

La transposición de la Directiva 2019/1023 y su influencia en el estatuto jurídico del administrador en la crisis en España

DOI https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte04_2

EVA RECAMÁN GRAÑA

Resumen: Uno de los temas que mayor interés despertó en España con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023 fue el de los deberes de los administradores de sociedades en crisis. Finalmente, el legislador español consideró que no era necesario disponer de nuevos deberes de alerta temprana o que guiaran la gestión de los administradores de sociedades en situación de dificultad financiera, por cuanto entendió que la legislación española ya disponía de un elenco de deberes de los administradores suficiente.

Palabras Clave: Deberes de los administradores, proximidad a la insolvencia, deber de diligencia, liquidación en frío, acción individual de responsabilidad.

Abstract: One of the issues that aroused most interest in Spain on the occasion of the transposition of Directive 2019/1023, was that of the directors' duties of companies in crisis. Finally, Spanish legislator considered that it was not necessary to have new early warning duties or duties to guide the management of directors of distressed companies, as it understood that Spanish law already had a sufficient framework of directors' duties.

Keywords: duties of directors, likelihood of insolvency, duty of diligence, cold liquidation, direct liability action

Sumario: I. Introducción. II. Los deberes de control y alerta temprana a la luz de la Directiva. 1. El fundamento del debate en torno al artículo 19 de la Directiva. 2. El artículo 19 de la Directiva. 3. La

opción del legislador español. III. Los deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis. 1. El deber de diligencia en la proximidad a la insolvencia. 2. La crisis disolutoria y la responsabilidad por las obligaciones sociales (art. 367 LSC). 3. La crisis concursal y la condena a la cobertura del déficit (art. 456 TRLC). 4. La doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de liquidación en frío y el recurso a la acción individual. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La promulgación de la Directiva 2019/1023 supuso una revolución en el Derecho de la insolvencia europeo que ha seguido su curso con la necesaria transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico de los Estados miembros (en adelante, Directiva sobre reestructuración e insolvencia o, simplemente, la Directiva). Con la idea del «salvamento de empresas viables» como piedra angular, el legislador comunitario ha abogado por una armonización de los marcos de reestructuración preventiva que elimine las diferencias que pudieran disuadir a la hora de invertir en otros países. En el caso de España, esa transposición se articuló mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal¹ (en adelante Ley de reforma o Ley 16/2022).

Si bien muchas son las novedades que la Directiva ha traído consigo y muchas son las discusiones que se han planteado y siguen planteándose, uno de los temas que, al menos en España, despertó un interés especial fue el de los deberes de los administradores de sociedades en crisis en el contexto de la Directiva. A continuación, se presentará la disposición comunitaria relevante, así como el estado de la cuestión en relación con su transposición en el contexto español.

¹ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

II. Los Deberes de Control y Alerta Temprana a la Luz de la Directiva

1. El fundamento del debate en torno al artículo 19 de la Directiva

El artículo 19 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia ha generado un ferviente debate, no sólo en España sino, en términos generales, en toda Europa. El núcleo del mismo es por todos conocido: tal es si se produce con la crisis de la empresa de que es titular una sociedad un cambio en los beneficiarios de los deberes de los administradores sociales (el conocido como *duty shifting*). En concreto, si con la proximidad a la insolvencia la consabida maximización del valor del socio deja de ser el criterio que ha de guiar la gestión del administrador para orientar su gestión hacia la consecución del interés de otros *stakeholders*, en especial, de los acreedores sociales.

El fundamento de este cambio, para quienes propugnan que se produce (o debe producirse) puede, de manera muy resumida, sintetizarse como sigue: en la proximidad a la insolvencia, cuando el valor de la inversión del socio es o se aproxima a cero, la «protección» que le otorga la existencia de una persona jurídica que le permita limitar su responsabilidad a lo aportado (una sociedad de capital) hace que surjan incentivos perversos que se identifican con una excesiva tendencia a la toma de decisiones arriesgadas, con la esperanza de, si hay suerte y por pocas que sean las probabilidades, recuperarse de la crisis. El socio tiene poco o nada que perder (porque su inversión, en la práctica, ya está perdida) y mucho que ganar ante la adopción de estrategias de gestión o inversión arriesgadas. Por su parte, el administrador, se teme, si alinea su comportamiento con el interés de los socios (lo que sucede, especialmente, en sociedades con capital concentrado o con socio de control, lo que es lo habitual en el panorama societario español), en tanto gestor fiduciario del interés de estos, perseguirá, entonces, este «intentar salvar la sociedad a cualquier coste», aun cuando fuera a expensas de la que debería ser la masa activa remanente para el pago de créditos pendientes en un futuro concurso (*gambling for resurrection*). Asimismo, existe comúnmente una resistencia a iniciar el procedimiento concursal, que se produce como consecuencia de la combinación de dos factores: el no querer admitir la irreversibilidad de la crisis y la esperanza de una recuperación en el último momento.

