

ESTUDIOS

DERECHO EUROPEO DE LA INSOLVENCIA: ARMONIZACIÓN, REESTRUCTURACIÓN Y EXONERACIÓN DE DEUDAS

CARLOS GÓMEZ ASENSIO
DIRECTOR

ANTONIO ALONSO-BARTOL BUSTOS
DAVID AVIÑÓ BELENGUER
NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ
ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO
JELENA ČUVELJAK
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
ASCENSIÓN GALLEGO CÓRCOLES
CARLOS GÓMEZ ASENSIO
URS PETER GRUBER

CAYETANA LADO CASTRO-RIAL
CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ
FRANÇOISE PÉROCHON
JUAN IGNACIO RUIZ PERIS
ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ
ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA
EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI
TOMASZ TOMCZAK
ALESSANDRA ZANARDO

Con el patrocinio de:



CIAORG/2022/60



Derecho Europeo de
la Insolvencia
Módulo Jean Monnet



Funded by the
European Union

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

DERECHO EUROPEO DE LA INSOLVENCIA:
ARMONIZACIÓN, REESTRUCTURACIÓN Y
EXONERACIÓN DE DEUDAS

CARLOS GÓMEZ ASENSIO

DERECHO EUROPEO DE LA INSOLVENCIA: ARMONIZACIÓN, REESTRUCTURACIÓN Y EXONERACIÓN DE DEUDAS

Antonio Alonso-Bartol Bustos	Cayetana Lado Castro-Rial
David Aviñó Belenguer	Cecilio Molina Hernández
Nuria Bermejo Gutiérrez	Françoise Pérochon
Ana Belén Campuzano Laguillo	Juan Ignacio Ruiz Peris
Jelena Čuveljak	Enrique Sanjuán y Muñoz
Alexandre de Soveral Martins	Álvaro Sendra Albiñana
Ascensión Gallego Córcoles	Eduardo Enrique Taléns Visconti
Carlos Gómez Asensio	Tomasz Tomczak
Urs Peter Gruber	Alessandra Zanardo

Con el patrocinio de:



III ARANZADI

© Carlos Gómez Asensio (Dir.) y otros 2024
© Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: julio 2024

Depósito Legal: M-14852-2024
ISBN versión impresa: 978-84-1162-471-8
ISBN versión electrónica: 978-84-1162-472-5
Incluye soporte electrónico

El Módulo Jean Monnet «Derecho Europeo de la Insolvencia», Project 101083878 EUINSOL está financiado por la Unión Europea. No obstante, los puntos de vista y opiniones expresados son exclusivamente los del autor o autores y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o la EACEA. Ni la Unión Europea ni la autoridad que concede la subvención pueden ser consideradas responsables de las mismas.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Printed in Spain

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

CAPÍTULO 15

LA ACTUACIÓN SOSTENIBLE DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL ANTE LA INSOLVENCIA

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ.	395
I. Consideraciones generales. De la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad de los administradores de las sociedades de capital	396
II. La diligencia debida de los administradores ante la insolvencia	401
III. La conexión societaria-concursal en la actuación de los administradores ante la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas	405
IV. Conclusiones	410
V. Bibliografía	411

CAPÍTULO 16

LAS RELACIONES LABORALES EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN «PRECONCURSALES»

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI.	415
I. Los planes de reestructuración: una novedad de la ley 16/2022, de 5 de septiembre.	416
II. Las medidas laborales en el derecho «preconcursal»: competencia judicial y procedimiento a seguir	418
1. <i>La competencia judicial objetiva para conocer sobre este tipo de medidas</i>	418
2. <i>El papel del experto en reestructuraciones.</i>	423
III. El tratamiento de los créditos laborales en el plan de reestructuración: la ejecución separada.	426
1. <i>La exclusión de los créditos laborales de las negociaciones del plan de reestructuración.</i>	426

La actuación sostenible de los administradores de sociedades de capital ante la insolvencia ¹

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ
Profesor de Derecho mercantil (Titular acreditado)
Universidad Pontificia Comillas

Palabras clave:

Insolvencia, diligencia, sostenibilidad, administradores sociales.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A LA SOSTENIBILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. II. LA DILIGENCIA DEBIDA DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA INSOLVENCIA. III. LA CONEXIÓN SOCIETARIA-CONCURSAL EN LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA CONCURRENCIA DE LA CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

1. Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto I+D+i *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ «FEDER Una manera de hacer Europa»), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como miembro del equipo de investigación, y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña, y de la Cátedra Gómez-Acebo & Pombo – ICADE sobre Sostenibilidad: Derecho y Práctica Legal, de la que soy codirector e investigador.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A LA SOSTENIBILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

El marco español del buen gobierno corporativo de las sociedades de capital debe valorarse considerando dos niveles: (1) el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), de obligado cumplimiento para las sociedades cotizadas, donde se especifica en el artículo 540 de esta norma que toda sociedad cotizada deberá presentar con carácter anual un Informe anual de Gobierno Corporativo²; (2) las recomendaciones contenidas en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, de carácter estrictamente voluntario, puesto que las cuestiones consideradas básicas e imprescindibles han quedado incorporadas a normas de obligado cumplimiento, como es la anterior.

