



FACULTAD DE DERECHO

**LOS ADMINISTRADORES EN**  
**SITUACIÓN DE PRE- CRISIS**  
**EMPRESARIAL**

Autor: Ana Armero Siquier

5º E3 A

Derecho Concursal

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid

Junio, 2022

**Resumen:**

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del entorno de la situación próxima a la crisis empresarial, y, por ende, a la insolvencia. En este sentido, tanto la legislación europea a través de la Directiva UE 2019/1023 como la propia Ley Concursal española (además del Texto Refundido de la Ley Concursal), con finalidad previsor, tratan de definir en qué consistirá la situación de pre-insolvencia y cómo podrá evitarse el concurso de acreedores. Sin embargo, todavía se suscitan muchas dudas acerca del estado próximo a la insolvencia, por lo que, en la práctica, genera muchos problemas de aplicación. El trabajo explora el origen de la crisis y el deber del administrador de detectar dicha situación a tiempo. Además, se analizan los deberes asociados a los administradores de las sociedades, como lo son el deber de diligencia y la denominada *Business Judgement Rule*, el deber de lealtad, el deber de abstenerse de iniciar nuevas operaciones o el deber de convocar a la asamblea general, además de la responsabilidad que se pueda generar en el marco de la pre-insolvencia, distinguiendo entre la responsabilidad por deudas, por daños y por déficit concursal. Por último, se indagará en las competencias y responsabilidades de las figuras del administrador y de la Junta de Accionistas, una vez el concurso de acreedores haya sido declarado.

**Palabras Clave:** Administrador, crisis empresarial, pre-insolvencia, diligencia, responsabilidad.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyse the environment of the situation close to a business crisis and, therefore, to insolvency. In this regard, both European legislation through EU Directive 2019/1023 and the Spanish Insolvency Act itself (in addition to the Consolidated Text of the Insolvency Act), with a forward-looking purpose, seek to define what the pre-insolvency situation will consist of and how insolvency proceedings can be avoided. However, there are still many doubts about the state of near insolvency, which, in practice, generates many problems of application. The paper explores the origin of the crisis and the administrator's duty to detect such a situation in time. Furthermore, it analyses the duties associated with company directors, such as the duty of care and the so-called Business Judgement Rule, the duty of loyalty, the duty to refrain from initiating new transactions or the duty to convene the general

meeting, as well as the liability that may arise in the context of pre-insolvency, distinguishing between liability for debts, for damages and for insolvency deficit. Finally, the competences and responsibilities of the figures of the administrator and the Shareholders' Meeting, once the insolvency proceedings have been declared, will be investigated.

**Key words:** Administrator, business crisis, pre-insolvency, diligence, liability.

# ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1.INTRODUCCIÓN</b>  | <b>6</b>  |
| <b>2.LA SITUACIÓN DE CRISIS EMPRESARIAL</b>                            | <b>6</b>  |
| a. La Directiva UE 2019/1023   | 6         |
| b. La Ley Concursal española   | 14        |
| <b>3. EL ADMINISTRADOR EN SITUACIÓN DE CRISIS EMPRESARIAL</b>          | <b>21</b> |
| a. Origen de la crisis   | 22        |
| b. Deberes del administrador en una situación próxima a la insolvencia | 24        |
| i. Deber de diligencia   | 24        |
| ii. Deber de lealtad   | 27        |
| iii. Deber de abstenerse de iniciar nuevas operaciones sociales        | 32        |
| iv. Deber de convocatoria de la asamblea general                       | 32        |
| c. Responsabilidad del administrador en la proximidad a la insolvencia | 33        |
| i Responsabilidad por daños: acción social y acción individual         | 35        |
| ii Responsabilidad por deudas  | 37        |
| iii Responsabilidad por déficit concursal                              | 38        |
| <b>4. LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR UNA VEZ DECLARADO EL CONCURSO</b>    | <b>38</b> |
| a. Competencias del administrador una vez declarado el concurso        | 39        |
| b. Responsabilidad frente a los accionistas.                           | 40        |
| c. Competencias de la Junta de Accionistas                             | 42        |
| <b>5.CONCLUSIONES</b>  | <b>43</b> |
| <b>6.BIBLIOGRAFÍA</b>  | <b>44</b> |
| a. Legislación   | 44        |
| b. Jurisprudencia  | 45        |
| c. Libros y manuales   | 46        |
| d. Artículos de revista  | 47        |

## Listado de abreviaturas

|                        |   |
|------------------------|---|
| Antigua Directiva      | Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017  |
| BJR                    | <i>Business Judgement Rule</i>  |
| BOE                    | Boletín Oficial del Estado  |
| CNUDMI                 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional   |
| La Directiva           | Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 2019  |
| LSC                    | Ley de Sociedades de Capital  |
| Propuesta de Directiva | Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de enero de 2016   |
| Proyecto de Ley        | Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020 |
| RDL                    | Real Decreto- Ley   |
| TRLC                   | Texto Refundido de la Ley Concursal   |
| UE                     | Unión Europea   |

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura de los administradores en situación de proximidad a la crisis empresarial, situación que, cada vez es más corriente y cuya importancia reside en detectarla a tiempo, para poder reconducir a la empresa y evitar llegar a la situación de insolvencia actual.

El Derecho Concursal está siendo desplazado por el Derecho Pre-Concursal, de tal manera que, siempre que sea posible, el administrador optará por adoptar cualquier mecanismo alternativo a la declaración del concurso de acreedores, que en caso de ser desarrollado con éxito, evitará el propio concurso y sus severas consecuencias, reconduciendo la situación económica de la empresa.

Una vez la empresa se encuentra en una situación de proximidad a la insolvencia, el administrador deberá de detectar dicha situación y actuar de una determinada manera, pudiendo llegar a generarse responsabilidad por deuda, por daños e incluso en algunos casos, por déficit concursal.

## **2. LA SITUACIÓN DE CRISIS EMPRESARIAL**

### **a. La Directiva UE 2019/1023**

Con fecha de 26 de junio de 2019, fue publicada la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, 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<sup>1</sup> y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132<sup>2</sup>. Los órganos legislativos de los Estados miembros tendrían hasta el 17 de julio de 2021, con posibilidad de

---

<sup>1</sup> Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio 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 (DOUE nº. 172, de 26 de junio de 2019) (en adelante, “la Directiva”).

<sup>2</sup> Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE nº. 169, de 30 de junio de 2017) (en adelante, “antigua Directiva”).

prorrogación máxima de hasta un año, para transponer la Directiva<sup>3</sup>. En España, encontramos el Proyecto de Ley 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 y por la que se modifica la antigua Directiva<sup>4</sup> (en adelante, “Proyecto de Ley”). El mismo, en armonía con la Directiva, incluye una serie de novedades que se irán comentando posteriormente.

Antes de nada, conviene que nos remontemos a la Propuesta de Directiva de 2016<sup>5</sup>, para comprender que no nos hallamos ante un procedimiento pre-concursal, si no que la Propuesta tenía como propósito evitar llegar al procedimiento concursal y optaba por buscar alternativas previas lo cual, en mi opinión, resulta acertado y parece ser lo más conveniente, con la finalidad de evitar las severas consecuencias del concurso, y más allá, con la finalidad de evitar que la economía se ralentice más aún<sup>6</sup>. No obstante, la Directiva seguirá inspirándose fuertemente en el Derecho concursal, lo cual podemos confirmar a través de los siguientes ejemplos:

- “la coexistencia de la administración del deudor y el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración (art. 5 de la Directiva)
- el procedimiento del plan de reestructuración con formación de categorías y acuerdos de mayorías (arts. 8-9 de la Directiva), con reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías (art. 11 de la Directiva).”<sup>7</sup>

Además de esto, debemos comprender que, los denominados “marcos de reestructuración preventiva” tratan de incorporar una serie de fundamentos a ser implementados de manera individual, no un simple procedimiento legalmente estructurado, a diferencia del procedimiento concursal.

---

<sup>3</sup> Art. 34 de la Directiva.

<sup>4</sup> Proyecto de Ley 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 y por la que se modifica la antigua Directiva, (en adelante “Proyecto de Ley”)

<sup>5</sup> Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, de 22 de noviembre de 2016, COM (2016 final), (en adelante “Propuesta de Directiva”).

<sup>6</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*. Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, pp. 49 y ss.

<sup>7</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno... op. cit.*, p. 49

La Directiva persigue una dualidad de objetivos. Por un lado, busca acelerar la puesta en marcha de los planes de reestructuración, buscando posibilitar que las situaciones de crisis puedan revertirse, y, por otro lado, impulsar la libertad de elección entre los distintos procedimientos de reestructuración para los deudores, con el fin último de salvar aquellas sociedades que resulten ser “viables”, tratando de maximizar de algún modo medido el valor de la empresa tanto para acreedores como para socios, e incluso otros interesados.<sup>8</sup> En mi opinión, esta libertad de elección debería de estar de cierto modo limitada, ya que, por un lado creo que tanto los administradores como los propios accionistas deberán de conocer qué opción resulta ser la más favorable y realista para la sociedad, pero por otro lado, una mala gestión de los mismos puede reconducir a una situación agravada e incluso irreversible. No obstante, no podemos reducir la finalidad de la Directiva a una simple aceleración de la reestructuración de las empresas, si no que además, esta buscará que se liquiden más rápidamente aquellas empresas que no resulten económicamente viables.<sup>9</sup>

Debemos estudiar el objeto y ámbito de aplicación de la Directiva. Siguiendo la literalidad del artículo 1.1 a, “los deudores quedan facultados para emplear los marcos de reestructuración preventiva en el caso de encontrarse en una situación de “dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente<sup>10</sup>.” Esto es una novedad frente a la Propuesta de Directiva, que hacía referencia a la situación de “riesgo de insolvencia”<sup>11</sup>. Esto ya provocará cierta incertidumbre acerca del ámbito de aplicación de la Directiva, en particular, comparándola con la legislación española en materia concursal.

Para poder continuar con el estudio, resulta preciso hacer paréntesis para poder esbozar ligeramente en qué consiste el presupuesto objetivo de la Directiva, es decir, los acuerdos de refinanciación. De acuerdo con la siguiente definición, un acuerdo de refinanciación será aquel acuerdo en virtud del cuál:

---

<sup>8</sup> Martínez Muñoz, M., “La responsabilidad de los administradores societarios en el período de crisis empresarial. Reflexiones a propósito de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva.”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º. 162, pp. 100 y ss.

<sup>9</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno... op. cit.*, p. 64.

<sup>10</sup> Art. 1.1 a) de la Directiva

<sup>11</sup> Gómez Asensio, C., *La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español*, 2020, p. 482. (disponible en <https://acortar.link/FH8otK>; última consulta 03/06/2022.)



“deudor y acreedores renegocian las condiciones en las que inicialmente se pactó un contrato de financiación, situándose por tanto la refinanciación en el ámbito de contratos unidos o coaligados modificativos de contenido patrimonial, en los que las renegociaciones bilaterales se insertan con causa común en el marco de renegociación global<sup>12</sup>.”

Centrándonos también en el concepto de “reestructuración”, la Directiva lo define como lo siguiente: aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos<sup>13</sup>”. Dicho esto, las reestructuraciones comprenden todos los mecanismos destinados a modificar tanto el pasivo como el activo de la empresa; los términos y condiciones del pasivo; e incluso el reajuste de su activo. En mi opinión, los mecanismos de reestructuración son útiles en aquellos casos en los que solventar la situación de insolvencia sea realmente factible, y se apueste por la continuidad de la empresa, pues las consecuencias son menos drásticas en todo caso, salvo que lo que se esté haciendo es “evitar” el concurso cuando realmente se esté empeorando la situación económica de la empresa.