2. El artículo 19 de la Directiva

En el contexto de la Directiva, la cuestión central que se ha planteado en relación con la posición de los gestores de sociedades en crisis es la de en qué medida el texto del artículo 19 establecía un «cambio de deberes» de los administradores en la proximidad a la insolvencia, bien fuera en el sentido de tener en cuenta el interés de otros *stakeholders* en general (trabajadores, entorno económico en que la empresa despliega su actividad, etc.) o, en concreto, el de los acreedores con créditos cuyas perspectivas de cobro se vieran directamente afectadas por la inminente (dicho en términos amplios) insolvencia de la sociedad.

En concreto, el referido artículo 19 de la Directiva dispone que los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, (a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; (b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia y (c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

La interpretación de este artículo se ve facilitada y complementada por el considerando 70, que dispone: «Para seguir promoviendo la reestructuración preventiva, es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables». Es decir, la crisis de la empresa no debe suponer una paralización de su actividad, y el sistema de deberes de los administradores que se diseñe por los Estados miembros no debe ser tal que pueda suponer, de facto, un inmovilismo en la actividad gestora de los administradores sociales derivada del temor a las consecuencias jurídicas que se les puedan imponer por cuál sea, a la postre, el resultado último de su gestión de la crisis. Lo anterior se refleja en el elenco de los comportamientos o decisiones de gestión que, a modo ejemplificativo, se presentan en el citado considerando 70. Así, se dice que «[e]n caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia,

por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva».

Nada más, ni nada menos, dispone la Directiva que, en definitiva, deja en manos de los Estados miembros el cómo establecer dichas medidas o el determinar en qué deben consistir. Lo mismo sucede con el destinatario o beneficiario último de la gestión: la Directiva no entra a determinar cuál es la jerarquía de intereses —si la hubiera— que deben guiar al administrador. Así, el considerando 71 establece que la Directiva «no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta», considerando, en cambio, que «los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden». Ahora bien, lo anterior, no debe ser leído como el otorgamiento al administrado de una suerte de «carta blanca» en la orientación de su gestión. El considerando 71, por una parte, reconoce la protección de la discrecionalidad empresarial al establecer que la Directiva «debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas». Pero, por otra, dispone que, en la proximidad a la insolvencia «es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores». En consecuencia, dispone que «es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados». En última instancia, subyace a la regulación planteada por la Directiva, la idea de la existencia de un deber de

cuidado del administrador en la crisis, que se manifiesta en este mismo considerando 71, cuando dispone que los Estados miembros «deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva».

3. La opción del legislador español

Como se ha expuesto arriba, el legislador español transpuso la Directiva mediante la Ley de reforma 16/2022. Sin embargo, nuestro legislador consideró que no era necesario regular nuevos deberes de alerta temprana o que guiaran la gestión de los administradores de sociedades en crisis, por cuanto entendió que la legislación española ya disponía de un elenco de deberes de los administradores suficiente. Así, en la Exposición de motivos de la citada Ley de reforma se establece expresamente que «[l]as previsiones de la Directiva 2019/1023 respecto de los deberes de los administradores sociales se encuentran implícitos en la normativa vigente, por lo que no se introducen novedades en el régimen actual de la acción social ni en la posible calificación del concurso de acreedores como culpable».

En concreto, como también recuerda la Exposición de motivos, la legislación española está dotada de un sistema dentro del procedimiento concursal, la «calificación del concurso», específicamente destinada a determinar si existió dolo o culpa grave en la gestión o agravación de la situación de insolvencia del deudor (especialmente utilizado cuando ese deudor es una sociedad) (arts. 441 y sigs. del texto refundido de la Ley concursal, en adelante, TRLC), imponiendo, en el caso de que así proceda, determinadas consecuencias jurídicas de diversa índole al deudor o sus gestores, que abarcan desde la inhabilitación para el ejercicio de la actividad empresarial hasta la condena a la cobertura del déficit concursal (cfr. arts. 455 y 456 TRLC) (cfr. *infra*, III.3).