Al hilo de lo regulado en esas dos normas, podemos decir que las disposiciones del citado Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas están sujetas al principio de «cumplir o explicar»³. Aunque hemos aclarado que la LSC es de carácter obligatorio, también sigue, en cierta parte, este principio de «cumplir o explicar», de modo que, cuando las sociedades no hagan cumplimiento de las recomendaciones que por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hacen, deberán justificar las razones por las que no han entablado medidas para el seguimiento de las sugerencias establecidas.

La responsabilidad social corporativa surge como una respuesta voluntaria de las sociedades a la consecución del desarrollo sostenible⁴. Se define

-
2. En este sentido, la LSC señala además que este informe será presentado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y posteriormente publicado.
 3. COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2020, pp. 9-10, donde se explicitan las características de este Código y se justifica: «La utilización de códigos de buen gobierno de carácter voluntario junto con el principio de "cumplir o explicar" son un sistema útil para lograr parte de los objetivos del buen gobierno corporativo y es el sistema seguido de forma consistente tanto en los principales países de la Unión Europea como en otros países desarrollados, resaltando su flexibilidad en el modo de ser aplicado y la posibilidad de constituirse en una referencia de buenas prácticas de gobierno corporativo. Además, la Unión Europea ha recogido expresamente en su normativa la validez de este principio de actuación, confirmado recientemente en el Libro Verde de la Unión Europea sobre gobierno corporativo de las sociedades cotizadas».
 4. El término *responsabilidad social corporativa* no se comenzó a utilizar hasta finales de la década de los cincuenta y principios de los sesenta del siglo XX, ligado al rápido incremento de tamaño y poder de las empresas norteamericanas. FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concepto y caracteres de la responsabilidad social. Responsabilidad

en 2001 en el *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores»⁵. Años adelante, la responsabilidad social corporativa se ha mostrado como espiral fundamental del gobierno corporativo, mostrando los grandes empresarios una mayor preocupación por la resolución de los problemas del entorno⁶.

De esta definición, podemos destacar como rasgo fundamental que la responsabilidad social corporativa supone un compromiso voluntario de las organizaciones para que, con su actividad, se genere un valor añadido para la sociedad, superando la visión restringida de la consecución del máximo beneficio económico⁷. Las sociedades desarrollan una «ética empresarial», no como una parte más del negocio, sino como una forma de hacer el negocio, en un momento en el que los clientes y la sociedad demandan de las empresas, no sólo calidad de los productos, sino un comportamiento ético a lo largo de todo el proceso de producción de bienes o servicios⁸.

Las sociedades cotizadas, fundamentalmente, y, de forma progresiva, las sociedades de capital ejecutan las normas estatales de buen gobierno corporativo. En concreto, nos centramos en el «Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas», preparado por la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, integrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). En este sentido, en el principio 24 de este Código citado, se establece que «la sociedad promoverá una política ade-

social corporativa: un enfoque de Derecho Mercantil», en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (dir.), *Responsabilidad social de las organizaciones*, Grupo 5, 2013, p. 98.

En este sentido, continúa la autora, en la p. 99: «(e)n los Estados Unidos, donde empezó a implantarse con inusitada fuerza la idea de que las empresas privadas, además de producir bienes y servicios, son también responsables de los riesgos sanitarios de sus trabajadores y que sus actividades generan contaminación».

Fue, quizá en este momento, cuando empezó la concienciación por los daños medioambientales ocasionados por las grandes corporaciones.

5. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de empresas*, Bruselas, 2001, p. 7.
6. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., «La defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos determinantes del gobierno corporativo», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, 2015, p. 128.
7. Entre otros autores, FRIEDMAN, M. y FRIEDMAN, R. D., *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, 2002.
8. RIVERO TORRE, P., «Responsabilidad social corporativa», en AA.VV., *Responsabilidad Social Corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, 2005, p. 75.

cuada de responsabilidad social corporativa, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados»; concretamente, la CNMV, como recomendación, comunica que la política de la responsabilidad social corporativa debe incluir los principios o compromisos que la empresa asume en relación con los distintos grupos de interés y deberá identificar, entre otras cuestiones, la estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales⁹.

