


La debida diligencia de los administradores sociales en situaciones de insolvencia inminente en España y Portugal

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte06_2

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ*

Resumen: Los administradores sociales, en el ejercicio de sus funciones, han de asumir una responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones dentro de una compañía que, en ocasiones, puede encontrarse en situaciones próximas a la insolvencia. En este sentido, la legislación concursal española y portuguesa mantiene este ámbito de responsabilidad en el ámbito del derecho de sociedades, toda vez que se busca que la compañía pueda continuar en funcionamiento gracias a las medidas adoptadas para prevenir la insolvencia. No obstante, si llegara la apertura de un concurso, podrían los administradores asumir responsabilidad concursal por generar o agravar la situación de insolvencia de la sociedad.

Palabras Clave: Administradores sociales, deber de diligencia, insolvencia inminente, responsabilidad administradores.

* Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas. Las labores de investigación desarrolladas en este trabajo se han iniciado en la estancia de investigación realizada por el autor en la Università degli Studi di Roma durante los meses de mayo a julio de 2019, gracias a la concesión de una ayuda a la movilidad dentro de la xv Convocatoria de Ayudas a la Movilidad Investigadora CEU – Banco Santander, en el seno del Proyecto de Investigación «Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa» - RTI2018-099471-B-I00 (Ministerio de Innovación, Ciencia y Universidades / FEDER, UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como investigador del equipo de trabajo, y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores del Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU «Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos» (C22/0720) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

Abstract: Company directors must assume responsibility for the performance of their duties within a company which, on occasions, may find itself in situations of likelihood of insolvency. In this sense, Spanish and Portuguese insolvency legislation maintains this area of responsibility in the sphere of company law, since the aim is to ensure that the company can continue to operate thanks to the measures adopted to avoid insolvency. However, if insolvency proceedings were to be opened, directors could assume insolvency liability for generating or aggravating the company's insolvency situation.

Keywords: Company directors, duty of diligence, likelihood of insolvency, director's liability.

Sumario: I. La concreción legal de la insolvencia inminente en el Derecho de la insolvencia español y portugués. II. El deber de diligencia de los administradores sociales en las situaciones de insolvencia inminente. III. La responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. La Concreción Legal de la Insolvencia Inminente en el Derecho de la Insolvencia Español y Portugués

En derecho español, la insolvencia inminente es aquella en la que el deudor debe prever que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir sus obligaciones regular y puntualmente, tal y como se establece en el artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal¹. En el Derecho portugués, la insolvencia actual se produce cuando el

¹ Ésta es la previsión legal española en vigor desde el 26 de septiembre de 2022, como consecuencia de la publicación en el Boletín Oficial del Estado el 6 de septiembre del mismo año de la 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).

deudor no puede cumplir con sus obligaciones vencidas². Sin embargo, no se encuentra en el ordenamiento portugués la categorización de la insolvencia inminente, sino que se concibe como la probabilidad de encontrarse en una situación de insolvencia actual³.

La insolvencia inminente no es lo mismo que probabilidad de insolvencia. La insolvencia está más cercana cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente que cuando la insolvencia es sólo probable⁴. De esta manera, siguiendo nuestro Derecho concursal, cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia probable, deberá acudir a un novedoso plan de reestructuración, en sustitución de los anteriores acuerdos extrajudiciales de pago y acuerdos de refinanciación, mientras que, si se halla en una situación de insolvencia inminente, el deudor deberá proceder a la declaración del concurso.

De forma similar, aunque no con la transcendencia de nuestro concepto de probabilidad de insolvencia, en relación a los planes de reestructuración, se prevé la consideración de una situación económica difícil en el Derecho portugués. En este contexto, el artículo 17-B del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contempla que esta situación se producirá cuando una empresa no pueda cumplir con sus obligaciones a tiempo, ya sea por falta de liquidez o por falta de obtención de crédito, a fin de poder acceder al llamado *processo especial de revitalização*. Por ello, la probabilidad de insolvencia, del Derecho español, es un concepto en el ámbito concursal, mientras que la situación económica difícil, del Derecho portugués, no ha de suponer, expresamente, una situación de insolvencia probable⁵.

² Asimismo, el artículo 3.2 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas señala, en supuestos de insolvencia actual, aquellas situaciones en las que el pasivo sea manifiestamente superior al activo, respecto de determinadas entidades.

³ Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial*, 1, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 135; Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 81.