Ahora bien, ni es absolutamente evidente que la sección de calificación concursal dé respuesta a todas las cuestiones que surgen en torno al estatuto de los deberes de los administradores en la crisis, dado que deja abiertas cuestiones como la de la prelación de intereses en la

proximidad a la insolvencia, ni la sección de calificación es el único instrumento de que dispone la legislación mercantil española para determinar cuál es el comportamiento jurídicamente exigible al administrador de una sociedad en dificultades financieras. En las siguientes páginas expondremos cuál es el estatuto de deberes de los administradores de sociedades en crisis (y responsabilidad derivada de su incumplimiento) en Derecho español. El análisis de las distintas herramientas de que el sistema español se ha dotado ayudará, a la postre, a despejar mejor la incógnita del «cambio de deberes»: como se verá, el legislador español ha «obrado» ese cambio, precisamente, mediante la regulación de las distintas herramientas que se analizarán.

III. Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades en Crisis

Como acertadamente entiende nuestro legislador, el sistema legal español ya está dotado de normas que regulan o, al menos, pretenden determinar el comportamiento debido de los administradores de sociedades en crisis. Este elenco de normas (regulando tanto deberes como acciones de responsabilidad a los administradores por su incumplimiento) no se limita a aquellas previstas en la calificación concursal, sino que —como se expondrá— la normativa es más compleja y el elenco normativo, más amplio.

1. El deber de diligencia en la proximidad a la insolvencia

i. El control de la solvencia como expresión del deber de diligencia (art. 225 LSC)

Como se ha dicho, subyace a lo dispuesto en la Directiva una idea central: si bien el administrador dispone de un ámbito de discrecionalidad en su gestión, está siempre guiado por el deber de gestionar cuidadosamente. A su vez, ese deber de cuidado se refiere y se valora, necesariamente, en relación con cuál sea la actividad que desarrolla la sociedad y las concretas circunstancias en que se halle.

Ambas ideas (cuidado y discrecionalidad en la gestión) se encuentran explicitadas en la legislación española. Por una parte, el art. 225.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) establece, en sede del deber de diligencia, que «los administradores deberán tener una dedicación adecuada y adoptarán las medidas

precisas para la buena dirección y el control de la sociedad». Por otra, el art. 226 LSC tipifica desde 2014 la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial (la *business judgment rule*) en el Derecho español.

Ahora bien, lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es entender que ese deber de diligencia «muta» o se modula en la proximidad a la insolvencia. Consecuencia necesaria del hecho de que la dedicación haya de ser la «adecuada», es la de exigir un mayor rigor en el control de la situación financiera y contable, cuanto mayores sean los riesgos que se asumen o cuanto más comprometida sea la situación financiera de la sociedad. El deber que exige de todos los empresarios el «llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa» (v. art. 25.1 Código de comercio, en adelante, Cdc) debe extenderse al aumento del control de la solvencia proyectado a la toma de decisiones cuando la empresa enfrenta una situación comprometida, en especial, en las sociedades que gozan del «beneficio» de la limitación de responsabilidad y, por tanto, más propensas, «por naturaleza», a la asunción de riesgos.

A su vez, ese control debido exige el establecimiento de los mecanismos de monitorización del riesgo de insolvencia y de alerta temprana que sean idóneos y adecuados para el fin perseguido, teniendo en cuenta la actividad y la situación financiera de la sociedad. Lo anterior no es sólo una exigencia que se puede (y debe) derivar del deber general de cuidado que pesa sobre cualquier administrador, sino que, como se ha dicho, expresamente se contiene en el art. 225.2 LSC (los administradores «adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad»). Esa misma idea se encuentra en la Directiva cuando dispone que «los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia (...) por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda» (considerando 70).

También debe leerse en conexión con esa exigencia de control el tercer apartado del art. 225 LSC, que dispone que el administrador, en el desempeño de sus funciones, no sólo tiene el derecho, sino el deber de «recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».

Ambos deberes —el de monitorización y control y el de informarse debidamente— han de interpretarse, a su vez, teniendo en cuenta cuál sea la modalidad que haya adoptado el órgano de administración.