El interés social o interés de la empresa debe ser el fin a lograr en la ejecución de todas las funciones realizadas por cualquier administrador de una sociedad de capital y, por ende, de una sociedad cotizada. Para la definición del interés social, tomamos como referencia la Recomendación 12 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, en virtud de la cual se entiende como «la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa», basado en un respeto del ordenamiento jurídico, con un comportamiento idóneo en torno a la buena fe, la ética y las buenas prácticas, de forma que los administradores consigan conciliar el interés de la sociedad con el de los grupos de interés, «así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

Éste es el concepto de la sostenibilidad que viene a sustituir el principio de la responsabilidad social corporativa, de forma que la creación de valor de la sociedad gira en torno a los distintos grupos de interés, más allá de los socios de la compañía. Así encontramos esta tendencia en la nueva Directiva sobre sostenibilidad, en la que se potencia especialmente la protección de las cadenas de valor, a fin de reforzar el interés social de la compañía, conjugando la protección de los factores medioambientales, sociales, relativos a los derechos humanos y de gobernanza¹⁰.

9. Recomendación 54 de COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, ob. cit.

10. Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

Sobre esta cuestión, véase SJÁFJELL, B. y BRUNER, C., «Corporations and Sustainability», en SJÁFJELL, B. y BRUNER, C., (eds.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge University Press, 2020, p. 7; SHEEHY, B., y FARNETI, F., «Corporate Social Responsibility, Sustainability, Sustainable Development and Corporate Sustainability: What Is the Difference, and Does It Matter?», *Sustainability*, 2021, 13, 5965, 11, [fecha de consulta: 12 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.mdpi.com/2071-1050/13/11/5965>

De esta definición de interés social nace el sistema de responsabilidad de los administradores que, en el ordenamiento español y comunitario, se incardina en el régimen de los deberes de diligencia y de lealtad. No obstante, y como veremos adelante, en nuestra opinión, en el marco de la insolvencia, opera en exclusiva el cumplimiento del deber de diligencia, dejando, en segundo lugar, el deber de lealtad, más propio de cuestiones puramente societarias y de su actividad social. Esta cuestión se ve reforzada con la aprobación el 24 de abril de 2024 de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, y que, en concreto, prevé que los Estados miembros, en sus legislaciones nacionales, contemplen el alcance de la responsabilidad de los administradores ante el incumplimiento de las nuevos retos y paradigmas de la sostenibilidad societaria, de alcance a las grandes empresas pero con una paulatina obligación para un mayor número de entidades a nivel comunitario.

Alejándonos sustancialmente del actual marco de sostenibilidad de las empresas, en torno, a los aspectos sociales y medioambientales fundamentalmente, tornamos al concepto de sostenibilidad económica de las compañías y lo vinculamos al Derecho de la insolvencia. La actual regulación de la sostenibilidad exige que se respete, en todo momento, a los grupos de interés. Podríamos decir que esta premisa ha sido siempre el *leitmotiv* del concurso de acreedores, de forma que toda actuación en el marco de un concurso de acreedores se hiciera en interés del propio concurso, esto es, acreedores y deudor fundamentalmente. Pues bien, actualmente, en el marco de la sostenibilidad, los grupos de interés, además de los acreedores, encontramos a todas las personas que puedan mantener vinculación con la sociedad.

En la actualidad, en relación a los administradores sociales, se ha previsto un nuevo régimen de responsabilidad en situaciones de preinsolvencia. La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en su artículo 19, ha consolidado un nuevo régimen de actuación para los administradores, facultados para adoptar cualesquiera medidas para evitar una futura insolvencia de la sociedad, en una protección de los diferentes grupos de interés de la compañía¹¹. Por ello, consideramos que esta nueva delimitación de diligencia

11. Sobre esta cuestión, véase, entre otros, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 17 de diciembre de 2021, n.º 9973, pp. 1-18.

de los administradores se enlaza con el concepto de sostenibilidad de la sociedad, en su sentido amplio de la palabra, y, por ende, el interés de la empresa, marco del referido deber. Asimismo, la discrecionalidad empresarial del administrador en este punto queda también limitada¹².

