la posibilidad (“podrá condenar” dice su apartado 1) de exigir esta responsabilidad especial a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada, o a socios que frustraron sin causa justificada un acuerdo de refinanciación, negándose a capitalizar deudas o a emitir valores, siempre que unos u otros hubiesen sido declarados como personas afectadas, y siempre que se hubiere procedido a la calificación del concurso, como culpable, una vez que resultó abierta la fase de liquidación (no, por tanto, si hubo calificación en caso de convenio gravoso, lo que hay que distinguir del caso en que hubo convenio, se incumplió y sobrevino la liquidación por esa causa, como así lo contempla el precepto).

En esas circunstancias, la condena consiste en la cobertura total o parcial del déficit concursal; esto es, de la parte de la masa pasiva no satisfecha tras la liquidación de la masa activa. El alcance subjetivo y objetivo de la condena (a todos o a algunos de los sujetos; por todo o parte del déficit) queda al arbitrio del juez, que habrá de tener en consideración “la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”, lo que añade una función indemnizatoria de daños, fundada en el nexo causal entre la conducta culpable y la insolvencia, a la función sancionadora que esta responsabilidad también tiene.

Por lo demás, cuando haya pluralidad de condenados, la sentencia debe individualizar cuantitativamente la condena, fijando la cantidad concreta de déficit que debe asumir cada condenado; la cantidad, pues, puede ser igual o diferente para cada uno, según estimación judicial, pues debe tenerse en cuenta la participación de cada uno en los hechos que determinaron la calificación del concurso como culpable. Tratándose, por ejemplo, de un consejo de administración, órgano colegiado en el que es habitual delegar facultades en uno de sus miembros, lo lógico es que la participación del delegado sea mayor que la de los demás consejeros, y que eso conduzca a una condena cuantitativamente mayor para él, mientras que la parte a asumir por los demás podrá repartirse en cuotas iguales entre ellos. En cualquier caso, todas las cantidades que se obtengan deben integrarse en la masa activa para repartirse entre los acreedores conforme a las reglas de liquidación; la redacción inicial del precepto contemplaba el pago directo a los acreedores

insatisfechos, pero este criterio, ciertamente poco razonable, fue sustituido por el vigente de la integración en la masa activa.

Finalmente, una vez pronunciada la condena en la sentencia de calificación por el juez, la legitimación para solicitar la ejecución corresponde a la administración concursal; pero si hubo acreedores que instaron a la administración concursal para que solicitara la ejecución, y ésta permaneció pasiva durante un mes, pueden también ellos mismos solicitar dicha ejecución directamente. La sentencia, en todo caso, es recurrible en apelación y, si cabe, en casación; dada la gravedad que puede suponer la condena de responsabilidad por déficit, y el conjunto de elementos que hay que valorar para exigirla, los pronunciamientos de jurisprudencia del Tribunal Supremo han sido frecuentes e importantes, no exentos de discrepancia en voto particular, ni de polémica doctrinal; pero es cierto que poco a poco han ido matizando aspectos decisivos de esta responsabilidad por déficit, hasta influir de manera determinante en la reforma del precepto que la regula (inicialmente el artículo 172, 3, y actualmente el 172 bis, con el contenido expuesto).

“EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS EN PROCESOS DE INSOLVENCIA”

INVESTIGADOR: JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MASEDA

I. Algunas ideas sobre el concepto de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial.

El ámbito de la responsabilidad civil de los administradores sociales implica enfocar, con carácter previo, unas nociones mínimas sobre el concepto de “*responsabilidad civil*” en cuanto define una nueva realidad, es decir, una obligación. Designa este concepto un “*iuris vinculum*” como los descritos en el art. 1088 del Código Civil, pero de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria. Se trata de la obligación de indemnizar los daños causados por un sujeto, en la persona o los bienes de otro²⁸). A esta acepción del término se refieren los arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. de nuestro Código Civil.

Así, como señala el Profesor García Pita, cuando –tomando como punto de referencia lo previsto en nuestros Códigos, *Civil y de Comercio*- se habla de responsabilidad *civil*, se quiere hacer referencia a una nueva relación jurídico-privada de derecho/deber, de carácter personal -no real-, es decir: a una nueva obligación con un correlativo nuevo derecho de crédito. Una relación jurídica –pues- de crédito/deuda, con los rasgos propios de las obligaciones y alguna característica llamativa; a saber: su objeto y su causa. Por lo que hace a la causa de la obligación o causa de la atribución patrimonial, de los arts. 1101, arts. 1888 al 1901 y 1902 de nuestro Código Civil, se deduce que existen obligaciones retributivas, remuneratorias, de liberalidad, restitutorias y también resarcitorias. De éstas últimas es de las que se habla, cuando se alude a la “*responsabilidad civil*” de los administradores sociales de las sociedades mercantiles.