En concreto, cuando el órgano de administración tenga la forma de consejo, el órgano en pleno retiene, necesariamente, los deberes de supervisión (que incluyen, entonces, el de exigir de los ejecutivos que pongan en funcionamiento los sistemas de control y de transmisión de la información que sean necesarios para que el órgano en pleno pueda estar debidamente informado), frente a los deberes de control directo que recaen sobre los delegados. Esta diversidad de funciones se reconoce también en el artículo 225.1 LSC cuando dispone que los administradores deberán desempeñar su actividad gestora con la diligencia debida, «teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos» y tiene su reflejo en el régimen de responsabilidad, ya que no se permite la exoneración del órgano en pleno por el mero hecho de que existiera delegación en las funciones.

Algo similar sucede con el concreto caso de los deberes de control contable (arts. 25 y sigs. Cdc, arts. 34 y sigs. Cdc, arts. 253 y sigs. LSC). Debe tenerse en cuenta que la formulación de cuentas anuales se considera como una «función esencial del Consejo» indelegable [art. 249 bis e) LSC]. En consecuencia, el recurso a la institución de la delegación no exonerá de la responsabilidad derivada de la falta de monitorización financiera y contable.

ii. La protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC)

Lo mismo, entendemos, sucede con la discrecionalidad empresarial que, a nuestro parecer, tampoco se mantiene inalterada en la proximidad a la insolvencia. La discrecionalidad que la ley otorga al administrador para elegir, de manera independiente y de buena fe, tras informarse debidamente y siguiendo un proceso decisorio idóneo, la que considere más beneficiosa o conveniente para la sociedad de entre aquellas decisiones de gestión posibles, no desaparece en la proximidad a la insolvencia (interpretación acorde con lo que dispone la Directiva, cfr. considerando 70).

Ahora bien, como ya hemos sostenido con anterioridad, si bien uno de los fundamentos de la regla es evitar una excesiva aversión al riesgo de responsabilidad por parte del administrador (que pudiera desincentivarle de tomar decisiones, a la postre, beneficiosas), también es cierto que en la proximidad a la insolvencia existe una tendencia subóptima al riesgo, por los motivos expuestos sub II.1. En consecuencia, admitida la posibilidad de una excesiva tendencia al riesgo en estos escenarios,

sería necesario «reevaluar» la regla, limitando la discrecionalidad gestora cuando exista la posibilidad de afectación relevante de la capacidad de la sociedad de hacer frente a sus obligaciones, es decir, limitándose cuando se prevea que se afectará el patrimonio de responsabilidad a disposición de los acreedores de la sociedad, excluyéndose de entre las posibles decisiones elegibles aquellas que implicaran una probabilidad excesivamente alta de perjudicar la posición de los acreedores, en favor de decisiones con una mayor probabilidad de garantizar la viabilidad de la empresa. En esta construcción, el elemento relevante es, entonces, el «pronóstico de viabilidad»: de entre las decisiones posibles, debe elegirse aquella que, objetivamente y a priori, parezca garantizar mejor la viabilidad de la empresa, ofreciendo menores riesgos, aun cuando se descarten decisiones más rentables, si son, en cambio, más arriesgadas.

2. La crisis disolutoria y la responsabilidad por las obligaciones sociales (art. 367 LSC)

Una vía en la práctica funcionalmente equivalente, en muchos casos, a la expuesta en el apartado anterior —en concreto, en lo relativo a la construcción de una responsabilidad derivada del deber de monitorización y control de la solvencia de la sociedad— es la norma del «recapitaliza o liquida» que se deriva de la coordinación de los artículos 365 y 367 LSC.

El artículo 365 LSC establece que, en el supuesto de que la sociedad se encuentre en la situación que se denomina de «pérdidas cualificadas» (es decir, cuando las pérdidas hubieran dejado el patrimonio neto reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social, ex art. 363.1 LSC), los administradores deberán convocar la junta general en un plazo máximo de dos meses para que acuerde la disolución de la sociedad, salvo en el supuesto de que los socios adoptaran en esa junta acuerdos que permitieran la remoción de la causa (art. 365.1 y 2 LSC).

El deber de convocatoria de esta junta se deriva del artículo 17.1 Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 que establecía que «[e]n caso de pérdida grave del capital suscrito, deberá convocarse junta general en un plazo fijado por las legislaciones de los Estados miembros, con el fin de examinar si procede la disolución de la sociedad o adoptar cualquier otra medida». Ahora bien, resulta interesante destacar que el legislador español (y así también se

interpreta desde la doctrina y la jurisprudencia) ha entendido la previsión de la Segunda Directiva (a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, como la alemana, cfr. §§ 49(3) GmbHG y 92(1) AktG) como una norma en protección de acreedores, y no como un mecanismo para informar a los socios de la situación financiera de la sociedad y de la necesidad de tomar medidas al respecto. Esta opción interpretativa se hace patente en el art. 367 LSC, que regula la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (en el caso que analizamos, de las pérdidas cualificadas). Así, se busca evitar que una sociedad que no debería estar actuando en el tráfico siga contrayendo obligaciones sociales y aumentando el riesgo de impago a sus acreedores.