Por último, y en relación a las sociedades cotizadas, se ha posibilitado el desarrollo, dentro del consejo de administración, de una comisión de sostenibilidad. El Principio 23 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas posibilita la creación de otras comisiones especializadas, siguiendo el marco normativo de creación de las comisiones obligatorias, para el desarrollo de temas de vital importancia, como son las políticas de responsabilidad social corporativa y sostenibilidad¹³. En este contexto, las recomendaciones que se realizan respecto de otras posibles comisiones se centran en los temas y funciones a desempeñar, hasta el momento por parte de las comisiones de auditoría. En concreto, velar por el cumplimiento de los códigos de conducta de buen gobierno corporativo de la compañía, gestión de los canales de comunicación con los accionistas, promover las políticas de responsabilidad social, con especial énfasis en temas sociales y medioambientales, y velar por el cumplimiento del interés social y buenas relaciones con los grupos de interés. En definitiva, se propone que las sociedades velen por la evaluación de los riesgos no financieros a los que se pueden exponer, a fin de proponer un modelo de control y gestión de riesgos dirigido a prevenir la materialización de los citados riesgos¹⁴.

Por tanto, sin duda alguna, los administradores son los máximos responsables del cumplimiento del interés de la empresa que, engloba, no sólo el desarrollo de la actividad económica, sino también el cumplimiento de las normas, desarrollo de políticas sociales y medioambientales, en relación a todos los grupos de interés. No obstante, la tendencia nos lleva a la búsqueda de la implicación de los accionistas en la gestión de la sociedad y su participación en la consecución de los objetivos de las sociedades en relación a las cuestiones sociales y medioambientales.

12. GÓMEZ ASENSIO, C., «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2021, n.º 34, p. 156.

13. Encontramos algunas cotizadas como Endesa, Naturgy, Inditex o Indra que ya han constituido, en el seno de administración de la compañía, una comisión específica de sostenibilidad.

14. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Transparencia y sostenibilidad: nuevos retos de la información no financiera», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2020, n.º 27, p. 275.

II. LA DILIGENCIA DEBIDA DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA INSOLVENCIA

La crisis financiera de 2008 puso de manifiesto, de forma evidente, las deficiencias existentes en el régimen del buen gobierno corporativo de las sociedades de capital. En este sentido, y desde ese momento, se ha realizado una intensificación de la regulación legal de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las sociedades de capital.

El régimen de los deberes de los administradores de sociedades de capital está contemplado en los artículos 225 a 232 LSC. En concreto, estos preceptos sufren una importante modificación como consecuencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, de forma que el contenido y alcance de los deberes de diligencia y de lealtad se intensifican.

Además, el previo Informe de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo (14 de octubre de 2013), creada por Acuerdo del Consejo de ministros de 10 de mayo de 2013, consideró necesario y fundamental la reforma en la legislación española de sociedades de capital en lo relativo a los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad. Así, el referido Informe indicaba que era necesario actualizar y reforzar el régimen jurídico, entre otros, de los deberes de los administradores, en particular, del deber de lealtad y de su régimen de responsabilidad¹⁵.

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

En el marco de la concreción del sistema de responsabilidad de los administradores, por incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, se contemplaba además la extensión del «régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y a facilitar la interposición de la acción social de responsabilidad, reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a que se pronuncie sobre ello la junta general».

Está motivada extensión del contenido del régimen legal de los deberes de los administradores en la normativa de sociedades de capital ha causado que otra de las normas reguladoras de las sociedades cotizadas, esto es, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no dedique precepto alguno al régimen de los deberes de los consejeros de administración de las sociedades cotizadas. Sin duda, ésta es una gran noticia en el marco de la exigibilidad en el cumplimiento de los deberes de los administradores de sociedades cotizadas, que, como sociedades de capital, han de cumplir también estas disposiciones, pues las referencias del citado Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, como ya hemos dicho, están sujetas al principio de «cumplir o explicar».

En nuestra opinión, y en relación a la gestión de la insolvencia de las entidades por parte de sus administradores, el control financiero y, por tanto, la elusión de conflictos societarios por razones económicas radica en el ámbito del seguimiento del deber de diligencia, y no del deber de lealtad, circunscrito, exclusivamente, al desarrollo del objeto social. La actuación diligente de los administradores, en situaciones de insolvencia, actual o inminente, se incardina en el entorno societario, ya sea en la responsabilidad por daños, o ya sea en el supuesto de la responsabilidad cuando concurre causa legal de disolución por pérdidas.