Acotar la propia noción de “*responsabilidad*”, implica comprender que no es lo mismo hablar de responsabilidad “*civil*”, que de responsabilidad “*patrimonial*”; como tampoco es lo mismo –incluso utilizando un mismo calificativo: “*civil*”- referirse al hecho de que el responsable, en nuestro caso, administrador social, incurra en obligación indemnizatoria de daños, por él causados; que referirse al hecho de que el responsable, en nuestro caso, administrador social, se vea sometido, por ministerio de la ley, a hacerse cargo de las deudas de la Sociedad donde presta sus servicios: Es decir, del primer aspecto, la responsabilidad civil/obligación de resarcimiento, tratan los arts. 236 y ss del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 1/2010, de 02.07.2010 (en adelante, TRLSC); del segundo, trata el art. 367 TRLSC, con importantes concomitancias con el art. 172 bis de la Ley Concursal, nº 22/2003, de 09.07.2003 (en adelante, LC).

a. Cauce procesal para su reclamación

Estas “*responsabilidades*” de los administradores sociales, presentan una dimensión procesal relevante, puesto que se articulan a través de la deducción de pretensiones ante los Juzgados de lo Mercantil, a través del procedimiento judicial que corresponda. Un procedimiento que, en el seno del concurso de acreedores, resulta directamente afectado por la legitimación que establece el artículo 33

²⁸.- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Introducción. Evolución de la Responsabilidad civil de la Empresa y su aseguramiento”, en VV.AA.: “*Estudios sobre el aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*”, dir. Por F. Sánchez Calero, edit MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS/UNIÓN EDITORIAL, S.A., Madrid, 1994, p. 19. LOPEZ-COBO, C.I.: “*El Seguro de Responsabilidad civil. Fundamentos y modalidades*”, Madrid, 1988, p. 37, quien define, en términos generales, la Responsabilidad civil, como la “*obligación legal que tiene una persona de satisfacer o reparar cualquier menoscabo, daño o pérdida causados a un tercero, por culpa o negligencia*”. MELLA MÉNDEZ, L.: en <http://fundacion.usal.es/aedtss/images/stories/documentos/XXIII_Congreso_Nacional/ponencias/mella_lourdes.pdf>.

LC, que atribuye a la Administración Concursal la competencia para ejercer las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores, configurándolas como funciones de carácter procesal (art 33.1 a) 2º). En coherencia, el artículo 48 quater LC que bajo el significativo título de: *“Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora”* establece que: *“Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores”*. Y en el mismo sentido el artículo 48 bis, en relación con las acciones contra los socios: *“1. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso. 2. Durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento”*

Estos preceptos determinan un juego interesante, que parte de una clara voluntad del legislador para otorgarle legitimación exclusiva a la administración concursal, en diferentes escenarios de reclamación y responsabilidad. No se admitirán nuevos juicios declarativos, y frente a los ya iniciados, se acumularán de oficio al concurso los que tengan por objeto la reclamación de daños y perjuicios; y se suspenderán, los que tengan por objeto la acción prevista en el artículo 367 TRLSC.

II. Sobre la acción social de responsabilidad y su naturaleza jurídica

a. Su naturaleza jurídica.

Debemos insistir en que las acciones sociales de responsabilidad (art. 238 TRLSC) son acciones cuyo ejercicio procede en los supuestos en que nace una responsabilidad civil propiamente dicha. Posteriormente, luego de que el art. 237 TRLSC, establezca el régimen de solidaridad pasiva entre los sujetos agentes de la conducta, como responsables, los arts. 238 a 240, TRLSC tratan de la legitimación activa para el ejercicio de la que se describe como *“acción social”* de responsabilidad. Y dado que la responsabilidad civil, en sentido subjetivo, no es otra cosa que una obligación, parece lógico que una cabal y completa exposición de la cuestión pase por analizar los elementos integrantes del *vínculo* obligatorio u obligacional, que es la obligación de resarcimiento sobre los administradores sociales del empresario-persona jurídica. Estos elementos integrantes son de tres tipos:

a) Subjetivos o personales: los sujetos que intervienen o que constituyen los polos subjetivos, activo y pasivo, del vínculo jurídico; ora como acreedores, ora como deudores.

b) Objetivos o reales: la prestación en que consiste el contenido de la conducta debida, incluyendo, eventualmente, las cosas o servicios que forman su elemento real: el llamado objeto de la prestación.

c) Causales: la *“iusta causa obligandi”*; la razón o fundamento jurídico que legitima el sacrificio patrimonial que asume el deudor; que configura conforme a derecho esa radical atribución patrimonial, que, en su caso, empobrece al deudor o vincula su conducta, limitando su libertad.

Así pues, si de lo que hablamos es de la responsabilidad de los administradores sociales, es evidente

que sujeto *pasivo*, sujeto deudor de esta obligación será todo aquel que sea administrador ⁽²⁹⁾.

Pues bien, es evidente que, en la medida en que la responsabilidad civil de los administradores sociales es una verdadera "*responsabilidad civil*", de ella se podría afirmar que, en un sentido objetivo, ya no se trata, sólo, de un determinado tipo de obligación, caracterizada por su causa y su objeto, e incluso por sus elementos personales, sino que nos encontraríamos ante toda una determinada fuente de obligaciones, situada "*pari passu*" de la Ley, los contratos y los cuasicontratos. Su estructura recuerda, hasta cierto punto, la de las obligaciones nacidas "*ex lege*", lo cual explica – aunque no justifica – que hubiera habido quien creyó que la naturaleza de la Responsabilidad civil era, directamente, la de las obligaciones "*nacidas de la ley*". Destaca la posición mantenida por algunos autores que indican su naturaleza societaria y su origen legal, señalando que la determinación de la naturaleza contractual o extracontractual y el correspondiente recurso a las categorías del Derecho Privado carece de interés ya que el hecho fundamentador y las reglas de atribución de responsabilidad orgánica más importantes están determinadas por la Ley³⁰.

b. El origen del daño como característica esencial.