Siguiendo con el estudio, la traducción literal del texto provoca cierta confusión con la finalidad de la aplicación de la Directiva, la cuál, de acuerdo con Pulgar Ezquerro, debería concretarse a un periodo anterior a la situación de insolvencia inminente, poniendo esta situación en conexión con los principios de riesgo y probabilidad<sup>14</sup>. En concreto, la traducción del término “*likelihood*” es lo que suscita más problemas, al dudar si el mismo debería de ser traducido como probabilidad o mera posibilidad. Dicho precepto resalta la escasez, o más bien falta, de armonía entre el Derecho de la Insolvencia de la Unión Europea (en adelante, “UE”) y de sus Estados miembros.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Pulgar Ezquerro, J., *De los acuerdos de refinanciación*, en AA.VV. (Pulgar Ezquerro, J., Dir.): *Comentario a la Ley Concursal Tomo II*, 2a ed., La Ley, Madrid, 2020, p. 134.

<sup>13</sup> Art. 2.1.1) de la Directiva

<sup>14</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno... op. cit.*, pp.75 y ss.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 60.

La diversidad regulatoria en materia de procedimientos de Derecho de la Insolvencia entre los Estados miembros es un obstáculo que todavía queda por afrontar. La ausencia de armonización en la UE tiene como efecto negativo que se promueva el denominado *forum shopping*, también conocido como “foro de conveniencia”, el cuál implica que, en casos de situación próxima a la insolvencia de carácter transfronterizo, se acuda a legislaciones más flexibles y provechosas.<sup>16</sup>

Volviendo al artículo 1.1.a) de la Directiva, debemos centrarnos en el presupuesto objetivo de la “situación de insolvencia inminente”. Antes de nada, resulta importante comentar que, el deudor nunca será insolvente (actual ni inminente), si no que la insolvencia será un estado en el que pueda encontrarse. Además de esto, debemos fijarnos en que la diferencia entre encontrarse en una situación de “insolvencia inminente” discierne mucho con encontrarse en una situación con “riesgo de insolvencia”, la cual tenía el dominio en nuestra legislación desde hace años, por lo que resultará excepcionalmente necesario explorar el concepto de “insolvencia inminente.”

De acuerdo con Rojo, los elementos de la insolvencia inminente son la previsibilidad objetiva del estado de insolvencia; y la inminencia o proximidad de ese estado. Respecto del primer elemento, la insolvencia requerirá una “prognosis”, es decir, la previsión de imposibilidad prolongada en el cumplimiento regular y puntual en el pago de las obligaciones que sean exigibles. Respecto del segundo, Rojo opina que resulta ser especialmente complicada la determinación de los “límites temporales” de la inminencia, que no han sido regulados por el TRLC, y deberán de ser generalizados para todos los sectores de la actividad económica. Según el mismo, una mayor proximidad al estado de insolvencia generará un “juicio de probabilidad” más seguro. No obstante, el silencio legal ha originado que se den soluciones judiciales dispares<sup>17</sup>.

Todo esto provoca cierta confusión, la cual, nos ahorraríamos en caso de que la Directiva hubiera incluido una serie de pautas orientativas, o incluso, conjeturas acerca de cuándo existe realmente una situación de “riesgo de insolvencia inminente”, cosa que no hace.

---

<sup>16</sup> Gómez Asensio, C., *La Directiva ...* p. 474.

<sup>17</sup> Rojo Á., & Beltrán, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, S.P.

Por el contrario, nos remite a su artículo 2.2, el cuál explica que el concepto de “insolvencia inminente” se entenderá en función de las normativas nacionales de cada Estado<sup>18</sup>. Por un lado, esto confirmaría nuevamente que la Directiva presenta una grave ausencia de armonía entre los distintos Estados miembros. En concreto, la legislación española en materia concursal expone en su Preámbulo, que el supuesto de encontrarse en situación de insolvencia inminente es presupuesto suficiente como para solicitar el concurso voluntario<sup>19</sup>, procedimiento totalmente distinto al presupuesto objetivo de la Directiva. De este modo, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal<sup>20</sup> (por el cuál se modifica y armoniza la Ley 22/2003, Ley Concursal<sup>21</sup>), la “insolvencia inminente” se podría definir como aquella circunstancia en la que, debido al carácter inminente de la situación en la que se pueda encontrar el deudor, objetivamente no vaya a poder cumplir de manera regular y puntual con sus obligaciones<sup>22</sup>. Por lo tanto, se repite el mismo presupuesto objetivo tanto para solicitar el concurso voluntario, como para acudir, siendo en ambos casos, suficiente que exista una previsibilidad objetiva de insolvencia<sup>23</sup>. El cómo se mide esa previsibilidad objetiva es la clave para determinar el asunto. Todo esto sirve de evidencia de que la traducción de la Directiva tiene defectos, e incita a pensar que, en caso de encontrarse en una verdadera situación de insolvencia inminente, el deudor podrá escoger entre dos situaciones, pudiendo no solicitar el concurso voluntario, optando por llevar a cabo el acuerdo de refinanciación, lo cuál podrá resultar en una situación más grave y perjudicial para el mismo. El concepto de “insolvencia inminente” español no es del todo compatible con la finalidad de la Directiva.

Debemos suponer, sin apoyarnos en el escrito de la traducción, que las medidas de reestructuración deberán aplicarse en las situaciones previas a la insolvencia inminente, es decir, en el momento que se presenten “dificultades financieras” o cuando el deudor se encuentre en una situación previa a la insolvencia.<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> Martínez Muñoz, M., “La responsabilidad de ...”, p. 97.

<sup>19</sup> *Ibid.* pp. 98 y ss.

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (BOE nº 127, de 7 de mayo de 2015) (en adelante “TRLIC”)

<sup>21</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

<sup>22</sup> Art. 2.3 del TRLIC

<sup>23</sup> Gómez Asensio, C., *La Directiva...*, pp. 482 y ss.

<sup>24</sup> Martínez Muñoz, M. “La responsabilidad de...”, p. 98.

Tampoco existe una definición que explique qué es estar “en una situación de pre-insolvencia”, por lo que tendremos que definir la misma por exclusión. De acuerdo con Muñoz García, esta será: “cuándo no estamos todavía en la insolvencia, pero la situación económica y financiera ya ofrece estado de fricción, sometiendo a cierto estrés al deudor en el cumplimiento de las obligaciones o ante ciertas dificultades para asegurar la viabilidad, si no se adoptan medidas que aligeren la carga financiera, fortalezcan el activo disponible o agilicen el *cash-flow*.”<sup>25</sup>

Realmente, lo más conveniente es indagar en el presupuesto objetivo del acuerdo de refinanciación, para poder llegar a una aproximación a la delimitación de las situaciones próximas a la insolvencia. Como no se trata de ningún supuesto legalmente definido, habrá que descartar las situaciones en las que no se encuentra el deudor: ni en la propia situación de insolvencia (actual ni inminente); ni insuficiencia en la capacidad de pago; ni una situación de mero desequilibrio, sin afectación sobre la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones vencidas y exigibles.<sup>26</sup> La principal diferencia que distingue a la pre-insolvencia es que, esta implica encontrarse en una situación en la que objetivamente se pueda prever que pueda haber incapacidad para hacer frente a los pagos de manera objetiva, y continuada en el tiempo, que permita anticipar una solución, buscar alternativas y prevenir llegar a dicha situación.

Por lo tanto, podemos concluir que la referencia temporal de los marcos de reestructuración preventiva debe ser concretizada al periodo inmediatamente anterior a la insolvencia inminente, que puede ser representada por aquella situación de “desaceleración de la actividad empresarial en la que comienzan a ser visibles las complicaciones financieras por los aprietos para acceder al crédito y por la disminución de la tesorería o efectivo procedente de un descenso de los ingresos ordinarios derivados de la explotación del objeto social<sup>27</sup>.” Sin embargo, y en mi opinión, que se den esas situaciones no es suficiente como tal para determinar el estado de la situación, si no que es preciso que el administrador sea consciente de que en un futuro próximo se pueda dejar de cumplir de manera regular con las obligaciones. Durante esta etapa, es necesario que

---

<sup>25</sup> Muñoz García, A. “Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial”, en Pulgar Ezquerro, J. (Dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Madrid, 2020, pp. 173 y ss.

<sup>26</sup> Muñoz García, A. “Situaciones próximas a ...” pp. 199 y ss.

<sup>27</sup> Martínez Muñoz, M. “La responsabilidad de...”, pp. 102 y ss.

se adopten las medidas necesarias que restablezcan las condiciones de equilibrio normal de los negocios, y eviten el empeoramiento de la situación económico-financiera, como lo son por ejemplo la reorganización de la empresa y de sus activos o la llevanza de un control financiero más exhaustivo<sup>28</sup>.

Sin embargo, todas estas pautas teóricas resultan mucho más complicadas de aplicar a nivel práctico. Por eso mismo, la Directiva establece que los Estados tendrán que desarrollar mecanismos de alerta temprana claros y transparentes, que faciliten la detección de estas situaciones con la mayor brevedad. Esto significa que, los Estados tendrán que agregar nuevos planteamientos de gobierno corporativo en la pre-insolvencia, y que, además, con el fin de velar por el bien genérico (de manera directa o a través de cooperadores públicos o privados<sup>29</sup>), implementen unas herramientas de alerta temprana (interna para deudores, y externa para acreedores), *early-warning*, que les permita anticipar y detectar dichas situaciones<sup>30</sup>. Lo clave recae sobre configurar dichas herramientas de tal manera que faciliten a los deudores acceder a estas medidas de refinanciación mucho antes de que culmine esa situación de insolvencia, para evitar, a toda costa, la liquidación de las empresas. Los marcos de reestructuración están orientados a salvaguardar la continuidad de la empresa, y en ningún momento se pretende que sean empleados como medios para llegar a la liquidación<sup>31</sup>.

No cabe duda de que, acotar la delimitación del horizonte temporal de la aplicación de la Directiva es totalmente necesario por dos razones fundamentales: en primer lugar, para que los administradores y deudores de la sociedad puedan adoptar las precauciones indispensables para dar lugar a la reestructuración de la sociedad, y por lo tanto, rebajar las posibilidades de agravamiento económico-financiero de la misma; y en segundo lugar, para determinar el momento desde el cuál los administradores adquirirán obligaciones respecto de los acreedores y demás *stakeholders*, y aumentará su responsabilidad<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Guatri, L., *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, p. 25.

<sup>29</sup> Art. 3.2.b) de la Directiva

<sup>30</sup> Art. 3.1 de la Directiva.

<sup>31</sup> Gómez Asensio, C., *La Directiva ...* p. 485.

<sup>32</sup> Martínez Muñoz, M. "La responsabilidad de...", pp. 104 y ss.

De entre el resto de las novedades que presenta la Directiva, merece la pena destacar la posibilidad de que las reestructuraciones sean tanto negociadas, es decir, consensuadas, como forzosas (tanto para los acreedores como para el deudor), superando de este modo los tradicionales cánones de Derecho Societario y Contractual. Una reestructuración forzosa para el acreedor será aquella que trate de solventar la solución de los *freeriders*, mientras que la reestructuración forzosa para el deudor o socio será aquella en la que se trate de solucionar los bloqueos en la adopción de acuerdos<sup>33</sup>.