El deber general de diligencia queda consagrado en la actualidad en el artículo 225 LSC, en atención a los siguientes términos: «los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa»¹⁶. Originariamente, y en un claro equívoco del legislador¹⁷, aparecerían conjuntamente los deberes de diligencia y de lealtad, hasta que se

16. Véase GARCÍA MANDALONIZ, M., «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en

desvincularon en la normativa actual, para proceder a la exigencia, como se ha visto, de una actuación responsable similar a la de un empresario¹⁸.

Se exige o se espera de ellos una actuación *responsable*, más allá de la de un buen padre de familia, quien se preocupa fundamentalmente por la conservación de un patrimonio, en la que fundamentalmente *ha de buscar el interés social*; interés social que, en las sociedades no cotizadas, quizá no difiera en exceso a la de los propietarios de las acciones, pero que probablemente en las grandes sociedades podría ser distinto. Por tanto, en sentido estricto, se espera del administrador que sea un gestor prudente, actuando con cuidado, dedicación, previsión y pericia¹⁹. Esta subordinación del interés particular, en relación al interés de la empresa, se ha recogido específicamente en la LSC a raíz de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Conscientes de las múltiples críticas que ha recibido este precepto²⁰, por considerarlo reiterativo al hilo del deber de lealtad, realizamos una reflexión de la oportuna incorporación que, sobre este precepto, se ha realizado y, a nuestro parecer, en conexión con la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente, en consonancia con la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 368-369, donde la autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones.

17. Véase DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, 2006, pp. 137-138.
18. Véase ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 198, 1990, p. 667, donde el autor considera que convendría que la conducta de un administrador se diferenciase de la exigida a un empresario.
19. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Universidad de Valladolid, 1985, p. 224.
20. Véase, entre otros, CAZORLA, L., «La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?», 14 de abril de 2021, disponible en <http://luiscazorla.com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/> (última consulta, 23 de enero de 2024), donde el autor tacha la reforma de *ocurrencia*.

procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)²¹. Asimismo, las obligaciones contenidas en el deber de diligencia, en el marco de la preinsolvencia, se concretan en las recomendaciones 255 y 256 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, y que señala lo siguiente: «Los administradores sociales, entre otros, quedarán obligadas a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados y a adoptar medidas razonables para: a) evitar la insolvencia; y b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance». A partir de ahí, en la recomendación 256, se recogen una serie de funciones, en el cumplimiento del deber de diligencia por parte de los administradores sociales, en el contexto de la preinsolvencia, que se asemejan a las señaladas en la Directiva y que, como estamos teniendo oportunidad de reflejar, ya están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el deber de diligencia establece que los administradores «deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad». Esta interrelación entre el deber de asistencia y el deber de diligencia de los administradores se plasma en el Principio 13 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, donde se valora que la selección de los consejeros, en cualquier caso, debe garantizar que se efectúa teniendo en cuenta su disponibilidad para el desarrollo del cargo que asume desde su nombramiento²².

En tercer lugar, el deber de diligencia, en el artículo 225.3 LSC, procede al reconocimiento expreso de la doble vertiente del derecho/deber de infor-

21. Véase Considerando 71, donde se establece: «En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva».

22. MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 317, 2020, p. 268.

mación²³. Como sucedía con anterioridad, el alcance del derecho de información, por parte de los administradores, es muy amplio, pues, tal y como se deduce del contenido, podrá recabar toda la información necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, se ha limitado, pues antes se refería a la marcha de la sociedad, por lo que ahora, entendemos, no podría solicitar información sobre cuestiones que no se circunscriben a sus tareas, como podría ser la clientela, los secretos empresariales, entre otros²⁴.

III. LA CONEXIÓN SOCIETARIA-CONCURSAL EN LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA CONCURRENCIA DE LA CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS

Como ya hemos tenido oportunidad de abordar, el Derecho de la Unión Europea ha previsto la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente. El análisis de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente debe partir de la previsión que, al respecto, se hace en el artículo 19 de la citada Directiva sobre reestructuración e insolvencia. En este sentido, en las situaciones de insolvencia inminente, en su consideración dentro de nuestra normativa concursal, los administradores sociales deben tomar debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa²⁵.