Sin embargo, esa equiparación como dice el Profesor Gracia Pita, resulta completamente discutible, pues el "*factum*" productor de la obligación resarcitoria no se basa exclusivamente en la Ley, sin necesidad de ningún otro factor determinante, sino que se basa en el daño causado, o, para ser más precisos, en la causación –efectiva– de ese daño, que es –en sí misma– ilícita o ilegítima, por cuanto es ilícito o ilegítimo el propio daño que se causa. La Ley no puede ser, por sí sola, fuente de estas obligaciones, porque no basta con que el deudor se encuentre en la situación descrita como supuesto de hecho de la norma, y a partir del cual surge la obligación, sino que se precisa una conducta del deudor, en cuanto responsable civil, que sea antijurídica y que lesione el interés – legítimo – del perjudicado.

La Ley, pues, no posee virtualidad suficiente para dar nacimiento a una obligación "*aquiliana*". Sin embargo, la obligación indemnizatoria, posee un propio supuesto de hecho, que integra –cuando menos– los siguientes elementos: (i) una conducta humana, positiva u omisiva; (ii) que, por sí misma, resulta –sin más– antijurídica o ilícita, como consecuencia del principio "*neminem lædere*", o que – por derivar directamente del incumplimiento de una obligación– resulta ilícito o antijurídico; (iii) una relación de causalidad, entre la conducta humana, positiva u omisiva, y la causación del daño ⁽³¹⁾.

Además, por lo general se precisará, también, de un comportamiento doloso o negligente, es decir, el elemento "*culpabilidad*", por parte del sujeto agente del daño. Si bien hay que advertir que este elemento de la culpabilidad no es un elemento insustituible, porque existe lo que se denomina responsabilidad objetiva; es decir: la responsabilidad civil que no precisa de culpa o negligencia del responsable, encontrando su fundamento en otros factores, cuyo análisis excede de este trabajo,

²⁹- LOJENDIO OSBORNE, I.: "Capítulo 21. Los administradores...", cit. en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y otros: "*Derecho mercantil*", t. II, 10ª ed., p. 368.

³⁰ RODRIGUEZ ARTIGAS, F y MARTÍN DE LA BÁRCENA, F. "*La acción social de responsabilidad*". En La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital. Coord GERRA MARTÍN, G. Pág 154.

³¹.- SANTOS BRIZ, J.: "*La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*", t. I, edit. EDITORIAL MONTECORVO, S.A., 7ª ed., nuevamente revisada y actualizada, Madrid, 1993, ps. 25 y ss. CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F.: "Algunas cuestiones sobre la Responsabilidad de los Administradores de sociedades anónimas", en VV.AA.: "*Estudios sobre el agramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*", dir. Por F. Sánchez Calero, edit MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS/UNIÓN EDITORIAL, S.A., Madrid, 1994, ps. 649 y ss. GRIMALDOS GARCÍA, Mª.I.: "Capítulo X. Órganos (ii). Los Administradores...", cit., en EMBID IRUJO/FERRANDO VILLALBA/MARTÍ MOYA: "*Introducción al Derecho de sociedades de capital...*", ps. 247 y s.

puesto que la responsabilidad de los administradores es, y debe ser, esencialmente, culposa, sin perjuicio de la concurrencia de algunas tendencias normativas a su objetivización.

Por consiguiente, la Responsabilidad civil de los Administradores sociales se basa en el modelo: conducta/nexo causal/daño, en todo caso, antijurídico, como bien reflejan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sección 15ª, números 1/2014 de 02.01.2014 ⁽³²⁾; 473/2013 de 18.12.2013 ⁽³³⁾ y 53/2014 de 13.02.2014 ⁽³⁴⁾, cuyos respectivos fundamentos jurídicos dicen – entre otras cosas- que el art. 236 TRLSC, regla general en materia de responsabilidad civil de los administradores, responde al esquema clásico de la responsabilidad por daños, de modo que sus requisitos, conforme a una jurisprudencia consolidada, son los que se han enunciado. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, número 480/2013, de 12.12.2013 ⁽³⁵⁾.

Parece obvio, pues, que la responsabilidad, el grado de ella que quepa imputar a un sujeto, haya de ser diferente, en función del carácter de las funciones e intervención de cada vocal o administrador: mayor, o más directa, cuanto más intensas son las funciones ejecutivas y, por tanto, la participación protagónica del sujeto, dentro del órgano y de su actividad. Y menor, por el contrario, o, más oblicua e indirecta, cuanto más intensas son las funciones supervisoras y de control, y, por tanto, cuanto menor sea el protagonismo del sujeto, acaso limitado a funciones supervisoras y/o asesoras, dentro del órgano y de su actividad.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 396/2013, de 20.06.2013 ⁽³⁶⁾, cuyo fundamento jurídico noveno dice:

“Valoración de la Sala. La lesión directa al socio como presupuesto necesario de la acción individual de exigencia de responsabilidad al administrador

Los administradores sociales están sujetos a responsabilidad por daños causados en el ejercicio de su cargo. El apartado primero del art. 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, con pocas modificaciones, art. 236 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) establece con carácter general que “[l]os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones

³².- SAProv. Barcelona, Secc. 15ª, Nº 1/2014 de 02.01.2014; Ponente: Ilma. Sra. Marta Rallo Ayezuren; recaída en Recurso de Apelación núm. 47/2013, de la Sent.JM., nº 6, de Barcelona, en Juicio Verbal 495/2012, en Rep.Aranzadi, 2014, marg. 55434.