Concluimos que, la insolvencia actual exige que se declare el concurso, mientras que la insolvencia inminente permite solicitarlo, siendo en ambos casos, posible buscar una alternativa de refinanciación pre-concursal. En vista de la traducción de la Directiva, lo que debería plantearse es facilitar el acceso a la refinanciación, aunque no haya existido todavía esa situación de insolvencia, de tal manera que sea previsible objetivamente, que vaya a darse dicha situación, y que sea posible evitarla con reestructuraciones tempranas<sup>34</sup>.

Una vez más, insistimos en que la Directiva presente una “falta de armonización” fundamental, la cuál pone trabas a su alcance y efectividad. Una mínima convergencia es necesaria para garantizar tanto el correcto funcionamiento del mercado interior como que se asegure el ejercicio de las libertades fundamentales de circulación de capitales y de establecimiento de empresas<sup>35</sup>.

Para combatir dichas inseguridades que se puedan generar al respecto, la Directiva se focalizará en homogeneizar tres ámbitos que debemos resaltar: los mecanismos de alerta temprana; los marcos de reestructuración preventiva y la exoneración de deudas para los empresarios individuales.

## **b. La Ley Concursal española**

---

<sup>33</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno...* *op. cit.*, pp. 66 y ss.

<sup>34</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno...* *op. cit.*, p. 191.

<sup>35</sup> Cortés, J. B. (2020). “Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad”. *Revista Lex Mercatoria - Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, vol.14, nº6, 2020, p. 46 y ss. (disponible en <https://acortar.link/hVurbt> ; última consulta 03/06/2022.)

El TRLC establece como presupuesto objetivo de la declaración del concurso la insolvencia. En su artículo segundo reza que, “la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor”<sup>36</sup>. El deudor jamás será insolvente, pero podrá encontrarse en el estado de insolvencia. La insolvencia es un estado patrimonial en el cuál el deudor, de manera objetiva, no puede cumplir de manera regular y puntual con sus obligaciones. Por eso se dice que se encuentra en estado de insolvencia, pero el deudor no es insolvente en sí, pues es un estado patrimonial o económico, no una cualidad.

Tanto el TRLC como la Directiva emplean el término “insolvencia inminente”, pero como ya se ha explicado previamente, debemos de acotar el ámbito de aplicación de la Directiva a “las situaciones de pre-insolvencia”, conectando dicho estado con los principios de probabilidad y riesgo. Esto resulta ser importante, porque el TRLC y la Directiva hacen referencia a distintas medidas o procedimientos, puesto que la primera haría referencia a la solicitud del concurso de acreedores, mientras que esta última haría referencia a la serie de mecanismos de reforma y reestructuración preventivos. Procederemos a indagar en el concepto de insolvencia y las diferencias entre ambos supuestos.

Para continuar contrastando ambas normas, debemos estudiar la finalidad de los sistemas de insolvencia. Estos tratan de garantizar que se produzca una reasignación eficiente de los recursos productivos, distinguiendo entre dos escenarios: en el caso de que, pese a las dificultades económicas, haya viabilidad en la continuidad de la empresa, proceder a facilitar reestructuraciones del pasivo ante acreedores; o en el supuesto de que la continuidad sea prácticamente imposible, proceder a extraer el mayor valor de los activos para la máxima devolución a los acreedores<sup>37</sup>.

Podemos afirmar que, en ambos casos, la sociedad se enfrente a una verdadera situación de grave crisis económica, ya que, en muchos supuestos, se estará viendo en situación de pérdidas patrimoniales.

---

<sup>36</sup> Art. 2 del TRLC

<sup>37</sup> “Documento comparativo entre el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, publicado el 4 de agosto de 2021, y el proyecto de ley de la misma norma, publicado el viernes 14 de enero de 2022 en el Boletín de las Cortes”, Garrigues, 2022 (disponible en <https://acortar.link/kUTvYu> ; última consulta 03/06/2022.)

Atendiendo al art 2.2 del TRLC, se encuentra en estado de insolvencia “el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles<sup>38</sup>.” De acuerdo con de Roa, y remitiéndonos a la doctrina italiana, el cumplimiento de pagos debe de ser ajustado y conforme a la regla, lo cuál implica: i) un cumplimiento de acuerdo con las condiciones de modo y tiempo de la obligación; ii) que dicho cumplimiento y pago no perjudique a los acreedores<sup>39</sup>.

Rojo opina que la regla general será que no habrá insolvencia sin incumplimiento, para lo que deben de haber vencido las obligaciones. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, ya que podrá haber insolvencia si hay anormalidad en el sistema de pago, o en el caso de que no se pueda cumplir de manera regular. La regularidad del pago viene determinada por el cumplimiento por medios ordinarios, de tal modo que podría cumplirse una obligación de manera irregular, y a pesar del cumplimiento nos encontraríamos ante un estado de insolvencia<sup>40</sup>.

Respecto de la imposibilidad de cumplir puntualmente con las obligaciones, Rojo explica que habrá insolvencia en la medida que el deudor pueda hacer frente al pago de las obligaciones de manera tardía, pero no pueda hacer frente a las mismas a medida que sean exigibles. Un deudor que cumpla tardíamente de manera momentánea no será insolvente, pero un deudor que constantemente pague con retraso si que lo será. Para esto, sus pagos se realizarán con retraso de manera sistemática y continuada en el tiempo<sup>41</sup>.

Las sociedades pueden encontrarse en una situación próxima a la cesación de pagos, cuando las obligaciones no sean exigibles todavía; pero desde el momento en el que estas obligaciones sean exigibles y vencidas, el deudor ya se encontrará en situación de cesación de pagos<sup>42</sup>, y, por lo tanto, insolvencia actual. Debe de tratarse de una situación de cesación de pagos general, frente a una pluralidad de acreedores, y dicha situación debe de ser relevante tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, no una situación de mero impago o pago atrasado esporádico.

---

<sup>38</sup> Art. 2.2 del TRLC

<sup>39</sup> de Roa, F. S., Responsabilidad de los administradores en la etapa preconcursal: situaciones de pérdidas patrimoniales”, *Revista e-mercatoria*, vol. 14, nº 2, 2015, p. 55.

<sup>40</sup> Rojo Á., & Beltrán, E., *Comentario de la ...*, op. cit., S.P.

<sup>41</sup> *Íbid.*, S.P

<sup>42</sup> Morales Barceló, J., *La responsabilidad de los administradores mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 336.



En cambio, para que se de la situación de cesación de pagos, y conjuntamente, la insolvencia sea inminente, deben cumplirse otras circunstancias. Deben manifestarse condiciones que con cierta probabilidad vayan a afectar al deudor de tal manera que, lo más seguro, no vaya a poder hacer frente a sus obligaciones. Algunos ejemplos de dichas condiciones pueden ser: hallarse en una complicada situación financiera; complejidad en obtener acceso a financiación e imposibilidad por conservar, o incluso recuperar, la actividad económica<sup>43</sup>

La situación de cesación de pagos genera responsabilidad solidaria para los administradores de las sociedades, que pasarán a responder solidariamente frente a socios y terceros en caso de que sus actuaciones sean nocivas y generen perjuicios. El administrador deberá de abstenerse de iniciar la celebración de nuevos negocios y operaciones; además de tener el deber de comunicar la situación de manera inmediata a socios y accionistas, para que estos adopten las medidas convenientes<sup>44</sup>. A su vez, el administrador, en caso de prever que se pueda llegar al estado de cesación de pagos, es decir, con anterioridad a la insolvencia, podrá optar por iniciar un proceso de reorganización, con el fin de mitigar posibles perjuicios a los acreedores.

El propio TRLC apuesta por soluciones alternativas al concurso de acreedores antes de llegar a este, y tiene preferencia por conservar la empresa y su actividad. Una de las razones por las que se promueven dichas soluciones, es para evitar la sobrecarga y detenimiento de procedimientos concursales de los juzgados de lo mercantil. Estas soluciones vendrían representadas por los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pago. Realmente, la que busca el TRLC es proporcionar medios para subsanar y reparar aquellas empresas con posibilidad de continuidad, antes de que sea demasiado tarde.

Las soluciones pre-concursales, como alternativa al concurso, que provee el TRLC se articulan a través de dos “institutos”:

- Acuerdos de refinanciación y reestructuración de deudas
- Acuerdos extrajudiciales de pagos

---

<sup>43</sup> de Roa, F. S., “Responsabilidad de...*op. cit.*, p. 57.

<sup>44</sup> *Íbid.* p. 56.

El problema se encuentra con el propio procedimiento, que, debido a su alto coste y su excesiva inflexibilidad, acaba siendo muy lento y oneroso, por lo que, en muchos casos, se acaba convirtiendo en un conducto para liquidar la sociedad.

A través de su artículo 583, el TRLC introduce un mecanismo legal para garantizar que el escenario para la negociación de las soluciones sea adecuado: la comunicación de apertura de negociaciones. De tal modo, el deudor pondrá en conocimiento del juzgado competente para conocer del concurso, en el plazo de dos meses, que se han iniciado negociaciones para: alcanzar un acuerdo de refinanciación colectivo; obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos<sup>45</sup>. Sin embargo, no será posible realizar una comunicación genérica, en la que no se especifique que pretende alguno de esos tres objetivos, o una comunicación alternativa que mezcle el objetivo de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con cualquiera de los otros dos objetivos<sup>46</sup>. Entre los efectos de la comunicación de negociaciones, debemos de destacar los siguientes: en primer lugar, se pospondrá del deber de solicitar la declaración de concurso; y en segundo lugar, la paralización de ejecuciones. Igualmente, con la finalidad de evitar abusos, el TRLC impone una limitación temporal a la presentación de comunicaciones posteriores del deudor, que no podrá presentar otra en el plazo de un año, lo cuál, parece ser razonable<sup>47</sup>.

Respecto del aplazamiento del deber de solicitar el concurso, el deudor podrá conseguir hasta una prórroga de cuatro meses para hacerlo, o tres meses en caso de ser deudor persona natural no empresaria<sup>48</sup>. La consecuencia de dicho aplazamiento conlleva a la inadmisibilidad de solicitudes de concurso necesario por acreedores. De tal modo, las solicitudes de concurso necesario presentadas con anterioridad a la comunicación de apertura de negociaciones continuarán su tramitación; las solicitudes posteriores no serán admitidas mientras no transcurra un periodo de tres o dos meses concedido a partir de la comunicación; y las solicitudes posteriores a la expiración de dicho plazo únicamente se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes y el propio deudor no haya solicitado

---

<sup>45</sup> Art. 583 del TRLC

<sup>46</sup> Azofra Vegas, A. y Alonso Hernández Á., “Artículo 583. Comunicación de la apertura de negociaciones” en Veiga Copo, A. (dir.) *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2021, S.P.

<sup>47</sup> *Ibid*, S.P.

<sup>48</sup> Art. 595 del TRLC

el concurso voluntario<sup>49</sup>. Que los plazos de solicitud del concurso sean ampliados, en mi opinión, tiene tanto una consecuencia positiva como negativa. En primer lugar, considero que “anima” a los administradores a que traten de buscar una solución alternativa al concurso, es decir, que apuesten por la continuidad de la empresa antes de proceder directamente a la vía del concurso de manera directa. Por el contrario, también puede pasar en determinados casos que, los administradores se amparen y resguarden en dicho plazo, bloqueando la posibilidad de que se declare el concurso necesario lo antes posible., y sin tener finalidad de alcanzar ningún acuerdo, lo que podrá llevar al empeoramiento de la situación económica.