-
23. Sobre esta cuestión, véase ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «El deber/derecho de información del administrador», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 722; QUIJANO, J., «El funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas (reglas legales, recomendaciones y autorregulación)», en JUSTE, J. y ESPÍN, C., (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Tomo II, Aranzadi, 2017, p. 243.
24. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «El deber/derecho de información del administrador», ob. cit., pp. 725, y 727-732, donde la autora, con gran acierto, recoge el alcance y los límites del derecho/deber de información.
25. En este contexto, véase el Considerando 70 de la misma norma, en virtud del cual se establece lo siguiente: «es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo

En nuestro ordenamiento concursal, a la hora de determinar la responsabilidad de los administradores, sólo contamos con la responsabilidad de estos representantes tras la finalización del concurso, esto es, la responsabilidad concursal o condena a la cobertura del déficit concursal derivada de la calificación culpable del concurso. Para ello, partimos de la determinación normativa del concurso culpable, a tenor del artículo 442 del Texto Refundido de la Ley Concursal, en virtud del cual «el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones».

En este sentido, el concurso de acreedores, junto a las funciones solutoria y conservativa, cumple, también, una función represora o sancionadora del deudor concursado o de los administradores del concursado persona jurídica cuya conducta, positiva o negativa, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia ocasionando así un perjuicio a los acreedores²⁶. Así se prevé, en concreto, a la hora de determinar la condena a la cobertura del déficit, en atención del artículo 456 del Texto Refundido de la Ley Concursal, de forma que, encontrándonos con varios sujetos condenados, «la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso».

En definitiva, y tras un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, del que no es posible tratar en este momento, la naturaleza de la responsabilidad concursal es indemnizatoria²⁷, mientras que la sanción deriva de la

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

26. CAMPUZANO, A. B., «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 51, 2020, pp. 481-516.

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

inhabilitación de «las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período», tal y como se establece en el primer inciso del artículo 455.2.2.º del Texto Refundido de la Ley Concursal²⁸.

Por esta razón, y una vez que el ordenamiento español ya ha transpuesto la referida Directiva, nos encontramos con el encaje de la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente en el marco de nuestro Derecho de sociedades. En lo concerniente a la responsabilidad solidaria de los administradores por concurrir causa legal de disolución, derivada del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, nos centramos en la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social²⁹, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso, prevista en el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital³⁰.

En el contexto que nos ocupa, la STS 915/2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio, resuelve un recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, con el objetivo de determinar si para acordar la derivación de responsabilidad solidaria del administrador de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad

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

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

28. GONZÁLEZ CABRERA, I., «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 52, 2018, p. 14.
29. Contra todo pronóstico, atendiendo a las normas del Derecho comunitario sobre la instauración de mecanismos de alerta temprana y el desarrollo del Derecho de la preinsolvencia, el artículo 13 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, señala que las empresas emergentes, hasta que no hayan transcurrido tres años desde su constitución, no incurrirán en causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Sobre esta cuestión, véase MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La constitución y el seguimiento público de las empresas emergentes», en CALDERÓN PATIER, C., (dir.), *Las Startups. El fomento de las empresas innovadoras emergentes*, Tirant lo Blanch, 2024, p. 174.
30. En concreto, ésta es la especialidad propia de las empresas emergentes, pero no se hace mención al aumento y/o la reducción del capital social.

y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y, además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad. La Sentencia, al tenor del precepto, extrae dos valiosísimas conclusiones: 1. Ninguna mención se hace a la situación de insolvencia, sino a las causas de disolución de las sociedades de capital. Para ello, hay que enlazar nuestro derecho de sociedades con el derecho de la insolvencia; en este sentido, el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal distingue entre la insolvencia actual o inminente y, a partir de ahí, el deudor, en su deber de declarar el concurso, deberá hacerlo en el plazo de dos meses desde que conoce la situación de insolvencia. Además, en segundo lugar, la otra conclusión a la que se llega es que debe precisarse también si la situación de pérdidas es o no insolvencia, es decir, si la situación de insolvencia permite integrar esas pérdidas y, por tanto, afirmar la concurrencia de la causa de disolución. A este respecto, comparte el criterio expresado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 2013: «El estado de insolvencia no constituye, por sí, una causa legal que haga surgir el deber de los administradores de promover la disolución de la sociedad. No cabe confundir (...) entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que (...) sí constituye causa de disolución. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito (...) en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC)».

Será, por tanto, cuando concurra la causa legal de disolución, haya o no insolvencia, y un incumplimiento de los deberes legales de los administradores ante esta causa, cuando se pueda exigir responsabilidad a los representantes sociales.

Por último, la reciente crisis sanitaria ha previsto en nuestra práctica societaria y concursal una serie de medidas de carácter transitorio y temporal que pueden traer consecuencias para los administradores de sociedades de capital. En este sentido, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el

ámbito de la Administración de Justicia, estableció que hasta el 30 de junio de 2022 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Y, además, en lo concerniente a los ejercicios económicos de 2020 y de 2021³¹, no se tuvieron en cuenta las pérdidas en relación a la causa de disolución del artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, supuesto que se identifica con el específicamente previsto para las empresas emergentes.