El recurso a la acción regulada en el art. 367 LSC ha sido, en la práctica, una vía efectiva y muy utilizada para exigir responsabilidad a los administradores por comportamientos que podríamos ubicar en la órbita del *reckless trading*, es decir, por mantener a la sociedad actuando en el tráfico (y, en concreto, contrayendo obligaciones sociales) cuando su solvencia está ya seriamente comprometida (teniendo en cuenta, eso sí, que el test que aplica esta norma para medir el riesgo es un test de balance y no de liquidez). Por el contrario, la existencia de otras acciones que, en cierta medida, se solapan en los fines y, eventualmente, resultados ha planteado problemas de coordinación de acciones, como se podrá apreciar si se compara esta acción con las que se presentarán en los apartados posteriores (v. *infra*, III.3 y III.4).

Por último, es interesante destacar que la regulación tanto del deber como de la responsabilidad aquí presentados se ha visto modificada por la Ley 16/2022 para hacerla compatible y coordinarla con el sistema de funcionamiento de los planes de reestructuración que se regula en el nuevo libro segundo del TRLC. La novísima regulación española prevé (como es común en sistemas homologables) la existencia de un periodo de negociaciones con los acreedores a cuya apertura, de comunicarse formalmente al juzgado, se anudan una multiplicidad de efectos tendentes a favorecer las negociaciones y evitar que se frustren las posibilidades de alcanzar un plan de reestructuración viable (cfr. art. 585 y arts. 594 a 613 TRLC). En concreto y en relación con la cuestión que nos ocupa, el artículo 613 TRLC dispone que mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará suspenso el deber de acordar la disolución por concurrencia de pérdidas cualificadas en las

sociedades de capital. Para hacer compatible esta suspensión del deber con lo establecido en la LSC, la misma Ley 16/2022 en la disposición final 7.^a añade al artículo 365 el apartado 3 que establece que decae la obligación de convocar la junta general que ha de adoptar la disolución cuando los administradores hubieran solicitado el concurso o hubieran comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. Se dispone, asimismo, que la convocatoria de la junta vuelve a ser debida en el momento en que decaigan los efectos de la comunicación.

La posibilidad de instar el concurso como comportamiento admisible alternativo a la convocatoria de la junta ya se aceptaba por doctrina y jurisprudencia y se leía de la anterior redacción del apartado 1 del art. 365 LSC que consideraba como una medida a tomar por la junta la de instar el concurso. La novedad se encuentra, entonces, en reconocer, también, como un comportamiento alternativo adecuado el negociar con los acreedores un plan de reestructuración.

La disposición final 7.^a también reforma el art. 367 LSC para adaptarlo a los nuevos contornos del deber definidos en el art. 365 LSC. Así, la responsabilidad por las obligaciones no surge si en el plazo de dos meses desde que concurre la causa de disolución se hubiera comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. Si finalmente el plan no se alcanzase, se reactivará el cómputo del plazo de dos meses legalmente dispuesto.

3. La crisis concursal y la condena a la cobertura del déficit (art. 456 TRLC)

Una especialidad del sistema concursal español es la existencia, dentro del propio procedimiento concursal, de una sección procesal denominada «sección de calificación» en la que se analiza si el estado de insolvencia del deudor ha de considerarse «fortuito» o «culpable» (v. art. 441 TRLC). La finalidad última del sistema es la de atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las personas afectadas por la calificación o sus cómplices cuando, debido a su comportamiento, el deudor hubiera incrementado de manera antijurídica el riesgo de insolvencia en perjuicio, en última instancia, de los acreedores (cfr. arts. 455 y 456 TRLC). En palabras de Marín de la Bárcena, «las normas sobre

calificación concursal cumplen de este modo una *función de demarcación* entre la libertad de empresa en sentido amplio, que comprende la libre gestión y disposición del patrimonio, y la protección de los acreedores afectados por la insolvencia de su deudor, que no sólo alcanza a la faceta patrimonial de sus derechos de crédito (*v. gr.*, derecho a ejecutar colectivamente el patrimonio del deudor), sino también a su faceta personal o funcional (*v. gr.*, derecho a lograr el saneamiento de su deudor en aras a recuperar su solvencia y capacidad de pago)».