³³.- SAProv. Barcelona, Secc. 15ª, nº 473/2013 de 18.12.2013; Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch; recaída en Recurso de Apelación núm. 155/2013, de la Sent.JM., nº 9, de Barcelona, en Juicio Ordinario nº 182/2012, en Rep.Aranzadi, 2014, marg. 21166.

³⁴.- SAProv. Barcelona, Secc. 15ª, nº 53/2014 de 13.02.2014; Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch; recaída en Recurso de Apelación núm. 214/2013, de la Sent.JM., nº 6, de Barcelona, en Juicio Ordinario nº 725/2010, en Rep.Aranzadi, 2014, marg. 84454.

³⁵.- SAProv. Castellón, Secc. 3ª, nº 480/2013, de 12.12.2013; Ponente: Ilmo. Sr. D José Manuel Marco Cos; recaída en Recurso de Apelación núm. 316/2013, de la Sent.JM. nº 1 de Castellón, en Juicio Ordinario nº 424/2011, en Rep.Aranzadi 2014, marg. 77805. “La STS 4 de octubre 2011 (ROJ STS 6094/2011) recuerda que la STS. 670/2010, de 4 de noviembre [Rep.Aranzadi. 2010, marg. 8868], reproduciendo la 312/2010, de 1 de junio, sistematiza los requisitos precisos para generar responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 241 de la Ley de Sociedades de Capital) y exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) acción u omisión antijurídica, 2) desarrollo de la acción u omisión por el administrador o administradores precisamente en concepto de administradores, 3) daño directo a quien demanda, 4) relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño”

³⁶.- STS., Sala de lo Civil, nº 396/2013, de 20.06.2013; Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena, recaída en Rec. de Casación nº 1421/2011, en http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1118813&utm_source=DD&utm_medium=email&nl=1, de 08/10/2013

contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

La jurisprudencia y la doctrina han distinguido en el sistema legal de responsabilidad de los administradores sociales que los daños se causen a la sociedad, o se causen a socios o terceros, generalmente acreedores; y en este último caso, que la lesión sea directa, o que sea indirecta, en cuanto refleja de la causada directamente a la sociedad. En este sentido, la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 312/2010 de 1 junio, recurso núm. 2173/2003, afirma:

“25. La actuación de los administradores puede lesionar de forma más o menos directa e inmediata los intereses de la sociedad y, de forma refleja o indirecta, por un lado, los de los socios y, por otro, los de los acreedores que como garantía de la efectividad de sus créditos cuentan con el patrimonio social.

“26. Además, puede lesionar de forma directa los intereses de los socios o de terceros sin necesidad de lesionar intereses de la sociedad”.

La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Está legitimada directamente para ejercitar la acción la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, y va dirigida a restaurar su patrimonio, resarciendo el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador.

Como se ha dicho, el daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso los apartados 4 y 5 del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 239 y 240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, con ligeras variaciones) otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social.

La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: “[n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones

de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”

No resulta convincente la doctrina que desliga a la Responsabilidad Civil de los Administradores sociales, del tronco común de la Responsabilidad Civil. No se deben crear o inventar nuevas categorías sin un sustento normativo suficiente, e incluso sin que responda a una necesidad real e ineludible, para justificar la novedad. Ciertamente, es fácil criticar los excesos y errores de algunos criterios de distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual; errores que se cometieron, especialmente, al tratar de la responsabilidad de los administradores. Como indica el Profesor Quijano, el criterio esencial, para distinguir entre una responsabilidad contractual y una responsabilidad extracontractual se encuentra en que haya, o no haya, un incumplimiento de “*una obligación previamente delimitada*”, incluso aunque esa obligación no nazca de un contrato, sino de la Ley: si es así, en este caso, en ambos casos, la responsabilidad será contractual, mientras que si la infracción ha afectado al deber *general* de no dañar a otro, entonces la responsabilidad será extracontractual. Pues bien; cualquiera de estas dos situaciones se da –se puede dar- en las posibles conductas ilegítimamente dañosas de los administradores sociales, y no hay que crear una nueva categoría. En el mejor de los casos, lo que habría que hacer es superar la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Pero superarla por vía de síntesis; de fusión.

En definitiva, la responsabilidad civil de los administradores sociales es una responsabilidad que se caracteriza, fundamentalmente, por el origen del daño; es decir: por la fuente y la naturaleza o índole del deber infringido, más que por la titularidad del interés lesionado: como sabemos, se trata de un daño que deriva de que los administradores actuaron de forma culpable, en el ejercicio de su particular y característica función de administración social. Admitido esto, resulta que el incumplimiento de ese deber puede haber causado daños a varios tipos de intereses: daños al interés del sujeto frente al cual tenían tales deberes –es decir: la sociedad o la persona jurídica de la cual eran administradores y a la cual debían prestar, diligente y lealmente, sus servicios de gestión/representación; pero también daños al interés de sujetos frente a los cuales no se hallaban vinculados, al menos directamente, por tales deberes de gestión/representación, es decir: los socios o los terceros.

III. La irrupción de un escenario de insolvencia

a. La acción social de responsabilidad.

Como adelantamos, en lo que respecta a la acción social de responsabilidad, se puede decir, con carácter general que la actual redacción de la Ley Concursal atribuye, una vez declarado el concurso, competencia al juez del concurso para su conocimiento y legitimación a la administración concursal para su ejercicio.