⁴ Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley* (2021) 2.

⁵ Alexandre de Soveral MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 81.

II. El Deber de Diligencia de los Administradores Sociales en las Situaciones de Insolvencia Inminente

El deber de diligencia en el Derecho español queda consagrado en la actualidad en el artículo 225 LSC, en atención a los siguientes términos: *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; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*⁶. Por otro lado, el deber de diligencia en el Derecho portugués se recoge en el artículo 64 del *Código das Sociedades Comerciais*, y que enfatiza en que el administrador societario deberá reunir la disponibilidad, competencia técnica y conocimiento de la empresa.

En ambas normativas, se exige o se espera de ellos una actuación *responsable*, más allá de la de un buen padre de familia, quien se preocupa fundamentalmente por la conservación de un patrimonio, en la que fundamentalmente *ha de buscar el interés social*. Esta subordinación del interés particular⁷, en relación al interés de la empresa, se ha recogido específicamente en la LSC a raíz de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Conscientes de las múltiples críticas que ha recibido este precepto⁸, por considerarlo reiterativo al hilo del deber de lealtad, realizamos

⁶ Véase GARCÍA MANDALONIZ, Marta, «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, ISBN: 978-84-9059-792-7, 368-369, donde la autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones.

⁷ El interés de la sociedad, en el cumplimiento del deber de diligencia por parte de un administrador social en Portugal, siempre ha sido el eje central del referido deber.

⁸ Véase, entre otros, LUÍS CAZORLA, «La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?», 14 de abril de 2021, disponible en <<http://luiscazorla.com>>.

una reflexión de la oportuna incorporación que, sobre este precepto, se ha realizado y, a nuestro parecer, en conexión con la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente, en consonancia con 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)⁹. Asimismo, las obligaciones contenidas en el deber de diligencia, en el marco de la preinsolvencia, se concretan en las recomendaciones 255 y 256 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, y que señala lo siguiente: *Los administradores sociales, entre otros, quedarán obligados a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados y a adoptar medidas razonables para: a) evitar la insolvencia; y b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance*. A partir de ahí, en la recomendación 256, se recogen una serie de funciones, en el cumplimiento del deber de diligencia por parte de los administradores sociales, en el contexto de la preinsolvencia, que se asemejan a las señaladas en la Directiva y que, como estamos teniendo oportunidad de reflejar, ya están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/>, última consulta, 5 de mayo de 2022, donde el autor tacha la reforma de *ocurrencia*.

⁹ Véase Considerando 71, donde se establece: *En caso de que el deudor esté próximo 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. Por lo tanto, 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. 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.*

III. La Responsabilidad de los Administradores en Situaciones de Insolvencia Inminente

El análisis de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente debe partir de la previsión que, al respecto, se hace en el artículo 19 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En este sentido, en las situaciones de insolvencia inminente, en su consideración dentro de nuestra normativa concursal, los administradores sociales deben tomar debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: 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.

En los dos ordenamientos concursales, a la hora de abordar la responsabilidad de los administradores, sólo contamos con la responsabilidad de estos representantes tras la finalización del concurso, esto es, la responsabilidad concursal o condena a la cobertura del déficit concursal derivada de la calificación culpable del concurso. Para ello, partimos de la determinación normativa del concurso culpable, a tenor del artículo 442 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en virtud del cual *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 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*¹⁰.

¹⁰ En los mismos términos, se entiende en el Derecho portugués, en el artículo 186 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, la calificación culpable del concurso, en relación a los administradores, de hecho o de derecho, sin hacer mención, como sucede en el Derecho español, de otras figuras análogas.

En este sentido, el concurso de acreedores, junto a las funciones solutoria y conservativa, cumple, también, una función represora o sancionadora del deudor concursado o de los administradores del concursado persona jurídica cuya conducta, positiva o negativa, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia ocasionando así un perjuicio a los acreedores¹¹.

En definitiva, y tras un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, del que no es posible tratar en este momento, la naturaleza de la responsabilidad concursal es indemnizatoria¹², mientras que la sanción deriva de la inhabilitación *de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período*¹³, tal y como se establece en el artículo 455.2.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal¹⁴.

Por esta razón, y una vez que el ordenamiento español ya ha procedido a la transposición de la referida Directiva, nos encontramos con el encaje de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente en el marco de nuestro Derecho de sociedades.