Por todo ello, se pretendió evitar las circunstancias imprevistas y extraordinarias derivadas del COVID-19, de forma que se penalizara a las empresas y a sus administradores, así como, en ese momento, favorecer la viabilidad de las empresas evitando que debieran verse inmediatamente abocadas a la disolución o al concurso. No obstante, si durante este período la sociedad carece de viabilidad y se abordan solicitudes de préstamos o la realización de contratos a crédito, podría entenderse que los administradores no están realizando una diligente administración de la compañía.

En este sentido, no hay que olvidar que la responsabilidad del administrador surge respecto de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución³². Está claro que el administrador no va a incurrir en la presunción de culpabilidad del artículo 444.1.º del Texto Refundido de la Ley Concursal, por haber incumplido el deber de solicitar el concurso, pero no se ha determinado que finalmente el concurso pueda ser calificado como culpable. Todo ello en cuanto a la eterna duda si las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución se refieren al nacimiento o a su devengo³³.

-
31. En la redacción original, respecto del ejercicio económico de 2021, se planteaba lo siguiente: Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.
 32. Causa legal de disolución que queda inoperante durante los tres primeros años de existencia de una empresa emergente pero que, sin duda, podría devenir con posterioridad. Y es aquí donde puede devenir el incumplimiento de los deberes de los administradores de cualquier empresa emergente.
 33. ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo

Por tanto, todo administrador, para evitar estas situaciones que pueden suponer el incumplimiento de las obligaciones básicas del deber de diligencia, deberían contar con la aprobación de la junta general para la realización de cualquier operación que incrementara el pasivo de la empresa y ante la existencia de dudas razonables sobre la viabilidad de la empresa, no deberían esperar para presentar el precurso o el concurso de acreedores sino que lo presenten inmediatamente con la finalidad de abrir negociaciones y ver si es posible alcanzar un convenio, salvando así la actividad de la empresa sin riesgo alguno de incurrir en cualesquiera supuestos de responsabilidad³⁴.

IV. CONCLUSIONES

La actuación de los administradores ante la situación de la insolvencia de la sociedad ha de desarrollarse, necesariamente, en el marco de una conducta diligente. Esa esperada diligencia se encuentra, sin duda alguna, en el contexto de nuestro Derecho de sociedades, no sólo en el marco de la

225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 58, 2020, 13 pp., donde se analizan estas dos importantes sentencias en función de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales a tenor de contratos de tracto sucesivo y concurrencia de la causa legal de disolución. Tal y como se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, aunque el contrato se celebre con anterioridad a la causa legal de disolución, la obligación de pago, estipulada en el propio contrato, puede generar responsabilidad, tanto por el incumplimiento, así como por los intereses de demora.

34. Podemos concluir, por tanto, que esta previsión en relación a las empresas emergentes puede generar, sin duda alguna, responsabilidad de los administradores a tenor del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, antesala, en gran medida, de situaciones de preinsolvencia o insolvencia de las entidades a las que representan. Precisamente, esta cuestión, es la que se pretende destacar en segundo lugar en relación a esta suspensión de la causa legal de disolución por pérdidas de toda empresa emergente durante tres años. Nuestro ordenamiento concursal ha incorporado el concepto de la probabilidad de la insolvencia, en el marco de los planes de reestructuración, en tanto en cuanto se podría iniciar una negociación cuando el deudor considere que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que vengzan en los próximos dos años, tal y como se establece en el artículo 584.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal.
- Sin duda alguna, la estrecha línea entre la probabilidad de insolvencia y la insolvencia actual o inminente compromete seriamente a las empresas emergentes. Se mantiene esta afirmación, entendiéndose que la declaración del concurso de acreedores se torna obligatoria cuando el deudor —la empresa emergente— se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente.
- Por ello, la opinión que se deriva de esta suspensión es completamente crítica atendiendo a los parámetros actuales de nuestro Derecho de sociedades y Derecho de la Insolvencia. Sin duda alguna, el tiempo nos permitirá comprobar si esta suspensión resulta lógica o si, por el contrario, acarrea problemas para la viabilidad de las empresas emergentes y para los administradores de estas entidades.

responsabilidad por daños, y, más concretamente, en el ámbito del deber de diligencia, sino también en el espectro de la responsabilidad de los administradores ante la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas.

