



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL LIQUIDADADOR

Comparativa entre el liquidador concursal y el societario

Autor: José Luis Duelo Urcelay

5º E-3 A

Derecho de Sociedades

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid

Junio 2022

Resumen

Las figuras de liquidador societario y liquidador concursal guardan muchas similitudes más allá de su nombre y de la función del que lo reciben. Pero también numerosas diferencias nacidas de las divergencias en el contexto y los objetivos de las ramas del Derecho Mercantil que las ordenan: el Derecho Societario y el Derecho Concursal. En este estudio pretendemos analizar y comparar los regímenes de ambas figuras a fin de determinar claramente cuáles son esas diferencias. También haremos una mención especial, aunque breve, a lo que la doctrina y la jurisprudencia ha ido concretando sobre los conceptos de interés social e interés concursal. Son ideas que deben orientar las decisiones de los administradores societarios y concursales – quienes en el ámbito societario suelen ser después los liquidadores y en ámbito concursal lo serán siempre salvo que hayan sido separados del cargo - y que por ello tienen una gran repercusión en los respectivos regímenes de responsabilidad.

Palabras Clave: Liquidador societario, liquidador concursal, administrador societario, administrador concursal, interés social, interés concursal, coordinación de acciones.

Abstract

The figures of corporate liquidator and insolvency liquidator have many similarities beyond their name and the function they receive it from. However, they also have many differences arising from divergences in the context and objectives of the branches of Commercial Law that regulate them: Corporate Law and Bankruptcy Law. In this study we intend to analyze and compare the regimes of both figures in order to clearly determine what those differences are. We will also make a special mention, albeit brief, to what the doctrine and the courts have been specifying on the concepts of corporate interest and bankruptcy interest. These ideas guide the decisions of corporate and insolvency administrators - who in the corporate sphere are usually later liquidators and in the insolvency sphere will always be liquidators unless they have been removed from their position - and which therefore have a great impact on their respective liability regimes.

Keywords: Corporate liquidator, insolvency liquidator, corporate administrator, insolvency administrator, corporate interest, bankruptcy interest, action coordination.

TABLA DE CONTENIDO

<i>I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA</i>	4
<i>II. PRESUPUESTO DE HECHO Y NOMBRAMIENTO</i>	6
CAPÍTULO I. LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL.....	6
CAPÍTULO II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.....	8
<i>III. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR SOCIETARIO Y EL LIQUIDADOR CONCURSAL</i>	12
CAPÍTULO I. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR SOCIETARIO	12
CAPÍTULO II. FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR - LIQUIDADOR CONCURSAL.....	15
<i>IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES. ESPECIAL MENCIÓN A LA CONCURRENCIA DE INTERESES DURANTE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL</i>	19
CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES SOCIETARIOS	19
COORDINACIÓN DE LAS ACCIONES Y RESPONSABILIDADES SOCIETARIAS Y CONCURSALES.....	28
CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES	30
CAPÍTULO III. MENCIÓN A LA CONCURRENCIA DE INTERESES DURANTE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL	34
EL INTERÉS SOCIAL.....	34
EL INTERÉS DEL CONCURSO.....	39
<i>V. CONCLUSIONES</i>	41
<i>VI. BIBLIOGRAFÍA</i>	43
LEGISLACIÓN	43
JURISPRUDENCIA	43
DOCTRINA Y OTROS.....	44

I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

El órgano de administración social es aquel que se ocupa y es responsable de la gestión diaria de la sociedad. Está compuesto por uno o más administradores societarios. Estos administradores, actuando con la diligencia de un buen empresario y la lealtad de un administrador leal, tomarán las decisiones sobre cómo responderá la sociedad a las realidades a las que se enfrenta, velando siempre por el interés social. Aunque según las corrientes legislativas y corporativas actuales, este interés no es el único soberano de la mente del administrador, sino que se conjuga con el de otros grupos de interés. Cuando la marcha normal de la sociedad comienza a complicarse financieramente, tanto el interés social como los demás que se hayan estado teniendo en cuenta quedan desplazados por el interés de los acreedores, si bien el momento en el que ello sucede aún es discutido salvo en dos supuestos: cuando concurre una causa de disolución de la sociedad y cuando se alcanza un desequilibrio patrimonial tal que no le es posible a la sociedad hacerse cargo de sus obligaciones presentes o futuras.

Cuando tienen lugar estas situaciones ocurre también un cambio sustancial en el órgano de administración social. En el primer caso, los administradores societarios son cesados y sustituidos por liquidadores societarios – aunque lo normal es que quien ostentase el cargo de administrador ejerza posteriormente de liquidador -. Entonces, el foco de atención de las decisiones cambia del interés social al de su efectiva liquidación, que puede traducirse en la satisfacción de las deudas que mantuviese con sus acreedores y el posterior reparto de la cuota de liquidación a los socios.