En cuanto a la paralización de ejecuciones, el artículo 588 del TRLC reza que:

- “1. Hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor.
2. Hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales en las que soliciten el embargo de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
3. El plazo será de dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario.”

La comunicación de negociaciones deriva en la paralización de ejecuciones, pero no de todas ellas:

- De acuerdo con los artículos 588, 589 y 593 del TRLC, las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor: la paralización no tendrá lugar si el juez competente resuelva que los bienes o

---

<sup>49</sup> Art. 594 del TRLC

derechos afectados no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial<sup>50</sup>.

- Las ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales promovidas por acreedores de pasivos financieros serán paralizadas siempre y cuando se demuestre que los acreedores que representen el 51% de los pasivos financieros haya apoyado fehacientemente el inicio de las negociaciones, y se haya comprometido a no iniciar o continuar acciones de ejecución individual (Art. 590 del TRLC).
- Las ejecuciones de garantías reales únicamente quedarán paralizadas si recaen sobre bienes considerados necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa (Art. 591 del TRLC).
- Las ejecuciones de créditos de derecho público tampoco se paralizarán (Art. 592 del TRLC).

Conviene destacar que, durante un periodo, dichos plazos fueron ampliados por la situación del COVID-19 (Real Decreto – Ley 16/2020<sup>51</sup>), el cuál ya ha sido derogado.

La comunicación de negociaciones ofrece un nuevo límite temporal de hasta tres o cuatro meses, para llevar a cabo las negociaciones y con ello, tratar de continuar con la actividad empresarial. De entre sus ventajas, podemos destacar las siguientes: inadmisión a trámite de solicitudes de concurso necesario; suspensión de la obligación del deudor de solicitar el concurso voluntario y la suspensión de determinadas ejecuciones. Dichas ventajas favorecen que los administradores acudan a esta opción antes de declarar el concurso, lo cuál resulta ser positivo, pues no se produce el vencimiento anticipado e innecesario de los créditos, y a su vez, garantiza la continuidad de la empresa, sirviendo de interés para la economía en general.

Con la finalidad de mitigar y atenuar el impacto de nuevas normativas que afectasen directamente sobre la actividad empresarial y la viabilidad de continuidad de estas, el legislador español reaccionó rápidamente convalidando el Real Decreto-Ley

---

<sup>50</sup> Tarsso, “Actualización – Soluciones preconcursales. Primera parte”, *Tarsso Eficacia Jurídica*, 2020 (disponible en <https://acortar.link/taP2Sh> ; última consulta 03/06/2022.)

<sup>51</sup> Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE nº 119, de 29 de abril de 2020) (en adelante “RDL 16/2020”).

3/2009 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal<sup>52</sup>. De este modo, apuesta por incrementar la transparencia y seguridad jurídica.<sup>53</sup> En la Exposición de motivos, se manifiesta, entre sus objetivos, “facilitar la refinanciación de las empresas que pudiesen atravesar dificultades financieras que no hiciesen ineludible una situación de insolvencia<sup>54</sup>”.

Dicho esto, podemos concluir que, ante todo, el TRLC apuesta por animar a que los deudores recurran a las soluciones pre-concursales antes de recurrir al procedimiento del concurso. Debemos de seguir analizando el Proyecto de Ley y sus posibles modificaciones, para ver qué posición adoptará finalmente el legislador.

### **3. EL ADMINISTRADOR EN SITUACIÓN DE CRISIS EMPRESARIAL**

De acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital<sup>55</sup>, el administrador será aquella persona (física o jurídica) encargado de la gestión y representación de la sociedad<sup>56</sup>. De entre sus deberes, debemos destacar el deber general de diligencia y el deber de lealtad. Toda acción de un administrador debe de estar encaminada tanto a perseguir el buen funcionamiento de la sociedad, como a proteger los intereses de los accionistas y de la propia sociedad<sup>57</sup>. Esto se debe a que, el contrato que une al administrador con la sociedad es el de mandato, con doble proyección: en su vertiente externa, el poder de representación y de vincular a la sociedad con terceros; y en su vertiente interna, el poder de gestión y dirección de esta. De acuerdo con Sánchez Calero, los administradores actúan como representantes orgánicos, es decir, que serán titulares del poder de representación de la sociedad, de tal manera que dicha representación no será únicamente voluntaria, sino que cobrará una dimensión de carácter institucional. De este modo,

---

<sup>52</sup> Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009) (en adelante, “RDL 3/2009”).

<sup>53</sup> García-Cruces, J. A., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, Barcelona, 2013.

<sup>54</sup> Exposición de Motivos del RDL 3/2009.

<sup>55</sup> Real Decreto- Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE nº 161, de 3 de julio de 2010) (en adelante, “LSC”)

<sup>56</sup> Art. 209 de la LSC

<sup>57</sup> Alfaro Águila-Real, J., “El deber de actuación independiente de los administradores en el mejor interés de la sociedad”, *Almacén de Derecho*, 6 de agosto de 2018. ((disponible en <https://acortar.link/iECO8e> ; última consulta 03/06/2022.)

cualquier acto realizado bajo la representación del administrador vinculará a la sociedad en su totalidad<sup>58</sup>.

La conducta del administrador en un entorno de crisis empresarial, o más bien, pre-crisis empresarial, es determinante en la posible generación de responsabilidad concursal. El administrador asume la representación de la sociedad, y por lo tanto las obligaciones en nombre y por cuenta de esta, de tal modo que, la sociedad quedará obligada frente a terceros de buena fe con los que se haya obligado el administrador, incluso si los actos no sean comprendidos dentro del objeto social de la sociedad.

#### **a. Origen de la crisis**

La sociedad se encontrará en crisis empresarial una vez se consolide una “situación de pérdidas patrimoniales”. Una vez más, debemos de recordar que la viabilidad de la continuidad de la empresa debería de ser el único presupuesto objetivo para acceder a los acuerdos de refinanciación.

Antes de nada, es necesario distinguir entre el patrimonio neto y el capital social. El primero hace referencia al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de valor pecuniario de la sociedad, mientras que el capital social, siendo para Veiga Copo una mera cifra de retención patrimonial a favor de los acreedores, que en realidad puede ser exigua o no existir a la hora de la verdad más que contablemente, se configura en base a las aportaciones de los socios. El capital social equivaldrá al patrimonio neto únicamente en el momento de la constitución de la sociedad, ya que una vez que la sociedad empiece a desarrollar su actividad y a contraer obligaciones, esto repercutirá sobre el patrimonio neto, mientras que el capital social permanecerá igual.

Con la finalidad preventiva de proteger de algún modo a los acreedores, la doctrina ha otorgado a la causal de “situación de pérdidas graves” una función pre-concursal. De este modo, se establecerá un mecanismo preventivo que tratará de evitar que se llegue a la insolvencia<sup>59</sup>: no será necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia, si no que bastará con que se encuentre en una situación de pérdidas de más de la mitad del

---

<sup>58</sup> Sánchez Calero, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 223-232.

<sup>59</sup> de Roa, F. S., “Responsabilidad de... *op. cit.*”, p. 54.

capital social<sup>60</sup> para, o bien, disolverse y liquidarse de forma voluntaria, o alternativamente, proceder a la efectiva eliminación de ese desequilibrio patrimonial.

Dicho esto, la causal de disolución por pérdidas patrimoniales se convierte en un mecanismo pre-concursal, ya que, la clara desproporción entre patrimonio y capital puede encaminar a la liquidación obligatoria de la sociedad, por causa de imposibilidad para el cumplimiento de las obligaciones sociales, sin ser lo mismo que la situación de insolvencia del deudor<sup>61</sup>. Aún teniendo un patrimonio por debajo de la mitad del capital social suscrito, la sociedad podría hacer frente a su pasivo y no tendría por qué encontrarse en una situación de insolvencia. Por el contrario, el hecho de encontrarse en situación de insolvencia dirigirá directamente el inicio del procedimiento concursal.

Debemos de mencionar que, después de la pandemia provocada por el COVID-19, el legislador estableció mediante el RDL 16/2020, que no se computarían las pérdidas de 2020 a efectos de determinar si existe la causal de disolución por pérdidas para el ejercicio 2021.

Para comprender esto, es necesario distinguir entre el patrimonio neto y el capital social. El primero hace referencia al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de valor pecuniario de la sociedad, mientras que el capital social se configura en base a las aportaciones de los socios. El capital social equivaldrá al patrimonio neto únicamente en el momento de la constitución de la sociedad, ya que una vez que la sociedad empiece a desarrollar su actividad y a contraer obligaciones, esto repercutirá sobre el patrimonio neto, mientras que el capital social permanecerá igual.

Tanto las pérdidas cualificadas, como el estado de insolvencia e incapacidad de pagos, resultan en lo siguiente: por un lado, imponer deberes a los administradores, y por otro lado, determinar la anteposición de intereses de acreedores frente a socios en tanto que se transforman en “beneficiarios principales”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Art. 363.1.e) de la LSC

<sup>61</sup> de Roa, F. S., “Responsabilidad de.... *op. cit.*, pp. 54 y ss.

<sup>62</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno...* *op. cit.*, p. 209.

El artículo 225 LSC regula el deber de diligencia del administrador, y al ponerlo en relación con qué debería de hacer un administrador en situación crisis empresarial, debemos concretar que significa estar en “crisis empresarial”.

De acuerdo con Pulgar Ezquerro, podríamos definir esto como “aquella situación de crisis financiera que no puede ser resuelta sin una reestructuración de las operaciones y/o de la estructura financiera de la sociedad”, indicando de tal modo, que el concurso será inevitable en caso de que no se tomen las medidas de reestructuración o financiación necesarias<sup>63</sup>.

El origen de dicha crisis puede ser tanto imputable al administrador, como resultado de consecuencias objetivas del entorno. Una vez hemos analizado las diferencias entre la Directiva y el TRLC, hemos llegado a la conclusión de que los marcos de reestructuración y refinanciación son propuestos con carácter previo a la insolvencia inminente, es decir, cuando nos encontramos ante una situación de proximidad a la insolvencia inminente. Del mismo modo, sería coherente entender que los deberes y obligaciones del administrador, del artículo 19 de la Directiva, nacen igualmente y se “activan” en un momento anterior a la insolvencia inminente.

## **b. Deberes del administrador en una situación próxima a la insolvencia**

Atendiendo a la LSC, el administrador de la sociedad está dotado de cierto margen de poderes discrecionales para llevar a cabo sus funciones. Sin embargo, el mismo tiene impuesto una serie de deberes fiduciarios: el deber de diligencia y el deber de lealtad. Cada socio transfiere parte de su autonomía al administrador, otorgándoles capacidad de actuar y decidir por sí mismos, en nombre de la sociedad.

### *i. Deber de diligencia*

El administrador tendrá que prestar sus servicios de manera diligente, con dedicación y el cuidado de un “buen padre de familia” y un “ordenado empresario”, tratando de maximizar el valor de la compañía, implicando esto a su vez, un deber de vigilancia y de

---

<sup>63</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno...* op. cit., p. 211.



información previa a la adopción de decisiones<sup>64</sup>. En este sentido, la jurisprudencia se ha manifestado, por ejemplo, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 2011, en la que se hace referencia a que se podrá exigir responsabilidad a aquellos administradores que no hayan tomado decisiones como ordenados empresarios<sup>65</sup>.