La piedra angular de la institución de la calificación se haya contenida en la cláusula general recogida en el art. 442 TRLC, que dispone que «[e]l 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 derecho o de hecho, directores generales y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones».

Así, el sistema se fundamenta sobre la concurrencia de «dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia». A los efectos de determinar si dicho elemento concurre, la ley no sólo se dota de la citada cláusula general, sino que se ayuda de los artículos 443 y 444 TRLC, donde se recogen dos listas de comportamientos o conductas que cumplen una función indicaria de la existencia de un comportamiento indebido. Mientras que el art. 443 TRLC recoge «comportamientos incompatibles con una gestión ordenada» (los llamados por la ley «supuestos especiales» que actúan como presunciones *iuris et de iure* de la concurrencia de dolo o culpa grave), el artículo 444 TRLC contiene comportamientos que se consideran «indicios de una gestión desordenada del patrimonio del deudor en la proximidad a la insolvencia». Se tratan, estas segundas, de lo que la ley denomina «presunciones de culpabilidad»: presunciones *iuris tantum* de la concurrencia de culpa grave que podrán refutarse mediante la prueba por parte de las personas afectadas por la calificación de que su comportamiento en la proximidad a la insolvencia fue, de hecho, adecuado y diligente. Dentro de las presunciones destaca el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 444.1.º TRLC), declaración para la cual, en el caso de las sociedades de capital, será competente el órgano de administración (art. 3.1 II TRLC).

El sistema concursal español se alinea así con aquellos (como el alemán) donde se tipifica expresamente un deber de solicitar la declaración de concurso, considerándose este deber de manera ya tradicional como uno de aquellos que integran el estatuto de los deberes de los administradores en la proximidad a la insolvencia. En la legislación española este deber se encuentra recogido en el art. 5 TRLC, que concede al deudor un plazo de dos meses para instar el principio del procedimiento concursal desde que conociera o debiera haber conocido que se encontraba en situación de insolvencia actual (el mismo deber se encuentra en el art. 686.2 TRLC para el procedimiento especial de microempresas), conocimiento que, aunque no se diga expresamente, se le exige al órgano de administración.

Pues bien, como ya se ha adelantado, el legislador recoge expresamente el incumplimiento del deber de solicitud de concurso como un indicio de la concurrencia de culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. Se presume que el hecho de que la sociedad continúe actuando en el tráfico una vez es insolvente, por una parte, aumenta injustificadamente el riesgo de impago de los acreedores anteriores a la concurrencia de insolvencia, a la vez que genera, si no se han cesado las negociaciones con terceros, nuevos acreedores que quizás nunca hubieran contratado con la sociedad de haberse declarado en concurso.

La relevancia práctica de la existencia del deber de solicitud de concurso se aprecia en sede de atribución de consecuencias jurídicas a los administradores de sociedades en crisis, dado que facilita al juez la calificación del concurso como culpable. En ese caso, la sentencia de calificación determinará las consecuencias jurídicas que se impondrán a las personas afectadas por la calificación (que, como ya se ha dicho, cuando el deudor sea una sociedad de capital, podrán ser sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, sus directores generales y aquellos que hubieran tenido alguna de estas condiciones en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, ex art. 442).

De las consecuencias jurídicas posibles destaca la condena a la cobertura del déficit concursal (la anteriormente conocida como responsabilidad concursal) recogida en el art. 456 TRLC. Esta institución permite condenar a todos o alguno de los gestores de la sociedad (dependiendo de cuál hubiera sido su participación en el hecho que produjo o agravó la insolvencia y, en definitiva, de la existencia de un déficit concursal), con o sin solidaridad (según considere el juez que

procede, a la vista del comportamiento desplegado) a la cobertura total o parcial del déficit concursal (considerándose que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según inventario fueran inferiores al valor de los créditos reconocidos en la masa pasiva, ex art. 456.2).

La potencial severidad de esta condena resulta evidente, al igual que resulta evidente su practicidad como mecanismo para engrosar la masa activa disponible para el pago de los acreedores. De ahí la relevancia que, desde la entrada en vigor de la Ley concursal en 2003, ha tenido en la práctica esta responsabilidad, convirtiéndose en un instrumento al que se ha recurrido con muchísima asiduidad ante comportamientos dolosos o negligentes de los administradores de sociedades de capital en crisis.