No contemplan las normas que regulan las instituciones preconcursales ninguna previsión en cuanto al ejercicio de las acciones de responsabilidad que estamos analizando. Quizás, por su naturaleza esencialmente extraprocesal, y por su vocación de celeridad. Sin embargo, esos períodos preconcursales, generan situaciones de riesgo muy relevantes para la masa activa que podrían justificar que algunas de las medidas que vamos a estudiar, extiendan su ámbito temporal retroactivamente, al menos, a la comunicación contemplada en el artículo 5 bis LC. En este sentido, de *lege ferendae* consideramos que sería posible contemplar, en el seno del artículo 5 bis, que los administradores informen al órgano judicial sobre las acciones de responsabilidad que les conste notificadas, a los efectos de articular la suspensión, al menos, de dichas actuaciones procesales. Esta suspensión tiene sentido en el marco de la articulación de una mínima coordinación entre las

acciones de responsabilidad y el proceso regulador de la insolvencia.

Como venimos indicando, el artículo 238 del TRLSC, regula la denominada acción social de responsabilidad, que, en su caso proceda, frente a los administradores, entablada por la sociedad, previo acuerdo de su junta general, siempre, por mayoría ordinaria. Ergo es una acción cuyo titular esencial o propio, es la sociedad, resultando que la indemnización que eventualmente se consiga, nutrirá el patrimonio social³⁷.

Por ello la legitimación recae, de forma principal, sobre la junta general, sin que a ello obste que el artículo 239 del TRLSC, conceda una legitimación a la minoría constituida por el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, es decir, un cinco por ciento. Dice la norma que podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

La acción se ejercita en defensa del interés social, constituyendo tal afirmación un elemento de especial trascendencia en su configuración, dado que en su génesis debe prevalecer como presupuesto objetivo de la acción la defensa del interés social, frente a cualquier mención o fundamento sobre intereses individuales de los socios actuantes. Ciertamente, un relevante sector de la doctrina³⁸ ha criticado la concesión de esta legitimación a la minoría, una vez que la Junta General haya decidido la no procedencia de la acción, puesto que corresponde al órgano junta general valorar la acción en relación con el interés social, y, en todo caso, porque parece que tal régimen infringe el tenor literal del artículo 159.2 del TRLSC cuando establece que todos los socios, disidentes y no asistentes, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general. En todo caso, tal como dice JUSTE³⁹, *“ la ratio de la legitimación subsidiaria de la minoría es de sencilla justificación: el riesgo de que el primer legitimado (mayoría de socios o accionistas en junta general) no actúe contra los administradores es elevado: ordinariamente, los administradores responsables serán personas de la confianza de los mayoritarios, cuando no coincidan unos y otros; además, aun en el caso de que un cambio del accionariado termine con aquella confianza, razones tales como el desprestigio consiguiente al ejercicio de la acción puede retraer a la mayoría de iniciar el proceso. Por estos motivos, es una técnica conocida en el Derecho comparado el conceder un derecho de minoría, sea para el ejercicio directo, sea para impulsar o intervenir en el pleito o, finalmente para oponerse con eficacia a la renuncia o transacción sobre la acción social ya decidida”*.

Resulta evidente la trascendencia que para la configuración de la masa activa del concurso aporta esta acción. La indemnización que eventualmente se obtenga, incrementa el patrimonio social, derivando en una acción que beneficia, directamente, a todos los acreedores, en caso de insolvencia. Compensa, en el seno del patrimonio social, las consecuencias negativas que las ilícitas acciones protagonizadas por el órgano de administración, han causado al mismo, reintegrándolo y

³⁷ SANCHEZ CALERO, F. *“Los administradores en las Sociedades de Capital”*. 2ª ed. THOMSON – CIVITAS 2007.

³⁸ GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO. *“La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”*. Estudios de derecho judicial, Nº. 24, 1999 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital / Juan Bolás Alfonso (dir.)), págs. 57-130.

³⁹ JUSTE: La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social, en ROJO y BELTRÁN (Dir.), «La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles», 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 131. QUIJANO: Comentario artículo 238, en ROJO y BELTRÁN (Dir.), «Comentario de la Ley de Sociedades de Capital», Tomo II, Civitas, Madrid, 2011, p. 1709.

restituyendo en términos monetarios, el daño directamente imputable a la acción del órgano de administración.

Asimismo, el artículo 240 TRLSC, concede, adicionalmente, legitimación subsidiaria a los acreedores para el ejercicio de la acción social, que la podrán ejercitar contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Es decir, no concurre en el marco de la defensa del interés social, sino para la defensa del lícito interés particular de los acreedores actuantes, profundizamos en esta acción en el extremo siguiente.

b. La responsabilidad de los administradores por desequilibrio patrimonial

La “*responsabilidad de los administradores sociales*” también lo puede ser en el sentido del art. 367, TRLSC, que lleva por título el de “*responsabilidad solidaria de los administradores*”:

“1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”

En este caso, la alusión al concepto “*responsabilidad*” obviamente tiene un sentido muy diferente al que posee en los arts. 236 al 241 TRLSC. Ahora estamos hablando de extender los efectos vinculantes y de embargabilidad-ejecutabilidad de activos patrimoniales de las obligaciones (art. 1911 CC) asumidas por la Sociedad, como persona jurídica (art. 38 CC) a los patrimonios de los administradores que no promovieron su disolución, cuando procedía. Es lo que se conoce como la acción de responsabilidad por deudas, cuyos fundamentos jurídico-sustantivos o jurídico-materiales son muy distintos de los fundamentos jurídico-sustantivos o jurídico-materiales de las acciones de “*responsabilidad civil*” de administradores sociales.