Es de particular interés atender a este deber en una situación de pre-insolvencia, ya que el contexto se transforma en uno de pura “incertidumbre”, por lo que surge la duda relativa a si la *business judgement rule* (en adelante, “BJR”), debe de seguir operando o no.

La BJR, o regla del buen juicio de discrecionalidad, regulada en el artículo 226 LSC, hace referencia a una serie de principios que deben observar los administradores en el marco de sus actuaciones, y pretende “conjurar la aversión al riesgo empresarial y dotar a los administradores de cierta libertad de criterio, seguridad e independencia a la hora de dirigir los destinos a la sociedad, sin que por ello se genere responsabilidad y sin que sus decisiones sean objeto de revisión en sede judicial<sup>66</sup>.” De acuerdo con Recamán Graña, la BJR “protege la gestión eficiente frente al peligro del sesgo retrospectivo”, de tal modo que, otorga protección al administrador en la acertada asunción de riesgos en la búsqueda de la maximización de valor<sup>67</sup>. De este modo, busca alcanzar un equilibrio entre el mantenimiento la discrecionalidad de las decisiones del administrador, con la necesidad de mantener algún tipo de control sobre su actuación<sup>68</sup>.

Igualmente, se podría decir que la BJR suprime de algún modo el riesgo de responsabilidad del administrador, y el riesgo de ineficiencia al que se pueda someter el socio por la mala gestión del administrador. Esto se acentúa en el contexto de la crisis empresarial, ya que al tener menos que perder, el administrador, “protegido” de algún

---

<sup>64</sup> Pérez Benítez J.J., “La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva”, *Almacén de Derecho*, 15 de mayo de 2021 (disponible en: <https://acortar.link/PzAtOw> ; última consulta 03/06/2022)

<sup>65</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante “SAP”) Madrid nº. 316/2011 (Sección 28ª), de 28 de octubre de 2011

<sup>66</sup> Monzó, S. “La *Business Judgement Rule* en el marco del nuevo Derecho Societario”, Rosario, 2019. (disponible en <https://acortar.link/cpLQSF> ; última consulta 03/06/2022.)

<sup>67</sup> Recamán Graña, E., “La ‘*Business Judgement Rule*’ en la crisis. Una propuesta alternativa.”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 54, septiembre a diciembre 2018, p. 151.

<sup>68</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y ....op. cit.*, pp. 251 y ss.

modo, tomará decisiones más arriesgadas que podrán provocar la reversión de la débil situación económica que estén afrontando<sup>69</sup>.

No obstante, de acuerdo con Recamán Graña, para que la BJR se aplique correctamente, es necesario que se cumplan una serie de requisitos: en primer lugar, el administrador tendrá que actuar siempre con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado, de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de la decisión<sup>70</sup>.

De acuerdo con lo establecido en las Recomendaciones 255 y 256 de la Guía Legislativa CNUDMI<sup>71</sup> sobre el régimen de la insolvencia, en línea con el Considerando 70 de la Directiva, durante la fase de pre-insolvencia, la BJR seguirá aplicándose. Con esto, se buscará la ausencia de interés personal y la buena fe subjetiva del administrador, de tal modo que habrá que excluir cualquier decisión irracional o disparatada. Es el propio artículo 226.1 LSC el que habla de que “el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Haciendo especial referencia a la actuación sin interés personal.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, la razonabilidad y la prudencia son los límites a la discrecionalidad protegida por la BJR. La regla exige que, para proteger al administrador, el mismo haya actuado de buena fe y sin interés personal respecto del asunto objeto de decisión<sup>72</sup>.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (en adelante, “SAP”) nº 168/2007 (Sección 28ª) de 13 de septiembre de 2007, se ha pronunciado de la siguiente manera<sup>73</sup>:

---

<sup>69</sup> Recamán Graña, E., “La ‘*Business...op cit.*”, pp. 152-153.

<sup>70</sup> *Íbid*, pp. 154 – 157.

<sup>71</sup> Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante “CNUDMI”) sobre el Régimen de Insolvencia, Cuarta Parte Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresa), 2ª Edición, 2020. (disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-11276-s.pdf> ; última consulta 03/06/2022.)

<sup>72</sup> Recamán Graña, E., “La ‘*Business...op cit.*”, pp. 155 y ss.

<sup>73</sup> SAP de Madrid nº 168/2007 (Sección 28ª), de 13 de septiembre de 2007 (FJ 6º)

La decisión empresarial adoptada es discutible, como toda decisión de esta naturaleza, puesto que la administración y dirección de empresas no es una ciencia exacta.

Aquí, la SAP hace referencia al deber de diligencia y con ello incide en que, la gestión de la sociedad no es tan simple como acertar y equivocarse. Igualmente, señala<sup>74</sup>:

Respecto a la existencia de intereses de los administradores (o de las empresas a las que pertenecen) contrapuestos con los intereses de la sociedad como determinante de la adopción del citado acuerdo, lo que habría supuesto una infracción del deber de lealtad, no sólo no se ha probado que la adopción del acuerdo tuviera tal motivación, a la vista de la ya comentada racionalidad del acuerdo adoptado, sino que ni siquiera se ha probado la existencia de tales intereses contrapuestos.

De este modo, incorpora elementos de la BJR, como lo son la racionalidad, la actuación de buena fe y en beneficio de la sociedad y la falta de intereses propios.

## *ii. Deber de lealtad*

En cuanto al deber de lealtad, el administrador tendrá que anteponer el interés de la sociedad a cualquier interés propio o ajeno de un tercero que pueda surgir. Esto se debe a que la relación sociedad-administrador está fundamentada en un vínculo de fidelidad, y el administrador vela por el interés social.

Centrándonos en el concepto de “interés social”, debemos de distinguirlo de la función social y del interés de la empresa. De acuerdo con el artículo 204 LSC, el interés social lo definirán los socios y constituirá la pauta que servirá para determinar si un acuerdo social es impugnado o no, y, por ende, si la conducta puede exigirse al administrador leal (art. 227.1 LSC). Paz – Ares explica que el interés social establece una prohibición para perseguir el propio beneficio, ya sea del administrador, de un socio o de un tercero, a costa de la sociedad<sup>75</sup>. El administrador tendrá que actuar según lo que estime en cada momento y cada situación que se de, en base a lo que estime oportuno en beneficio del interés social.

En esta línea, el artículo 228 d) LSC hace referencia a “libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”, siendo el elemento

---

<sup>74</sup> SAP de Madrid nº 168/2007 (Sección 28ª), de 13 de septiembre de 2007 (FJ 6º)

<sup>75</sup> Paz-Ares, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores” *InDret*, enero de 2014 (última consulta 03/06/2022).

clave la creencia subjetiva que la decisión que se toma es óptima para la sociedad. El administrador no será responsable por su actuación, en tanto que realmente crea de buena fe que su actuación redundaba en beneficio para la sociedad, incluso si las decisiones tomadas llevan a pérdidas<sup>76</sup>. En esta misma línea, se considera que, para que haya buena fe, el administrador no debe de considerar de manera honesta, que la decisión tomada sea adecuada, sino que debe de creer que esta decisión sea la correcta y en mejor interés de la sociedad, valorando la situación que está siendo atravesada por la sociedad<sup>77</sup>.

También debemos de distinguir entre el interés social y el interés concursal para comprender los deberes del administrador en una situación de crisis. El administrador deberá de tratar de maximizar el valor del patrimonio de la sociedad en beneficio de los socios en el primer caso, mientras que se dará un *duty-shifting* respecto del segundo caso, en el cuál tendrá que maximizar el valor en beneficio de los acreedores<sup>78</sup>.

Tradicionalmente, es a partir del estado de insolvencia que se provoca *duty-shifting*, es decir, los acreedores pasarán a ser *residual claimants* de la sociedad una vez haya sido declarada la insolvencia. En este momento, la gestión de los administradores pasa a focalizarse mayoritariamente a satisfacer los intereses de los acreedores por encima de los socios<sup>79</sup>.

Nos debemos hacer una serie de preguntas, en caso de encontrarnos en una situación de pre-insolvencia: en primer lugar, si los deberes fiduciarios del administrador deberán de modificarse, y si del mismo modo, se conserva la vigencia de las acciones para exigir responsabilidad. Igualmente, debemos preguntarnos si, antes de que entre en juego el Derecho concursal, la intencionalidad de maximizar el beneficio y del interés de los socios se debe de mantener inalterada, o, si, por el contrario, debe de verse transformada a favor de otros interesados<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Pérez Benítez, J.J., “La responsabilidad de...” *op. cit.*, S.P.

<sup>77</sup> Recamán Graña, E., “La ‘Business...’” *op. cit.*, p. 157.

<sup>78</sup> Alfaro Águila-Real, J., “Deberes de los administradores en situaciones próximas a la insolvencia”, *Almacén de Derecho*, 4 de abril de 2018.

<sup>79</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno...* *op. cit.*, pp. 247 y ss.

<sup>80</sup> *Ibid.* pp. 222 y ss.

En este escenario, el administrador debe de continuar su labor de llevar la gestión de la sociedad, sin embargo, surgen nuevos riesgos: que algún socio o el propio administrador extraiga el valor de la sociedad en detrimento de otros *stakeholders*; realización de estrategias cortoplacistas y excesivamente arriesgadas; y que los socios puedan entorpecer las medidas de saneamiento.

El denominado *duty-shifting*, el misterioso cambio de paradigma, en el que se antepone el interés de otros acreedores ante el de los socios, resulta de especial interés para nuestro estudio. Siguiendo la tesis norteamericana, en una situación de proximidad a la insolvencia, la sociedad “deja de pertenecer” a los socios, y pasa a operar en beneficio de los *stakeholders*<sup>81</sup>, por lo que las actuaciones de los administradores tendrán que estar encaminadas a maximizar el valor patrimonial en beneficio de estos. La crisis de la sociedad impone la necesidad de que los beneficiarios de los deberes fiduciarios de los administradores sean modificados<sup>82</sup>.

Una vez nos hallamos en una situación de proximidad a la crisis nos encontramos una controversia doctrinal. Algunas tendencias doctrinales sostienen que los acreedores se convertirán en los principales interesados en la gestión del administrador, siendo de algún modo, “propietarios” de los activos residuales de la sociedad<sup>83</sup>, mientras que otras se mantienen fieles a insistir que el interés de los socios seguirá primando.

Este movimiento genera cierta tensión en cuanto a la relación socio-creedor, ya que socios y acreedores están dispuestos a asumir distintos niveles de riesgo, influyendo esto directamente sobre la actuación y gestión de los administradores. En una situación de solvencia, cualquier acto arriesgado del administrador que pueda tener consecuencias perjudiciales, afectará negativamente a la participación de los socios, mientras que a medida que la sociedad se va aproximando a la situación de insolvencia, el perjuicio va desplazándose hacia los acreedores<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Pérez Benítez, J.J., “La responsabilidad de...” *op. cit.*, S.P.

<sup>82</sup> Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno...* *op. cit.*, pp. 220 y ss.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 225.

<sup>84</sup> Recamán Graña, E., “La ‘Business ...pp. 144 y ss.