4. La doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de liquidación en frío y el recurso a la acción individual

La responsabilidad por las obligaciones sociales (art. 376 LSC) y la condena a la cobertura del déficit (art. 465 TRLC) no son las únicas vías de que se dispone en la práctica para exigir responsabilidad a los administradores sociales por comportamientos que se consideren contrarios a los deberes de diligente gestión de la sociedad en crisis. En concreto, se ha desarrollado una jurisprudencia ya estable por el Tribunal Supremo español para aquellos casos que se podrían denominar de «liquidación en frío», es decir, supuestos en que se produce un varcamiento patrimonial irregular de la sociedad, sin instar una ordenada liquidación o un concurso.

Esta doctrina se construye mediante el recurso a la acción individual de responsabilidad que nuestra legislación recoge en el art. 241 LSC. El ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos comparados, regula expresamente en la legislación societaria una acción a disposición no sólo de socios, sino también de acreedores y terceros, que les legitima para demandar a los administradores sociales cuando, debido a su gestión dolosa o negligente (debe tratarse, claro, de un comportamiento de los administradores que se despliegue en el ejercicio del cargo), hayan sufrido un daño directo en su patrimonio personal (no un mero daño reflejo derivado de la existencia de un daño en el patrimonio de la sociedad).

El Tribunal Supremo entiende que la responsabilidad que se puede exigir vía acción individual es de «naturaleza extracontractual, integrada en el marco societario (...) que la especializa respecto de la (...) del art. 1902 cc [la responsabilidad extracontractual general recogida en el Código civil]». Debe tratarse, entiende el Alto Tribunal, de una responsabilidad que surja de un «ilícito orgánico», es decir, «contraída en el desempeño de sus funciones en el cargo» (v. STSS 1.^a 253/2016, de 18 de abril, 472/2016, de 13 de julio, 129/2017, de 27 de febrero, 150/2017, de 2 de marzo, 665/2020, de 10 de diciembre).

La existencia de esta acción directa, distinta de la acción social o *actio pro societate* que se recoge en el art. 238 y sigs. LSC, resulta de gran interés práctico para construir mecanismos de exigencia de responsabilidad a los administradores por una culposa o dolosa gestión de la sociedad en la proximidad a la insolvencia, en especial cuando no proceda la apertura de la sección de calificación concursal (por ejemplo, en los supuestos de conclusión del concurso por ausencia de masa).

Ahora bien, el Tribunal Supremo no permite un uso indiscriminado de esta acción. Como regla general, considera improcedente el recuso a la acción individual en los supuestos de incumplimiento contractual de la sociedad (STS 274/2017, de 5 de mayo). Es decir, no se admite para reclamaciones de daños reflejos consecuencia de un incumplimiento contractual que, en última instancia, produce el impago al acreedor por insuficiencia del patrimonio de la sociedad.

Por el contrario, se permite el recurso excepcional a la acción individual cuando concurren dos elementos: el Tribunal Supremo exige un «esfuerzo argumentativo» que demuestre el «incumplimiento de un deber legal cualificado». En palabras del Alto Tribunal, resulta imprescindible que «se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor (acto, acuerdo o mera omisión), que esta conducta pueda ser calificada como infractora de un «deber cualificado» del administrador, y que aquel daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad» (STS 665/2020, 10 de diciembre).

En definitiva, es posible el recurso a la acción individual por comportamientos de los administradores en la proximidad a la insolvencia que afecten o lesionen directamente el derecho de crédito de los acreedores de la sociedad. Se construye así una alternativa procesal a la calificación concursal. Es más, la apertura de un procedimiento concursal

no excluye, en términos generales, la posibilidad de interposición de acciones individuales (a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad por las obligaciones sociales, que no se admiten a trámite o, si ya estuvieran admitidas, su tramitación se suspende constante el concurso, v. arts. 136.1. 2.º y 139.1 TRLC). Ahora bien, será necesario, como se ha expuesto, probar la existencia tanto la lesión directa del derecho de crédito como la infracción de un deber cualificado de cuidado del administrador en el ejercicio del cargo.