En el segundo, debe realizarse una solicitud de declaración de concurso, tras la cual el órgano de administración quedará suspendido o, como mínimo intervenido, por el administrador concursal que el juez haya nombrado. En esta situación el objetivo todavía no es el de liquidar a la sociedad, sino únicamente el de satisfacer en la medida posible los créditos que los acreedores sostengan contra la sociedad. No obstante, si se abriese la fase de liquidación en el seno de este proceso concursal, entonces el objetivo sí que se convertiría en la liquidación de la sociedad, aunque sería precisamente para poder satisfacer estos créditos.

Como se puede ver, la figura del liquidador societario y la del administrador y posterior liquidador concursal son muy similares tanto en nombre como en su función fundamental. Sin embargo, son figuras que nacen de ramas del ordenamiento jurídico diferentes y que tienen lugar en contextos distintos, aunque a veces sean parecidos. Estas diferencias en el origen generan a su vez otras numerosas e importantes disimilitudes en todos los aspectos de su régimen jurídico.

El objetivo de este trabajo es precisamente analizar y comparar los regímenes jurídicos de los liquidadores societario y concursal – y por extensión, el del administrador concursal - en su presupuesto jurídico, nombramiento, organización, funciones y posibles responsabilidades para poner de relieve esas diferencias. También estudiaremos brevemente los conceptos de interés social e interés concursal, directrices que deben orientar las decisiones de las figuras estudiadas y que por ello cobran especial relevancia.

Para cumplir con este propósito nos servimos de las disposiciones contenidas en los textos refundidos de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal, en donde se encuentran las normas referentes a ambas figuras. También realizamos un repaso superficial de la jurisprudencia relacionada con los temas tratados con el fin de arrojar luz sobre cuestiones interpretativas y áreas grises. Por último, revisamos libros y artículos doctrinales que han tratado previamente estos temas, como han podido ser el Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal en sus tomos I y II o los escritos de MARTÍNEZ MUÑOZ sobre la extinción de sociedades, las situaciones de crisis empresarial y la calificación concursal, entre otros, para conocer las opiniones y propuestas de la doctrina.

Al final del trabajo se puede encontrar una tabla resumen en la que comparamos las esferas jurídicas de los liquidadores societario y concursal en las dimensiones analizadas para destacar las diferencias que se han ido apreciando entre ellas a lo largo del estudio.

II. PRESUPUESTO DE HECHO Y NOMBRAMIENTO

CAPÍTULO I. LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹ (TRLSC en adelante) prevé tres tipos de supuestos en los que una sociedad de capital puede comenzar un proceso de extinción, dentro del cual tiene lugar la liquidación de la sociedad.

El primer tipo es de supuesto único: el artículo 368 TRLSC prevé la disolución por “mero acuerdo de la junta general”, utilizando para ello los requisitos de votación de las modificaciones estatutarias (194, 199 y 201 TRLSC). El segundo tipo son las causas de disolución de pleno derecho (360-1 TRLC), es decir, que producen la disolución de manera automática en cuanto tienen lugar. Puede apreciarse de oficio por el registrador mercantil o a instancia de cualquier interesado. Dentro de este grupo encontramos la apertura de la fase de liquidación en un proceso concursal, que será comentada en el próximo apartado.

El tercer grupo es el de las causas legales o estatutarias (362 y ss. TRLSC). Es un grupo mucho más numeroso, de hecho, es *numerus apertus* si consideramos que se permiten cualesquiera otras causas que se incluyan en los estatutos sociales. En estos casos, los administradores deberán convocar la junta general en cuanto conozcan la concurrencia de una de estas causas para que adopte un acuerdo de disolución. De no convocarla o de no adoptar la junta el acuerdo, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial (366 TRLSC). Este tercer grupo es el que resulta de mayor interés para nuestro trabajo en tanto que contiene un supuesto que se mueve en la zona difusa entre el Derecho Concursal y el Derecho de Sociedades. Se trata del supuesto 363.1.e), por pérdidas que dejen el patrimonio social a menos de la mitad del capital social. Ya en el propio precepto encontramos una mención a la posibilidad de entrar en el ámbito concursal más que en el societario, lo que demuestra la complejidad en la determinación de la rama del Derecho que se debería aplicar.

¹ 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 3 de julio de 2010).

Una vez acordada la disolución de la sociedad se pasa a la fase de liquidación (371 y ss. TRLC), en la que se cesa el órgano de administración y se nombra a los liquidadores, que ejercerán también sus funciones. Dejaremos de lado los detalles acerca de la publicidad y otras consecuencias para mantenernos estrictamente en nuestro tema de interés.

La norma general es que quienes fueron cesados del cargo de administradores tomarán el puesto de liquidadores (376.1 TRLSC). No obstante, no hay norma general sin excepciones: la primera es que los estatutos hayan previsto un sistema diferente, la segunda es que la junta acuerde que sea otra persona, la tercera es que la junta no logre ponerse de acuerdo sobre a quién nombrar, en cuyo caso cualquier interesado podrá pedir al letrado de la administración de justicia o al registrador mercantil que lo designen ellos². La cuarta excepción tiene lugar cuando hay disolución por apertura de la fase de liquidación en el seno de un proceso concursal, pero nos referiremos a ello en el próximo apartado. Una vez nombrados, debe ser inscrito el título en el Registro Mercantil a efectos de publicidad.