Sin embargo, tendríamos que estudiar el “equilibrio” entre el conflicto socio-acreedor al que se enfrentan las actuaciones del administrador ante una proximidad a la insolvencia y la posición del socio. En la situación de normalidad, el interés de los socios siempre va a primar, pero, una vez se aproxima un estado de crisis empresarial, las actuaciones de los administradores deben de empezar a tener una mayor consideración por los intereses de los acreedores. Esto parece contradictorio, y, como explica Recamán Graña, nos hace cuestionarnos si realmente esta herramienta debería de funcionar más bien como una herramienta interpretativa, basada en dos principios, “el pronóstico de viabilidad y la no asunción de riesgos que afectaran de manera no razonable al patrimonio de responsabilidad de la sociedad<sup>85</sup>.”

Guerrero Trevijano concluye que, en base a los Considerandos de la Directiva (Considerando 71 de la Directiva), ante una situación de proximidad a la insolvencia, caracterizada por la inestabilidad y delicadeza patrimonial, el deber del administrador permanece en gestionar la sociedad en el mejor interés de la sociedad, es decir, el de los socios. Una sociedad en dicha situación se debe de regir por los mismos criterios que cualquier sociedad solvente, dando prioridad a los intereses de los socios y no de los acreedores<sup>86</sup>.

Sin embargo, este mismo Considerando de la Directiva igualmente introduce de algún modo el concepto de *duty-shifting* y la necesidad de que los administradores tengan en cuenta a otros interesados, como los acreedores: “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<sup>87</sup>.” Pese a esto, el Proyecto de Ley no parece incluir nada al respecto.

---

<sup>85</sup> Recamán Graña, E., “Diligencia e interés social en la proximidad de la insolvencia” en Pulgar Ezquerro, J. (dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, pp. 250 y ss.

<sup>86</sup> Guerrero Trevijano, C., “La regla de la protección de la discrecionalidad empresarial en la proximidad a la insolvencia” en Pulgar Ezquerro, J.(dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, pp. 250 y ss.

<sup>87</sup> Considerando 71 de la Directiva

Por el contrario, como hemos explicado con anterioridad, otras tendencias doctrinales, como la seguida por Recamán Graña, en una situación de pre-insolvencia, los administradores tendrán el deber de tener en consideración tanto los intereses de los socios, como de los acreedores en la toma de decisiones, con la finalidad de corregir el conflicto socio-acreedor que haya podido surgir en función del riesgo asumido por el mismo. De este modo, el interés de los acreedores funcionaría como cierto mecanismo de equilibrio en cuanto a la influencia del socio sobre el administrador<sup>88</sup>.

De este modo, el *duty-shifting* permite que se lleve a cabo una labor integradora de aquellas reglas de comportamiento que el ordenamiento jurídico impone a los administradores desde la legislación societaria y concursal; además de servir como herramienta de interpretación para concretar estándares de conducta de administradores; y, por último, servir para la toma de decisiones (solución) en caso de que exista conflicto de interés entre socios y acreedores.

Respecto de los resultados, en caso de que la actuación del administrador sea correcta y exitosa, no habrá interés por parte de ninguno de los *stakeholders* por demandar al administrador. Sin embargo, en el caso de que la sociedad pase a un estado de insolvencia, los socios podrán ejercitar una acción social, subsidiariamente ejercitada por acreedores; o, por el contrario, los acreedores podrán ejercitar una acción individual en caso de que dicha actuación les haya provocado un daño directo.

Dicho esto, ante una situación de *vicinity of insolvency*, es decir, pre-insolvencia, las obligaciones de los administradores no se ven alteradas, lo único que se vería modificado sería el estándar de diligencia exigible, de tal modo que se tendrían que considerar los intereses de los acreedores, además de los de los socios, además de que los criterios de prudencia y razonabilidad en la toma de decisiones tendrán que seguirse con mayor rigurosidad<sup>89</sup>. No obstante, no nos referimos al deber de diligencia fiduciario, es decir, frente a la sociedad y susceptible de protección por la BJR, si no que más bien nos referimos al deber general frente a terceros, ya que la relación entre administrador y acreedores se entabla mediante la sociedad<sup>90</sup>. De este modo, el deudor tendrá el deber de

---

<sup>88</sup> Recamán Graña, E., “La ‘Business ...’, p. 146.

<sup>89</sup> Guerrero Trevijano, C., “La regla...” *op. cit.*, p.251.

<sup>90</sup> Pérez Benítez, J.J., “La responsabilidad de...” *op. cit.*, S.P.

informar igualmente de la situación de proximidad de crisis tanto a los socios como a los acreedores con los que contraiga obligaciones.

En mi opinión, y más bien de acuerdo con Guerrero Trevijano, el deber del administrador es el de salvaguardar los intereses de la sociedad, y, por ende, de los socios. El administrador, por lo general, no tiene ningún deber en concreto de proteger los intereses de los acreedores, ya que su relación es con la sociedad. Sin embargo, opino que, entrando en una situación de pre-insolvencia, donde haya indicios de dificultades empresariales, que posteriormente puedan desembocar en una situación peor, el administrador deberá tener en consideración los intereses de los acreedores, ya que, en este escenario, empiezan a verse en una situación más “peligrosa” y son más susceptibles de verse perjudicados. Es decir, de acuerdo con Recamán Graña, en cierto apoyo de la doctrina norteamericana, los intereses de los *stakeholders* no deben de ser menospreciados, y, por lo tanto, deben de ser tenidos en cuenta en la toma de decisiones. Sin embargo, no creo que esto tenga que suponer un cambio transversal en cuanto al interés social, ya que, al fin y al cabo, el administrador debe de satisfacer los intereses de la sociedad en todo momento.

### *iii. Deber de abstenerse de iniciar nuevas operaciones sociales*

Una vez la situación de pre-insolvencia es obvia, el administrador tendrá que contenerse de realizar cualquier actuación que pueda provocar un perjuicio a los interesados, en especial, a los acreedores. De lo contrario, se le podrá exigir responsabilidad al mismo. Esto es aplicable desde el momento en el que las pérdidas debieron de ser conocidas por el administrador. Dicho deber es una manifestación concreta del deber fiduciario de diligencia<sup>91</sup>.

### *iv. Deber de convocatoria de la asamblea general*

El administrador tendrá que convocar, desde el momento en el que conozca la situación de pre-insolvencia, la asamblea general con la finalidad de poner fin a las pérdidas patrimoniales que esté afrontando la sociedad. Bastará con que conozca la situación y no tendrá que esperar a que los estados financieros anuales estén elaborados y presentados. El administrador tendrá que presentar una orden del día que incluya, o bien una propuesta

---

<sup>91</sup> de Roa, F. S., “Responsabilidad de...*op. cit.*”, pp. 58 y ss.



de disolución de la sociedad, o una propuesta de medidas alternativas para solventar la situación<sup>92</sup>. La finalidad de la convocatoria de la asamblea es dar a conocer la situación a los socios.

Una vez más, si el administrador no convoca de inmediato la asamblea general, se le podrá exigir responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los interesados (incluyendo accionistas y terceros).

### **c. Responsabilidad del administrador en la proximidad a la insolvencia**

Para proceder al correcto estudio de la responsabilidad del administrador en una situación de proximidad a la insolvencia, debemos de partir del presupuesto de que las obligaciones que asumen estos suelen ser, en su mayoría, obligaciones de medios, y no resultados. Dicho esto, el administrador estará obligado a cumplir una determinada actividad, prescindiendo de una determinada finalidad, de tal modo que se comprometen a realizar determinadas conductas o servicios, sin asegurar un resultado cierto<sup>93</sup>.

La responsabilidad en esta situación es un asunto complejo, debido a dos razones: en primer lugar, la delimitación temporal del estado de pre-insolvencia: no queda claro ni cuándo empieza ni cuándo termina dicho lapso temporal; y en segundo lugar, la dificultad de apreciación del estado de insolvencia: ser capaz de visualizar que nos encontramos ante una situación en el que el cese de pagos o dificultades económicas sean muy próximas<sup>94</sup>.

Para proceder a solventar dichos conflictos, debemos de analizar tanto la legislación española como la Directiva.

El artículo 367 de la LSC atribuye a los administradores responsabilidad solidaria por deudas sociales posteriores a la causa de disolución, en caso de incumplimiento de la

---

<sup>92</sup> Morales Barceló, J., *La responsabilidad de los administradores mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 325.

<sup>93</sup> Rozo Sordini, P. E., Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y abogados en el derecho italiano, *Revista de Derecho Privado*, nº 4, diciembre de 1999, p. 139.

<sup>94</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad de los administradores en la proximidad de la insolvencia” en Pulgar Ezquerro, J. (dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, pp. 333 y ss.

obligación de convocar junta general para que se acuerde la disolución, o en su caso, la no solicitud de la disolución judicial o del concurso de esta<sup>95</sup>.

Partiendo de que nos encontramos ante una situación de pre-insolvencia, entendemos que el administrador podrá optar o bien por solicitar el concurso anticipado y la liquidación de la sociedad, o bien podrá tratar de iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo pre-concursal y solventar dicha situación.

En ambos casos, el administrador estaría cumpliendo con dos tipos de deberes distintos. En un primer plano, cumple con los deberes concretos, como procurar la disolución y la propia solicitud del concurso, o el intento por solventar la situación de pérdidas cualificadas mediante un acuerdo de refinanciación o reestructuración. En un segundo plano, podemos apreciar el cumplimiento de los deberes fiduciarios del administrador que previamente hemos analizado: el deber de diligencia y lealtad<sup>96</sup>.

Por otro lado, la Directiva establece dos pautas de actuación: la continuidad en la adopción de decisiones y asunción de riesgos comerciales razonables; y la gestión que suponga la máxima reducción posible de las pérdidas, así como tratar de evitar la insolvencia. En su artículo 19 de la Directiva, el que hace referencia a los tres principios de actuación más fundamentales en situación de insolvencia. De este modo, los administradores tendrán que considerar los intereses de los acreedores; tenedores de participaciones y otros interesados; tomar las medidas necesarias para evitar la insolvencia y, por último, evitar una conducta dolosa o excesivamente negligente que pueda poner en peligro la viabilidad de la empresa<sup>97</sup>.

La responsabilidad está estrechamente vinculada con el incumplimiento de una obligación o la infracción de un deber. Estos son los elementos esenciales de la actuación ilícita y culpable en la que se basa la exigencia de la responsabilidad. Dichas obligaciones pueden ser expresas y preestablecidas legalmente con anterioridad, y por lo tanto, fáciles de determinar y calificar. Sin embargo, puede pasar que se haya obligaciones de contenido menos determinado, que puedan requerir una valoración *a posteriori*, que tenga

---

<sup>95</sup> Art. 367 de la LSC

<sup>96</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad...” *op. cit.*, pp. 334 y ss.

<sup>97</sup> Art. 19 de la Directiva

en cuenta las circunstancias determinadas de la propia situación- En estos casos, habrá que realizar una valoración más exhaustiva<sup>98</sup>.

A continuación, indagaremos un poco más en los tipos de responsabilidad que se pueden exigir.

### *i Responsabilidad por daños: acción social y acción individual*

Este tipo de responsabilidad hace referencia a aquellos supuestos en los que la actuación del administrador haya sido perjudicial, tradicionalmente regulada por los artículos 236 a 241 bis LSC.

El artículo 236.1 LSC reza:

“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”

Ahora debemos analizar tanto la acción social como la individual, que difieren respecto a la titularidad del patrimonio que sea perjudicado. En ambos supuestos, la responsabilidad se podrá extender a los administradores de hecho<sup>99</sup>.