Como es sabido, y queda reflejado en este trabajo, un administrador societario podrá ser responsable, en un concurso de acreedores, tras la conclusión del concurso y su calificación como culpable. No obstante, en esa intensificación de las normas del Derecho de la insolvencia, y en la actuación en situaciones de proximidad a la insolvencia por parte de los administradores, nos encontramos con una nueva regulación, propiamente societaria, en la que el órgano de administración requiere de una diligencia debida para el desarrollo de cualesquiera actos que permitan reducir, sino eliminar, las consecuencias de la inminencia o actual insolvencia, con la finalidad de evitar la asunción de responsabilidad.

Esta *novedosa* regulación de responsabilidad en situaciones de insolvencia inminente gira, entre otras cuestiones, en la protección de los grupos de interés. He aquí nuestra conexión en este asunto, evidente en nuestra opinión, con el régimen de sostenibilidad de las empresas y, por supuesto, en relación a los informes de sostenibilidad que han de presentar anualmente todos los órganos de administración de las sociedades. Más allá de las cuestiones sociales y medioambientales que copan de forma mayoritaria los referidos documentos, lo cierto es que, en cuestiones de gobernanza, los administradores podrán dejar constancia de las conductas efectuadas a fin de proteger a los grupos de interés. Es más, las normas comunitarias sobre sostenibilidad, en este punto, exigen que, en aras del respeto a las cadenas de valor, las políticas de sostenibilidad no comprometan la viabilidad de otras empresas, pequeñas y medianas, con las que las grandes entidades puedan tener vinculación comercial.

Por ello, en nuestra opinión, la diligencia debida de los administradores, ante las situaciones de proximidad a la insolvencia, ya sea actual o inminente, nos hace ver que conecta ineludiblemente con las políticas de sostenibilidad que, progresiva y paulatinamente, han de establecer todas las sociedades, y que pueden hacer mejorar las situaciones *ad intra* y *ad extra* de los grupos de interés, marco de concreción de la responsabilidad de los administradores en esas circunstancias.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de

las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 58, 2020, 13 pp.

ALONSO UREBA, A., «Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal», en PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 1837-1868.

Id. «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 198, 1990, pp. 639-728.

BELTRÁN, E., «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal: (comentario de la sentencia de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 14, 2008, pp. 329-371.

CAMPUZANO, A. B., «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 51, 2020, pp. 481-516.

CAZORLA, L., «La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?», 14 de abril de 2021, disponible en <http://luiscazorla.com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/> (última consulta, 23 de enero de 2024).

COMISIÓN EUROPEA., *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de empresas*, Bruselas, 2001.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES., *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2020.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, 2006.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «El deber/derecho de información del administrador», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 715-745.

Id. «Transparencia y sostenibilidad: nuevos retos de la información no financiera», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2020, n.º 27, pp. 242-281.

FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concepto y caracteres de la responsabilidad social. Responsabilidad social corporativa: un enfoque de Derecho Mer-

cantil», en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (dir.), *Responsabilidad social de las organizaciones*, Grupo 5, 2013, pp. 98-102.

FRIEDMAN, M., y FRIEDMAN, R. D., *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, 2002.

GARCÍA MANDALONIZ, M., «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Aranzadi, 2015, pp. 357-426.

GÓMEZ ASENSIO, C., «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2021, n.º 34, pp. 155-172.

GONZÁLEZ CABRERA, I., «Deber de lealtad y responsabilidad concursal del administrador persona jurídica. Reflexiones a la luz de la STS de 20 de diciembre de 2017», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 52, 2018, 15 pp.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 17 de diciembre de 2021, n.º 9973, pp. 1-18.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., «La defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos determinantes del gobierno corporativo», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, 2015, pp. 93-138.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La constitución y el seguimiento público de las empresas emergentes», en CALDERÓN PATIER, C. (dir.), *Las Startups. El fomento de las empresas innovadoras emergentes*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 159-184.

Id. «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 317, 2020, pp. 243-280.

PULGAR EZQUERRA, J., «El deber y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por la solicitud del concurso de acreedores», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, pp. 117-119.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Universidad de Valladolid, 1985.

Id. «El funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas (reglas legales, recomendaciones y autorregulación)», en JUSTE, J., Y ESPÍN, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Tomo II, Aranzadi, 2017, pp. 237-262.

RIVERO TORRE, P., «Responsabilidad social corporativa», en AA.VV., *Responsabilidad Social Corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, 2005, pp. 63-98.