Regula este artículo la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales⁴⁰ devengadas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución. Es decir, los supuestos previstos en el artículo 363 del TRLSC, de cuyos extremos tiene especial interés en este trabajo, el apartado e) que establece la obligación legal de disolución por la concurrencia de *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

⁴⁰ MARTIN REYES María Angeles. “La concurrencia de acciones en orden a la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales”. Anuario de Derecho Concursal num. 26/2012 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012. GARNICA, Juan F. “*La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011*”. Anuario de Derecho Concursal num. 26/2012 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012. SÁNCHEZ RUS, Eliodoro. “Conclusiones: presente y futuro del capital social” Estudios de Derecho Mercantil (Civitas). El capital social. Editorial Aranzadi, S.A.U., Abril de 2012.

solicitar la declaración de concurso.

Observamos el claro vínculo entre esta responsabilidad por deudas y la propia declaración de concurso, que, en todo caso, ostenta un presupuesto objetivo distinto, ya que no depende del equilibrio patrimonial, sino de la concurrencia de grave y continuo déficit de tesorería, evidenciado en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones a su respectivo vencimiento. Estamos en presencia de una responsabilidad cuasi objetiva, en el sentido de que el único hecho culposo relevante para determinarla consiste en no haber convocado junta general o solicitado el concurso cuando la sociedad se encontrara incurso en causa legal de disolución o en insolvencia. Por tanto, no es que se trate de una responsabilidad objetiva sino de una responsabilidad en la que la culpa únicamente ha de ser enjuiciada en relación con la diligencia del administrador al convocar (o dejar de hacerlo) la junta general para remover la causa legal de disolución

Los administradores, ante este supuesto, deben, para evitar su responsabilidad personal, ilimitada, y solidaria adoptar proactivamente, algunas de las siguientes iniciativas, inherentes a su capacidad competencial: (i) convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución; (ii) solicitar la disolución judicial o; (iii) el concurso de la sociedad. Observamos aquí, nuevamente, la cercanía normativa entre despatrimonialización e insolvencia.

Es decir, la norma extiende la deuda, mas allá de la persona jurídica, a sus administradores que incumplen su régimen legal. Específicamente, la obligación de mantener debidamente capitalizada la sociedad, como presupuesto esencial para garantizar el pago a los acreedores. Si no es posible mantener un nivel de capitalización óptimo o alcanzar el mínimo legal, es obligación de los administradores, directos y obligados concededores de la patología societaria, excluir a la sociedad del sistema; o instar, si el problema es de mera incapacidad de pago, el procedimiento concursal.

Como consecuencia del ejercicio de esta acción, cualquier acreedor puede obtener el cobro de su crédito sobre el patrimonio de los administradores. Por lo tanto, cuantitativamente, no afecta a la masa pasiva del concurso. Pero la modifica cualitativamente, porque implica que determinados acreedores podrán cobrar sus créditos extraconcurralmente, y los administradores que hayan visto ejecutado su patrimonio podrán insinuar sus créditos, pero, viendo postergados los mismos ante la consideración de subordinados (art 93 LC). Efectivamente, el artículo 93.2.º LC, subordina los créditos que frente a la concursada ostenten *los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso*. Esto implica esa modificación cualitativa de la masa pasiva, ante la postergación de determinados créditos que, una vez pagados por los administradores, resultarían postergados en el seno del concurso a su subordinación. Adicionalmente, si el concurso deviene culpable, se generaría un efectos de incremento cuantitativo de la masa activa, dado que el artículo 172.2.3º LC determina la *pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*. Efecto cualitativo y cuantitativo destacado por la mejor doctrina⁴¹.

Recordando en este extremo las aportaciones realizadas por el Profesor Beltrán que remarcaba en esta responsabilidad la *función preventiva*, la *función represora* y la *función paraconcursal*,

⁴¹ GARCÍA CRUCES, J.A. "Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada". Anuario de Derecho Concursal num. 28/2013 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2013.

explicando que la misma queda limitada por el hecho de que la reclamación solo debe ceñirse a las deudas devengadas con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución⁴².

c. La acción individual de responsabilidad

El artículo 241 del TRLSC⁴³, regula la denominada acción individual de responsabilidad, que deja a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. Es decir, y en el seno de las funciones del órgano de administración e, indudablemente, como consecuencia de aquellas, la norma articula una acción para la defensa de los intereses individuales de los socios y acreedores, directamente perjudicados por dichos actos. Es decir, se trata de una acción cualificada por el interés que persigue, en este caso, no el interés social, definido por la intervención del órgano junta general, sino el interés individual, propio, de terceros afectados por actos ilícitos de los administradores.