La acción social es aquella que permite a determinadas personas la posibilidad de exigir judicialmente la reparación de algún perjuicio en el patrimonio social, causado por los administradores. La misma no varía en caso de encontrarnos ante una situación de pre-insolvencia y se encuentra regulada en el artículo 238 LSC.

Independientemente de la secuencia temporal, se podrá ejercitar dicha acción siempre y cuando se de una acción u omisión ilícita y culpable, de la que derive un daño o perjuicio patrimonial con nexo causal suficientemente probado (236 LSC). Cabe ejercitarla tanto en supuestos de actividad en las que se tomaron decisiones inapropiadas que causaron o

---

<sup>98</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad...” *op. cit.*, pp. 346 y ss.

<sup>99</sup> Art. 236 de la LSC

agravaron a situación, así como supuestos de pasividad de los administradores<sup>100</sup>, consecuencia de infringir sus deberes fiduciarios.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) 221/2018, de 16 de abril, los requisitos para el ejercicio de la acción de responsabilidad social son los siguientes<sup>101</sup>:

La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo se imputable al órgano administrativo en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los Estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

La STS explica que:

Dichas conductas merecen la calificación de antijurídicas por infringir la ley, y además, han producido, con relación de causalidad, un indudable daño patrimonial a la sociedad.

Lo curioso de la acción social es que, algunos autores llegan a afirmar que “no sólo pueda ser ejercitada, más bien debe de ejercitarse en interés de la propia sociedad, de los socios, y de los acreedores<sup>102</sup>.”

En cuanto a legitimación para ejercitar la acción, variará en función de si se declara posteriormente el concurso. En caso negativo, la acción podrá ser ejercitada por la propia sociedad a través de un acuerdo alcanzado por la junta general (238 LSC); con carácter supletorio, la podrá ejercitar la minoría en caso de que los socios no hubiesen llegado al acuerdo en el plazo determinado, o que dicho acuerdo haya sido contrario a la exigencia de responsabilidad (239 LSC). Finalmente, y con carácter subsidiario de tercer grado, los acreedores podrán solicitarla en caso de que ni la sociedad ni los socios hayan ejercitado la acción, y que se de insuficiencia patrimonial para satisfacer sus créditos. (240 LSC).

En cuánto a la acción individual, queda regulada por el artículo 241 LSC y corresponde a socios y terceros cuyos intereses hayan sufrido de manera directa un perjuicio o una lesión por parte de la actuación del administrador. Deben incluirse las omisiones igualmente. Su finalidad, a diferencia de la acción social, será indemnizar un perjuicio directo.

---

<sup>100</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad...” *op. cit.*, pp. 349 y ss.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, “STS”) (Sala 1ª) 221/2018, de 16 de abril de 2018

<sup>102</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad...” *op. cit.*, pp. 348 y ss.

En la situación de proximidad a la insolvencia, la mayoría de supuestos gira entorno a la lesión directa de intereses de los acreedores sociales o incluso terceros, y no tanto en base a los socios, ya que el daño que provoquen a estos generalmente será a su patrimonio social, y podrán ejercitar la acción social en su lugar.

Algunos ejemplos de actuaciones que caben dentro del supuesto son: ocultar información importante; generar una confianza engañosa; hacer creer que se encuentran en un estado financiero distinto.... Cualquier actuación que lleve al acreedor a establecer o prolongar su relación, que de no haber sido así, no habría hecho<sup>103</sup>.

### *ii Responsabilidad por deudas*

Al administrador se le podrá exigir igualmente responsabilidad por deudas una vez la sociedad se encuentre en situación de pre-insolvencia, ya que pueden comenzar a concurrir causas de disolución como las pérdidas cualificadas.

Entre los requisitos para que sea exigible esta responsabilidad será necesario que se cumplan varios requisitos. En primer lugar, que se den los presupuestos legales: el incumplimiento del deber de procurar la disolución (ya sea mediante convocatoria de junta o instando la propia disolución judicial) en caso de que concurra dicha causa de disolución; y que la sociedad contraiga nuevas obligaciones con posterioridad al conocimiento de dicha causa de disolución. En segundo lugar, que la causa de disolución no esté directamente ligada con que la sociedad se encuentre en una situación de insolvencia actual (en este caso habría que solicitar directamente el concurso), no habría deber de instar la disolución y por lo tanto no cabría exigir responsabilidad. La responsabilidad por deudas quedará neutralizada si el concurso llega a darse.

Surge un problema en aquellos casos de pre-insolvencia (inminente) en el que el administrador decide solicitar el concurso anticipadamente o inicia negociaciones. Se cuestiona si la responsabilidad por deudas debería de ser neutralizada igualmente, y la respuesta es afirmativa. No tendría sentido que, siguiendo su deber de diligencia, el administrador procediese a solicitar el concurso voluntariamente con el fin de solventar

---

<sup>103</sup>Quijano González, J., “Responsabilidad...” *op. cit.*, p. 353.

el problema, y que, aun así, tuviese que asumir personal y solidariamente dichas deudas surgidas en base a la continuidad de la actividad empresarial<sup>104</sup>.

Igualmente pasa lo mismo en caso de que se inicien negociaciones con la finalidad de salvaguardar la viabilidad de la empresa y sobrepasar el estado de insolvencia. No obstante, en caso de que se supere dicha situación de insolvencia, y no haya tampoco obligación de solicitar el concurso, habría que analizar si siguen dándose las pérdidas cualificadas, ya que volvería la obligación de disolver que había quedado en suspenso. Del mismo modo, la responsabilidad por deudas volvería a ser exigible.

Lo verdaderamente característico de este tipo de responsabilidad será que únicamente será exigible cuando no se dicte auto que declare el concurso.

### *iii Responsabilidad por déficit concursal*

Finalmente, en atención a la responsabilidad por déficit concursal, la misma será exigible únicamente en fases ya avanzadas del concurso, y cuando se den determinados presupuestos.

La misma se estudiará más tarde, pero conviene hacer énfasis en el hecho de que la condena a esta responsabilidad podrá derivarse únicamente de una sentencia que califique el concurso como culpable y determine qué sujetos están afectos a la misma<sup>105</sup>. Esto es de especial interés ya que, en un gran número de casos, los hechos que llevan a esa condena se producen en durante la situación de pre-insolvencia. La razón por la cuál se da esto recae sobre las acciones y omisiones de los administradores durante este periodo, que suelen tener una mayor incidencia sobre la delicada situación patrimonial, pudiendo generarla o agudizarla.

## **4. LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR UNA VEZ DECLARADO EL CONCURSO**

Una vez se dicta auto de apertura del concurso, la figura del administrador se verá alterada, tanto en relación con sus competencias, como la responsabilidad del mismo

---

<sup>104</sup> Quijano González, J., “Responsabilidad...” *op. cit.*, p. 356.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 359.

frente a los accionistas. A su vez, tras la declaración del concurso, la Junta de Accionistas podrá ejercitar una serie de competencias.

#### **a. Competencias del administrador una vez declarado el concurso**

Dependiendo de si el concurso es voluntario o necesario, el administrador conservará o será sustituido respecto de sus competencias. El Título III del TRLC sintetiza los efectos del concurso, de entre los cuáles, destacamos los efectos sobre el deudor.

En cuanto a las competencias patrimoniales, en el caso del concurso voluntario, el administrador, ya habiendo actuado diligentemente al solicitar el concurso, conservará con carácter general sus facultades, en concreto las de administración y disposición de la masa activa, y quedará sometido a un régimen de intervención por la administración concursal<sup>106</sup>, sin perjuicio de que el juez pueda acordar algo distinto. Respecto de las competencias de carácter no patrimonial, como la continuidad de la empresa, de acuerdo con el artículo 112 TRLC, la administración concursal podrá autorizar con carácter genérico que el administrador lleve a cabo aquellas operaciones necesarias para garantizar la misma. El administrador conservará la obligación de formular y someter a auditoría las cuentas anuales, que tendrán que ser previamente autorizadas por la administración concursal<sup>107</sup>.

Por el contrario, en caso del concurso necesario, el administrador quedará sometido a un régimen de suspensión y sustitución por la administración concursal, y consecuentemente, se verá totalmente desplazado de las facultades patrimoniales. Igualmente, la administración concursal será la encargada de adoptar los actos y operaciones necesarias para la continuación de la empresa<sup>108</sup>. Por último, y respecto a la elaboración de las cuentas anuales, la misma obligación pasará a recaer sobre la administración concursal<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Art. 106.1 del TRLC

<sup>107</sup> Art. 115 del TRLC

<sup>108</sup> Art. 113 del TRLC

<sup>109</sup> Art. 116 del TRLC

En caso de que se incumpla con lo estipulado por el régimen de intervención y/o suspensión, el acto realizado por el administrador podrá ser anulado mediante el incidente concursal a instancia de la administración concursal<sup>110</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que, según el concurso sea voluntario o necesario, las competencias de los administradores se verán afectadas en mayor o menor medida, llegando a ser prácticamente destituidos en caso de encontrarnos ante un concurso necesario. No obstante, los administradores seguirán conservando sus facultades de representación de la sociedad, aún entrando en la fase de liquidación.

#### **b. Responsabilidad frente a los accionistas.**

La mayor parte de la doctrina considera que, entre el “interés del concurso” (función solutoria de satisfacción a los acreedores) y el “interés del deudor” (función de conservación de la empresa), el TRLC da preferencia al primero. Además de estas funciones, podemos añadir una tercera que sería la “función sancionadora” de aquel deudor que haya originado o agravado la situación de dificultad patrimonial de la sociedad, y que excepcionalmente se dará en aquellos casos en los que quepa reproche al administrador por su actuación.

En concreto, el procedimiento del concurso dedica su sección sexta a la “calificación”, que finalizará con una sentencia que determinará si el concurso es “fortuito”, o por el contrario “culpable”, supuesto en el que el juez podrá condenar la actuación por parte de los administradores y generar responsabilidad. La finalidad de dicha calificación no se limita a “condenar” la actuación de aquel administrador que haya provocado o agravado la situación de dificultad financiera, sino que también sirve para detener dicha situación<sup>111</sup>.

Además de todas las responsabilidades que se puedan ir generando, en caso de que el concurso sea calificado como culpable, se generará responsabilidad concursal. De acuerdo con Campuzano, la responsabilidad concursal será conocida como “aquel efecto

---

<sup>110</sup> Art. 109 del TRLC

<sup>111</sup> Campuzano, A.B., “La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada” en Veiga Copo, A. (dir.), y Sebastián Quetglas, R.(dir.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Madrid, 2014, S.P.



de la sentencia de calificación limitado a los concursos de personas jurídicas cuya solución sea la liquidación, sometido a apreciación judicial por el que se condena a cubrir el déficit resultante del concurso de acreedores<sup>112</sup>.” Respecto a la naturaleza de dicha responsabilidad, objeto de recientes controversias que debaten entre una naturaleza resarcitoria y una naturaleza sancionadora, además de una creciente naturaleza mixta, sin embargo, la reciente jurisprudencia del TS no ha llegado a concluir nada de manera clara, si no que incide en que la determinación de dicha responsabilidad estará ligada a la generación o agravación de la insolvencia por parte del administrador.

En este sentido, la STS 256/2015 de 12 de enero de 2015 entiende que<sup>113</sup>:

No es una norma sancionadora por lo que no son aplicables las reglas jurídicas vinculadas a ese tipo de normas, como puede ser la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables. No establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales.