¹¹ Ana Belén CAMPUZANO, «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal* 51 (2020) 481-516.

¹² Alberto ALONSO UREBA, «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en Juana PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentarios a la legislación concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 1837-1868; Juana PULGAR EZQUERRA, «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, dir., *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, 117-119.

Contra Emilio BELTRÁN, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal* 14 (2008) 329-371.

Hay que tener presente que el cambio de criterio, en cuanto a la naturaleza sancionadora o indemnizatoria de la responsabilidad concursal deviene de la reforma de la ley concursal del año 2014.

¹³ En el caso del Derecho portugués, el plazo de sanción sólo alcanza de dos a diez años, tal y como se establece en el artículo 189 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

¹⁴ Inmaculada GONZÁLEZ CABRERA, «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la sts de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades* 52 (2018) 14.

En lo concerniente a la responsabilidad solidaria de los administradores por concurrir causa legal de disolución, derivada del artículo 367 LSC¹⁵, nos centramos en la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso, prevista en el artículo 363.1.e) LSC. En el contexto que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Supremo 915/2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de junio, resuelve un recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, con el objetivo de determinar si para acordar la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y, además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad. La Sentencia, al tenor del precepto, extrae dos valiosísimas conclusiones: En primer lugar, ninguna mención se hace a la situación de insolvencia, sino a las causas de disolución de las sociedades de capital. Para ello, hay que enlazar nuestro derecho de sociedades con el derecho de la insolvencia; en este sentido, el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal distingue entre la insolvencia actual o inminente y, a partir de ahí, el deudor, en su deber de declarar el concurso, deberá hacerlo en el plazo de dos meses desde que conoce la situación de insolvencia.

¹⁵ En conexión con la nueva consideración de la insolvencia inminente y el deber de convocatoria de la junta por parte de los administradores ante la concurrencia de una causa legal de disolución, también se ha procedido al cambio de la responsabilidad de los administradores en este sentido. Por ello, el nuevo texto de la LSC plantea en el artículo 367.3 lo siguiente:

No obstante el previo acaecimiento de causa legal o estatutaria de disolución, los administradores de la sociedad no serán responsables de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento, si en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o de la aceptación el nombramiento, hubieran comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubieran solicitado la declaración de concurso de la sociedad. Si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.

Además, en segundo lugar, la otra conclusión a la que se llega es que debe precisarse también si la situación de pérdidas es o no insolvencia, es decir, si la situación de insolvencia permite integrar esas pérdidas y, por tanto, afirmar la concurrencia de la causa de disolución. A este respecto, comparte el criterio expresado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 2013: *El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir (...) entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que (...) sí constituye causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito (...) en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC).*

Será, por tanto, cuando concurra la causa legal de disolución, haya o no insolvencia, y un incumplimiento de los deberes legales de los administradores ante esta causa, cuando se pueda exigir responsabilidad a los representantes sociales. En este sentido, no hay que olvidar que la responsabilidad del administrador surge respecto de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución. Todo ello en cuanto a la eterna duda si las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución se refieren al nacimiento o a su devengo¹⁶.

¹⁶ Guillermo ALCOVER GARAU, «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades* (2020) 13, donde se analizan estas dos importantes sentencias en función de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales a tenor de contratos

Por tanto, todo administrador, para evitar estas situaciones que pueden suponer el incumplimiento de las obligaciones básicas del deber de diligencia, deberían contar con la aprobación de la junta general para la realización de cualquier operación que incrementara el pasivo de la empresa y ante la existencia de dudas razonables sobre la viabilidad de la empresa, no deberían esperar para presentar el precurso o el concurso de acreedores sino que lo presenten inmediatamente con la finalidad de abrir negociaciones y ver si es posible alcanzar un convenio, salvando así la actividad de la empresa sin riesgo alguno de incurrir en cualesquiera supuestos de responsabilidad.

Por otro lado, en el Derecho portugués, en el tratamiento de la responsabilidad de los administradores sociales frente a los acreedores, en este sentido, el artículo 78 del *Código das Sociedades Comerciais* prevé que los administradores, en un incumplimiento culpos o de las disposiciones legales o contractuales en la protección de los intereses de los acreedores, no adopten las medidas necesarias para paliar que los bienes sociales se tornen insuficientes para satisfacer los diferentes créditos, supuesto exclusivo de la insolvencia actual. En el derecho portugués, en la conexión del Derecho de sociedades con el Derecho de la insolvencia, esta casuística, esto es, la existencia de un pasivo superior al activo es característica única de la insolvencia actual, y no de la insolvencia inminente, de la probabilidad de insolvencia o de la situación económica difícil.