Ergo, la relevancia de esta acción para el concurso de acreedores es menor o inexistente, dado que la indemnización a que eventualmente pudieran ser condenados los administradores no repercutirá en el patrimonio social, sino que irá destinada a compensar el daño causado en el patrimonio individual del socio o socios actuantes. Sin embargo, en la práctica, en muchas ocasiones es difícil distinguir, en el seno de los actos protagonizados por el órgano de administración en el ejercicio de sus funciones, la relación causal directa y el perjuicio causado. Distinguir la afección del interés social, del individual, en el ámbito societario, exige una labor de precisión probatoria muy estricta que evite que la acción individual de responsabilidad se configure como un expediente abierto en favor de determinados socios o acreedores. Mas allá de supuestos concretos de incumplimiento del pago de préstamos articulados por los socios, o de acciones de acreedores frente a sociedades manifiestamente infapatrimonializadas, resulta muy difícil considerar supuestos de perjuicio en los que no deba prevalecer el interés social. Todo acto protagonizado por un órgano de administración puede y, quizás, debe valorarse en términos de afección del interés social, con carácter prevalente a cualquier escenario de perjuicio individual. Todo acto de un órgano de administración, en el ejercicio de sus funciones, se incardina, estructuralmente, en el seno de la sucesión de actos, negocios y decisiones que afectan intrínsecamente al funcionamiento de la sociedad. Que se adoptan en su más profundo seno. De ahí que la extrapolación del daño al perjuicio individual, requiera, en toda acción, con carácter previo, la valoración técnica -por el órgano judicial- sobre la naturaleza de los actos y su relevancia en cuanto al perjuicio al interés social, debiendo resultar éste prevalente. Ergo no podrán prevalecer las acciones individuales que permitan, vislumbrar en su seno actos que hayan perjudicado el interés social.

Quizás, se podría considerar que, excepto en supuestos de préstamo de socios, toda acción protagonizada por un órgano de administración, primero, necesariamente afectará y perjudicará al interés social y al patrimonio social; antes que al individual. Si permitimos que esta acción individual prospere, estaríamos otorgando una mejor condición a los socios, en perjuicio de los terceros acreedores, que, con menor información, verán postergadas sus oportunidades de accionar a un momento ulterior. Por ello los órganos judiciales deben ser estrictos en considerar que si la acción protagonizada afecta al interés social, el socio carece de acción para el ejercicio de la individual. No podemos olvidar que el patrimonio de los administradores puede integrar el patrimonio social, por lo que su afectación previa, reduce la eficacia en el seno del concurso.

⁴² BELTRÁN, E. "La responsabilidad de los Administradores por Obligaciones Sociales". Dir. ROJO, A. BELTRÁN, E. La Responsabilidad de los Administradores. TIRANT. 2008. 2º Ed.

⁴³ ESTEBAN: La acción individual de responsabilidad, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), «La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles», 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 172.

IV. La regulación inicial prevista por la Ley Concursal

En la primera redacción del artículo 48.2 de la Ley Concursal se decía que, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. Se otorgaba, en todo caso, al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior; y se decía que la formación de la sección de calificación no afectaría a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado⁴⁴.

En definitiva, se estaba consagrando un régimen de compatibilidad, considerando, en términos conceptuales, la diferente etiología definitoria de ambas acciones, que no debían resultar, al menos a nivel de política legislativa, afectadas. Se consideraba que la acción social respondía a unos presupuestos totalmente diferenciados del vigente artículo 172.2 de la Ley Concursal, dado que el eventual ejercicio de las acciones sociales o individuales, en base a la normativa societaria, no debían verse afectadas por la situación de insolvencia y su régimen jurídico especial. En todo caso, esta regulación generó un intenso debate doctrinal y profundas críticas lideradas por el profesor Alonso Ureba⁴⁵. En definitiva, el régimen de compatibilidad articulado, a pesar de su indeterminación, debía limitarse a la acción social, puesto que la acción individual no genera un crédito concursal, vinculado por la *par conditio creditorum*, sino que se trata de una acción articulada por un socio o un acreedor frente a los administradores, en el marco de una normativa y una causa ajena al concurso.

⁴⁴ Decía en uno de los primeros comentarios Rodríguez Achútegui: “Por otro lado el art. 48.2 LC, cuando regula los efectos del concurso sobre el deudor concursado, amplía la legitimación para el ejercicio de la acción social a la administración concursal, atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de tal acción social y finalmente dispone que «la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado» . La primera cuestión que plantea esa disposición y si sólo se refiere a la acción social, a la que ha aludido con anterioridad, o puede predicarse de cualquier acción, como la individual o la responsabilidad por deudas. La mayoría de la doctrina entiende que el precepto es aplicable a cualquier tipo de acción frente a los administradores. Así, JUAN Y MATEU (pg. 1110) sostiene que afecta a la acción social y acción individual, y DOMÍNGUEZ LUELMO (pg. 1125) a todo tipo de acciones y no sólo las relacionadas con el concurso.

Por otro lado es significativo que la Ley Concursal haya ampliado la legitimación para el ejercicio de la acción social a la administración concursal, sin necesidad de acuerdo alguno de la junta general. Tal ampliación supone la posibilidad de que se ejercite la acción social durante el proceso concursal, pues de lo contrario no se daría para que se utilice por un órgano del concurso.

Por último la expresión «no afectará» que contiene el art. 48.2 supone, como sostiene TORIBIOS FUENTES (pg. 946), que la calificación del concurso como culpable no implica necesariamente que hayan de prosperar las acciones de responsabilidad no concursal, o viceversa, el carácter fortuito del concurso declarado en la sección de calificación no impide que prosperen otras acciones no contempladas en la Ley Concursal”. RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E. “Compatibilidad de las acciones de responsabilidad frente al administrador social de sociedad concursada” Repertorio de Jurisprudencia num. 29/2006 parte comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2006.