Sin embargo, el TS tampoco considera que nos encontremos ante una naturaleza resarcitoria<sup>114</sup>:

La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el art. 172.3 de la Ley Concursal había sido fijada por una serie de sentencias de esta Sala de un modo razonablemente uniforme, de modo que, afirmaba esta jurisprudencia, no podía considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta “ex lege” de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los arts. 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada.

Dicho esto, la responsabilidad concursal será determinada gradualmente en función de la mayor o menor incidencia por parte del administrador. Es la sentencia del juez la que se encargará de condenar al administrador (de entre otras figuras), a cubrir el déficit total

---

<sup>112</sup> Campuzano, A.B., “La responsabilidad de... *op. cit.*, S.P.

<sup>113</sup> STS (Sala 1ª) n.º. 256/2015, de 12 de enero de 2015.

<sup>114</sup> STS (Sala 1ª) n.º. 256/2015, de 12 de enero de 2015.

o parcial, cuya cuantía dependerá de una serie de factores para tener en cuenta, como el comportamiento del actor, y que deberá de justificarse<sup>115</sup>.

La condena será más fácil de determinar para los administradores de derecho, sin embargo, también se podrá imputar a administradores de hecho, apoderados generales y liquidadores que lo hayan sido en los últimos dos años<sup>116</sup>. Lo realmente característico de esta responsabilidad es que, en caso de pluralidad de administradores, la misma jamás será solidaria, es decir, que cada administrador responderá únicamente por sus actuaciones, por lo que el juez tendrá que determinar individualmente la cantidad a satisfacer por cada administrador. La legitimación para que se solicite la ejecución de la condena recae sobre la administración concursal, y subsidiariamente sobre los acreedores<sup>117</sup>.

Una vez se recauden las cantidades correspondientes, las mismas pasarán a formar parte de la masa activa del concurso. Sin embargo, cabe destacar que el juez, con la finalidad de asegurar la efectividad de dicha responsabilidad, podrá acordar el embargo preventivo de bienes de los administradores desde el momento del auto de declaración del concurso.

La responsabilidad concursal será personal; subjetiva, pues es imputada al acto particular realizado por el administrador; limitada, en tanto que la cantidad de la misma no puede superar el déficit concursal; subsidiaria, en tanto que no pueda responder la sociedad; y autónoma, ya que se trata de un tipo de responsabilidad especial de del propio TRLC<sup>118</sup>.

La misma, será compatible tanto con la acción social e individual de responsabilidad como con la acción de responsabilidad por deudas sociales.

### **c. Competencias de la Junta de Accionistas**

Una vez se haya declarado el concurso, la Junta de Accionistas se conservará y podrá tomar sus propias decisiones y acuerdos, salvo aquellas de contenido patrimonial o que

---

<sup>115</sup> Art. 457 del TRLC.

<sup>116</sup> Díaz Martínez, M., Gómez Soler, E., *La calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2009, pp. 173 y ss.

<sup>117</sup> Campuzano, A. B., "La responsabilidad... *op. cit.*, S.P.

<sup>118</sup> Díaz Martínez, M., Gómez Soler, E., *La calificación ... op. cit.*, pp. 212 y ss.

puedan tener relevancia para el concurso, que tendrán que ser autorizadas previamente por la administración concursal<sup>119</sup>. La administración concursal podrá acudir y atender a las sesiones de la Junta de Accionistas, y podrá pronunciarse al respecto.

## **5.CONCLUSIONES**

Como se ha podido observar a lo largo de la exposición, la capacidad de detectar la situación de pre-crisis empresarial es sin duda alguna indispensable en aras de salvaguardar a la empresa. El pre-concurso está sustituyendo en gran parte al propio concurso de acreedores, que se está viendo desplazado poco a poco. Esto se debe a varias razones, encaminadas por la voluntad de intentar salvaguardar a la empresa como sea. Con la finalidad de garantizar la continuidad de la empresa en el tráfico económico, y por lo tanto evitar las consecuencias drásticas resultantes del concurso de acreedores, el legislador establece una serie de “incentivos” o ventajas a través del TRLC, como es la ampliación del plazo de solicitud del concurso a tres o cuatro meses.

Pese a los esfuerzos de la Directiva 2019/1023 por definir el concepto de “insolvencia inminente”, seguimos encontrando problemas con la literalidad de la misma, y en concreto con todo lo relativo a la determinación de la “probabilidad” de insolvencia, lo que lleva a que la traducción de los preceptos de la Directiva presente una falta de armonización, dificultando su aplicación. La Directiva debería de incluir una serie de pautas orientativas que ayuden a determinar y describir la situación previa a la insolvencia, es decir, la situación de dificultades patrimoniales.

Todo esto resulta de especial importancia para el administrador de la sociedad, el cuál, al encontrarse en una situación de pre-insolvencia tendrá que cumplir con una serie de deberes, de entre los cuáles destacamos el deber de diligencia, la BJR o la discrecionalidad, el deber de abstenerse de iniciar nuevas operaciones o el deber de comunicar inmediatamente a los accionistas de dicha situación.

Parte de la doctrina opina que, con carácter genérico, el administrador se encargará de velar por el interés de la sociedad, definido por los propios socios. No obstante, a medida

---

<sup>119</sup> Art. 127 del TRLC

que la situación patrimonial se agrave y nos encontremos cada vez más cerca de una situación de crisis patrimonial, se producirá un *duty-shifting*, en el que los acreedores cobraran el papel de *residual claimants*, de tal modo que su interés empezará a primar sobre el interés de los socios, y el administrador tendrá que encaminar sus actuaciones a obtener la satisfacción de los acreedores. Sin embargo, una pluralidad de autores considera que las obligaciones de los administradores no se verán alteradas, pero sí lo será su nivel de diligencia exigida.

Finalmente, el trabajo se dedica a diferenciar entre los distintos tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el administrador, de las cuáles destacamos la responsabilidad por daños, que podrá reclamarse por vía de la acción social o la acción individual de responsabilidad; la responsabilidad por deudas contraídas y la responsabilidad concursal, siendo todas compatibles entre sí.

Habrà que estar atento a los cambios que, aunque lejos de estar formulada, pueda introducir la futura Ley Concursal

## **6.BIBLIOGRAFÍA**

### **a. Legislación**

Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE nº. 169, de 30 de junio de 2017).

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio 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 (DOUE nº. 172, de 26 de junio de 2019).

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº164, de 10 de julio de 2003).

Proyecto de Ley 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).

Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, de 22 de noviembre de 2016, COM (2016 final).

Real Decreto- Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE nº 161, de 3 de julio de 2010).

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (BOE nº 127, de 7 de mayo de 2015).

Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2009).

Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE nº 119, de 29 de abril de 2020).

## **b. Jurisprudencia**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº. 168/2007 (Sección 28ª), de 13 de septiembre de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº. 316/2011(Sección 28ª), de 28 de octubre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) nº. 256/2015, de 12 de enero de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) nº. 221/2018, de 16 de abril de 2018.

### **c. Libros y manuales**

Azofra Vegas, A. y Alonso Hernández Á., “Artículo 583. Comunicación de la apertura de negociaciones” en Veiga Copo, A. (dir.) *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2021, S.P.

Campuzano, A.B., “La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica concursada” en Veiga Copo, A. (dir.), y Sebastián Quetglas, R. (dir.) *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Thomson Reuters, Madrid, 2014, Capítulo VII.

Díaz Martínez, M., Gómez Soler, E., *La calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2009, p. 173-215.

García-Cruces, J. A., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, Barcelona, 2013.

Guatri, L., *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, p. 25.

Guerrero Trevijano, C., “La regla de la protección de la discrecionalidad empresarial en la proximidad a la insolvencia” en Pulgar Ezquerra, J.(dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluger, La Ley, Madrid, 2020, p. 250 y ss.

Morales Barceló, J., *La responsabilidad de los administradores mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 336.

Muñoz García, A. “Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial”, en Pulgar Ezquerra, J. (Dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluger, La Ley, Madrid, 2020, p. 173-202.

Pulgar Ezquerro, J., *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, p.49- 350.

Pulgar Ezquerro, J., *De los acuerdos de refinanciación*, en AA.VV. (Pulgar Ezquerro, J., Dir.): *Comentario a la Ley Concursal Tomo II*, 2a ed., La Ley, Madrid, 2020, p. 134.

Recamán Graña, E., “Diligencia e interés social en la proximidad de la insolvencia” en Pulgar Ezquerro, J. (dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer, La Ley Madrid, 2020, p. 250 y ss.

Sánchez Calero, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, págs. 223-232.

Quijano González, J., “Responsabilidad de los administradores en la proximidad de la insolvencia” en Pulgar Ezquerro, J. (dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, p.333- 361.

#### **d. Artículos de revista**

Alfaro Águila-Real, J., “Deberes de los administradores en situaciones próximas a la insolvencia”, *Almacén de Derecho*, 4 de abril de 2018.

Alfaro Águila-Real, J., “El deber de actuación independiente de los administradores en el mejor interés de la sociedad”, *Almacén de Derecho*, 6 de agosto de 2018.(disponible en <https://acortar.link/iECO8e> ; última consulta 03/06/2022.)

Cortés, J. B. (2020). “Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad”. *Revista Lex Mercatoria - Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, vol.14, nº6, 2020, p. 46 y ss. (disponible en <https://acortar.link/hVurbt> ; última consulta 03/06/2022.)

de Roa, F. S., Responsabilidad de los administradores en la etapa preconcursal: situaciones de pérdidas patrimoniales”, *Revista e-mercatoria*, vol. 14, nº 2, 2015, p. 55.

Garrigues, (2022). “Documento comparativo entre el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, publicado el 4 de agosto de 2021, y el proyecto de ley de la misma norma, publicado el viernes 14 de enero de 2022 en el Boletín de las Cortes”, (disponible en <https://acortar.link/kUTvYu> ; última consulta 03/06/2022.)

Gómez Asensio, C., *La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español*, 2020, p. 472-485. (disponible en <https://acortar.link/FH8otK>; última consulta 03/06/2022.)

Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de Insolvencia, Cuarta Parte Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (incluidos los grupos de empresa), 2ª Edición, 2020. (disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-11276-s.pdf>; última consulta 03/06/2022.)

Martínez Muñoz, M., “La responsabilidad de los administradores societarios en el período de crisis empresarial. Reflexiones a propósito de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva.”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº. 162, p. 97-104.

Monzó, S. “La Business Judgement Rule en el marco del nuevo Derecho Societario”, Rosario, 2019. (disponible en <https://acortar.link/cpLQSF>; última consulta 03/06/2022.)

Paz-Ares, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores” *InDret* , enero de 2014 (última consulta 03/06/2022).

Pérez Benítez J.J., “La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva”, *Almacén de Derecho*, 15 de mayo de 2021 (disponible en: <https://acortar.link/PzAt0w> ; última consulta 03/06/2022).



Recamán Graña, E., “La ‘*Business Judgement Rule*’ en la crisis. Una propuesta alternativa.”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 54, septiembre a diciembre 2018, p. 144-250.

Rojo Á., & Beltrán, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, S.P.

Rozo Sordini, P. E., “Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y abogados en el derecho italiano”, *Revista de Derecho Privado*, nº 4, diciembre de 1999, p. 139.

Tarso, (2020). “Actualización – Soluciones preconcursales. Primera parte”, *Tarso Eficacia Jurídica*, 2020, p. 25. (disponible en <https://acortar.link/taP2Sh>; última consulta 03/06/2022.)