IV. Conclusiones

- i.* Efectivamente, como manifiesta el legislador en la Ley de reforma que transpone la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, el Derecho español ya dispone de un «mosaico» de deberes y acciones de responsabilidad que buscan proteger los intereses de *stakeholders* distintos de los socios en la proximidad a la insolvencia, en especial, de los acreedores sociales. Ahora bien, a pesar de que el legislador español haya considerado que no es necesario modificar nuestra legislación para transponer el contenido del art. 19, algunas cuestiones siguen pendientes de ser contestadas.
- ii.* Por una parte, en el estado actual de nuestra legislación, no consideramos que esté cerrada la cuestión de la prelación de los intereses que los administradores deben proteger en la proximidad a la insolvencia, al menos, no de manera indubitable. Con frecuencia es necesario —como se ha observado, por ejemplo, al referir la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción individual y la proximidad a la insolvencia— analizar la cuestión en el caso concreto para decidir si los administradores incumplieron, en perjuicio de todos o algunos acreedores, un deber de cuidado específico frente a ellos.
- iii.* Dicho lo anterior, el hecho de que la legislación española disponga, a diferencia de otras, de un deber de solicitud de concurso complementado con una norma de «recapitaliza o liquida» reforzada por una acción de responsabilidad en el Derecho societario (modulada y coordinada, como se ha señalado, con la legislación concursal) marca, en cualquier caso, hitos o momentos donde el legislador ha determinado claramente un

cambio en los sujetos que deben ser primariamente protegidos por la gestión de los administradores. A día de hoy, sólo en esos hitos podemos, con certeza, encontrar el reconocimiento de la protección de intereses distintos de los de los socios recogido en el art. 19 a) de la Directiva.

- iv. Una suerte de indeterminación similar se produce en relación con la previsión de la Directiva que exige de los administradores tomar las medidas necesarias para evitar la insolvencia (art. 19 b) Directiva). Como hemos expresado arriba, no cabe duda de que deriva del deber general de diligencia el deber de seguimiento del estado contable y financiero de la sociedad, así como el establecimiento de medidas de alerta temprana y mecanismos de control del riesgo de insolvencia adecuados a la actividad y características (en especial, a la propensión al riesgo) de la sociedad (v. *supra*, III.1). No queda tan claro, sin embargo, si se debe considerar que forma parte del comportamiento debido ex art. 19 b) el deber de intentar procedimientos de reestructuración cuando la empresa fuera viable (una suerte de *going shopping for restructuring*), cuestión esta no resuelta por el legislador español.
- v. Por el contrario, está fuera de toda duda que nuestra legislación, como se ha expuesto, ya disponía, no ya de una norma, sino de todo un sistema, la calificación concursal, destinado, precisamente, a evitar y sancionar las conductas dolosas o gravemente culposas que pusieran en peligro la viabilidad de la empresa. En este sentido, debe entenderse, efectivamente, que no era necesario modificación alguna de nuestra legislación para cumplir con el mandato de transposición en cuanto al art. 19 c).

V. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Administradores frente a accionistas y acreedores. Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores», en N. BERMEJO GUTIÉRREZ *et al.*, dir., *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, 2019, 69-120.

- ALONSO UREBA, Alberto, «Artículo 456», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentario a la Ley Concursal*, t. I, 2.^a ed., La Ley, 2020, 1995-2022.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2006).
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual por no promoción de la disolución», *Revista de derecho de sociedades* 5 (1995) 47-78.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 34 (2021) 155-172.
- GUERRERO TREVIJANO, Cristina, «La regla de la protección de la discrecionalidad empresarial en la proximidad a la insolvencia», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., en *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 237-280.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, Artículos 441 a 445 y 455, en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentario a la Ley Concursal*, 2.^a ed., La Ley, 2020, Tomo I, 1928-1959 y 1986-1995.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, «La responsabilidad concursal», *Anuario de derecho concursal* 28 (2013) 103-157.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, 2005.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, «Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 55-128.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Responsabilidad de los administradores en la proximidad de la insolvencia», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 331-362.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva, «Diligencia e interés social en la proximidad a la insolvencia», en J. PULGAR EZQUERRA, dir., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley, 2020, 201-233.

RECAMÁN GRAÑA, Eva, «La responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales», en F.J. CAMACHO DE LOS RÍOS, *et al.*, dir., en *La administración de las sociedades de capital desde una perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi, 2019, 605-629.

RECAMÁN GRAÑA, Eva, «La “business judgment rule” en la crisis. Una propuesta interpretativa», *Revista de derecho de sociedades* 54 (2018) 143-164.

RECAMÁN GRAÑA, Eva, *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, 2016.