⁴⁵ ALONSO UREBA, A., La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal, en AA.VV. (dirs. GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA, y PULGAR EZQUERRA), Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002 Alonso Ureba, A., La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal. (El artículo de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad), en AA.VV. (dirs. GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA, y PULGAR EZQUERRA), Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal, Ed. Dilex, Madrid, 2003, págs Alonso Ureba, A., Viera González, A.J.,

V. La regulación actual derivada de la relevante reforma articulada por la Ley 38/2011**a. Esquema normativo.**

Esta relevante reforma⁴⁶, advierte, desde su preámbulo que *“la ley pretende igualmente precisar el régimen jurídico de algunos aspectos concretos del concurso. Así sucede en primer lugar con la regulación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles durante el concurso, tratando de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que ahora habrá de ser exigida necesariamente por la administración concursal, y la denominada responsabilidad concursal por el déficit de la liquidación, que se mantiene, aunque con importantes precisiones en su régimen jurídico que tratan de resolver los principales problemas que la aplicación ha suscitado en nuestros tribunales”*⁴⁷.

Dice el artículo 48.bis de la Ley Concursal en su apartado primero que, *durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso.* Agrega este artículo en su apartado segundo que, *durante la tramitación del concurso de la sociedad, corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.*

Además, la reforma introduce un nuevo artículo 48 quáter que establece que *declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.* Algunos autores plantean que esta previsión resulta injustificada, dado que el ejercicio de la acción social de responsabilidad, con independencia de la legitimación activa para su ejercicio, implica un incremento para la masa activa; ergo en tal supuesto, carece de relevancia quién asume la iniciativa de accionar con tal fin, o quien ostenta la legitimación para una acción, que, en todo caso, beneficiará la masa activa del concurso⁴⁸. Sin duda alguna, se trata de una norma de coordinación, muy vinculada al régimen establecido en el artículo 51.1 de la Ley Concursal que determina la acumulación de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.

b. El problema de fondo

Abundando en los extremos que venimos comentando, y centrando el debate en la acción que contempla el artículo 367 del TRLSC, es decir, en la acción social de responsabilidad -dado que sobre la individual la norma no se pronuncia-, el apartado segundo del artículo 50.2 LC, dice 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.* Es decir, en relación con las acciones de responsabilidad del artículo 367 TRLSC, cuya interposición sea posterior al auto de

⁴⁶ BELRÁN, E CAMPUZANO ANA B. Materiales de la Reforma Concursal. TIRANT 2012. 1º Ed.

⁴⁷ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Apartado VIII.

⁴⁸ GARCÍA CRUCES

declaración del concurso, la LC opta por la no admisión. Mientras que para las demandas interpuestas con anterioridad, la Ley concursal, al amparo del artículo 51 bis determina, como hemos visto, la suspensión de tales procedimientos.

Por lo tanto, la Ley 38/2011 pretende evitar que se ejerciten acciones sociales de responsabilidad mas allá del ámbito concursal

VI. Conclusiones

Concurren como soluciones coherentes con el sistema concursal, tanto la atribución, exclusiva y excluyente, de competencia al juez del concurso; junto con la legitimación otorgada a la administración concursal, aunque en el ámbito de la acción social, la extensión de la legitimación a socios y/o acreedores determinaría un ámbito mas garantista para la integración de la masa activa. También es un acierto la acumulación de los procedimientos en trámite que establece el artículo 51.1 LC, al establecer que *por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia.* Régimen que se ve complementado por la suspensión de los que estuvieran en trámite (art 51 bis 1).

El artículo 50.2 de la Ley Concursal dice en su apartado 2 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, es decir, la nulidad, careciendo de valor las actuaciones realizadas.*

Así, en el caso de la acción de responsabilidad por deudas, el legislador ha diferenciado entre las acciones que hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso de la sociedad de aquellas que aún no hubieran sido ejercitadas en dicho momento, dejando las primeras en suspenso hasta la conclusión del procedimiento concursal(ex art. 51.1 bis LC), e impidiendo la admisión a trámite de las segundas, es decir, de las nuevas demandas ejercitadas al amparado del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital, durante el mismo periodo (ex art. 50.2 LC).

Por lo tanto, conforme a la actual redacción de la Ley Concursal la acción de responsabilidad por deudas queda suspendida durante todo el periodo de tiempo que transcurre hasta que finalmente se cumpla íntegramente el convenio y se declare la conclusión del concurso.

En todo caso, procede señalar que, a diferencia de lo que sucede con las acciones sociales y de responsabilidad por deudas antes referidas, nada prevé la Ley Concursal respecto a la acción individual de responsabilidad por daños, por lo que la misma queda al margen de la reforma introducida por la ley 38/2011, pudiendo continuarse o iniciarse su ejercicio con independencia del concurso de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1) Materiales de la reforma concursal (2009-2011). Beltrán, E/Campuzano, Ana B. TIRANT LO BLANCH 2012.
- 2) La Responsabilidad de los Administradores. Angel Rojo/Emilia Beltrán. TIRANT LO BLANCH 2008. 2º Ed.
- 3) La responsabilidad Civil en las Sociedades Mercantiles. Alvaro Espinós Borrás de Quadras. BOSCH. 2005.
- 4) Deberes y Responsabilidades de los Administradores de Sociedades de Capital. José Luis Díaz Echegaray. THOMSOM/ARANZADI. 2016. 2º Ed.
- 5) La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles.Rojo/Beltrán. TIRANT LO BLANCH. 2011.
- 6) La Responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes. Antonio Moya Jiménez. BOSCH. 2009. 6º Ed.
- 7) La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital. Coord. Guillermo Guerra Martín. LA LEY 2011.
- 8) Comentario de la Ley Concursal. ROJO-BELTRÁN. THOMOSOM. 2004.