Entendemos, por tanto, que, desde el prisma del Derecho de sociedades, se contempla la responsabilidad de los administradores en sede concursal, y que, a partir de ahí, todo acreedor, sea o no en el seno de un concurso de acreedores, podrá solicitar al administrador concursal¹⁷, legitimado en exclusiva para el ejercicio de la reclamación de la responsabilidad a los administradores, por no adoptar la diligencia debida en su actuación para garantizar la suficiencia patrimonial societaria a fin de atender todos los créditos surgidos en interés de la empresa.

de tracto sucesivo y concurrencia de la causa legal de disolución. Tal y como se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, aunque el contrato se celebre con anterioridad a la causa legal de disolución, la obligación de pago, estipulada en el propio contrato, puede generar responsabilidad, tanto por el incumplimiento, así como por los intereses de demora.

¹⁷ Véase artículo 82.3.b) del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

IV. Conclusiones

Los administradores sociales deben buscar y velar, en todo momento, el mejor interés de la sociedad. Éste es el paradigma claro que se encuentra en el Derecho de sociedades español y portugués en el desarrollo actual del deber de diligencia de los administradores.

Ya sea en cuestiones de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, las decisiones de los administradores de la sociedad han de conducir, necesariamente, a un respaldo de los intereses múltiples de la sociedad, de los socios y de los acreedores, en aras de alcanzar la viabilidad empresarial. En este contexto, primará en todo momento el interés de la sociedad, toda vez que el deudor, bajo la representación de los administradores sociales, abordarán la situación de la mejor manera posible, en una diligencia hacia la sociedad.

Es aquí donde el órgano de administración puede eludir responsabilidad en el marco del derecho de sociedades, ya que, por el momento, no se ha llegado a la declaración del concurso, momento en el que se encontraría en situación de insolvencia inminente. Será, por tanto, en este preciso momento en el que los administradores sociales, más allá del interés social o de la empresa, deberán también hacer frente a los intereses de los acreedores, paradigma de su nueva responsabilidad en situaciones de insolvencia inminente.

El Derecho español y portugués, a la hora de analizar la responsabilidad de los administradores, en la esfera societaria y concursal, se decantan por mantener la responsabilidad en situaciones de insolvencia inminente en la esfera societaria. Si el órgano de administración no tomara las medidas suficientes, no sólo en defensa de los intereses de la sociedad, sino también de los acreedores, podrá ser calificado como culpable, a la finalización del concurso. Sin embargo, en todo momento, se podrá observar si en la fase inicial de pérdidas o de dificultades financieras, esto es, en una probable insolvencia que derive en una situación de insolvencia, los administradores sociales se han preocupado de adoptar cualesquiera medidas para evitar peores resultados para los acreedores de la sociedad a la que representan.

Al hilo de esto, y en el ámbito de la moratoria concursal, nos encontramos con las actuaciones que tienen que estar adoptando los administradores a fin de reducir e incluso eliminar su responsabilidad como consecuencia de esta medida. Sin duda, y por desgracia como

está sucediendo, nos encontramos *empresas zombies* que no hacen nada para evitar la insolvencia y, como consecuencia de ello, los administradores sociales no buscan revitalizar la situación económica de la sociedad a la que representan. Veremos, sin duda, en los próximos años, resoluciones jurisprudenciales dispares en este sentido.

V. Bibliografía

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de direito comercial*, 1, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- ALCOVER GARAU, Guillermo, «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades* (2020).
- ALONSO UREBA, Alberto, «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en Juana PULGAR EZQUERRA, dir., *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 2016, 1837-1868.
- BELTRÁN, Emilio, «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, 14 (2008) 329-371.
- CAMPUZANO, Ana Belén, «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal* 51 (2020) 481-516.
- CAZORLA, Luis, «La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?», 14 de abril de 2021, disponible en <<http://luiscazorla.com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/>>, última consulta, 5 de mayo de 2022.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta, «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en Alfonso Martínez-Echevarría y GARCÍA DE DUEÑAS, dir., *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada, «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades*, 52 (2018) 14.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley* 9973 (2021).
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, 1, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, dir., *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.