La duración del cargo será indefinida – aunque como horizonte más lejano está la extinción de la sociedad – a no ser que de los estatutos se desprenda algo diferente (378 TRLSC).

En cuanto a los requisitos de elegibilidad, por guardar silencio la norma y a la vez designar a los administradores previos como los liquidadores por defecto, podemos entender que son los mismos. Por ello, les serían aplicables las normas de los arts. 212 y ss. TRLSC. En virtud de estos preceptos puede ser administrador/liquidador una persona física o jurídica siempre que goce de plena capacidad de obrar, no esté inhabilitado para el ejercicio y no incurra en incompatibilidades del estatuto jurídico del funcionario público.

² Este mecanismo nos parece acertado en tanto que si la junta no elige al anterior administrador, es porque no confía en él, pero ante la imposibilidad de adoptar un acuerdo sobre quién podría ocupar el puesto, permite que sea la autoridad judicial o registral la que lo haga.

CAPÍTULO II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Por su lado, el presupuesto de hecho del liquidador concursal es la apertura de la fase de liquidación en el seno de un proceso concursal. Empezando por el principio, un proceso concursal es un complejo mecanismo judicial para “negociar y llegar a un acuerdo entre acreedores y deudor”³. Sobreentendemos que el objeto del acuerdo es la satisfacción de los créditos que los primeros tienen frente al segundo.

Tal como explica el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley Concursal⁴ (en adelante TRLC), la declaración de concurso podrá tener lugar cuando una persona física o jurídica – aunque por la comparación con la figura societaria nos centraremos sólo en la jurídica – bien se encuentra en estado de insolvencia, bien aún no lo está, pero es inminente (1.1 y 2.1-3 TRLC). Sin entrar en demasiado detalle sobre la inminencia, podemos entenderla como la situación en la que el deudor prevé que no podrá hacer frente a las obligaciones regularmente exigidas.

El concurso pueden solicitarlo el deudor, los acreedores y los socios que respondan a título personal de las deudas sociales (3 TRLC). El deudor – su órgano de administración, concretamente - es quien más sencillamente puede demostrar su estado de insolvencia. Podemos asumir que los socios colectivos, también cuentan con suficiente información por estar directamente involucrados la administración de la sociedad. La diferencia entre un caso y otro dentro del ámbito de la sociedad colectiva sería que, en este último caso, el socio está actuando por su propia cuenta y no en nombre de la sociedad.

Los acreedores, en cambio, tienen mayor dificultad para probar la insolvencia del deudor, en tanto que no disponen de la información a la que tienen acceso los otros dos legitimarios. Es por ello que el artículo 2.4 TRLC contempla una serie de indicios en los

³ “Procedimiento Concursal”, *La Ley. Guías Jurídicas Wolters Kluwer*. (Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc1MztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAPdfWLTUAAAA=WKE; última consulta 9/05/2022).

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Concursal (BOE 7 de mayo de 2020). Debe saberse que, a la espera de que se cumpla el mandato de desarrollo reglamentario de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014, algunos de los artículos del texto no estarán en vigor, resultando de aplicación los de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 7 de mayo de 2020).

que puede basarse para realizar su solicitud, sin perjuicio de que el deudor pueda oponerse a tal solicitud, respetando el principio procesal de contradicción (20 TRLC).

Independientemente de quién haya instado la apertura del proceso concursal, el juez dictará auto estimando o desestimando la solicitud (24 TRLC). En ese mismo auto deben constar dos elementos que resultan de interés para nuestro estudio: el carácter de necesario o voluntario del concurso (28.1. 1º TRLC) y el nombramiento del administrador concursal y las facultades de éste y del deudor respecto de la masa patrimonial de la sociedad (28.1. 3º y 4º).

Sin embargo, no nos es suficiente con que haya declaración de concurso para que haya un liquidador concursal. En efecto, si bien el destino más frecuente de este tipo de procesos es la liquidación de la sociedad, extinguir sociedades no es el propósito de este mecanismo.

Habiendo comenzado el concurso, hay otra serie de supuestos que desencadenan la apertura de la fase de liquidación, que se corresponden a los del Capítulo I del Título VIII del Libro Primero. Los grupos de supuestos graduados en función de la gravedad de sus supuestos específicos según PRADES CUTILLAS⁵ son: por solicitud voluntaria del deudor; por solicitud obligatoria del deudor; la liquidación necesaria, en la que los acreedores también están habilitados para instarla; a solicitud del administrador por cese total o parcial de las actividades sociales; y la apertura de oficio por el propio juez.

El administrador concursal, nombrado, como ya se ha dicho, en el auto de declaración del concurso, pasa a ejercer las funciones de liquidador concursal durante la fase de liquidación en el proceso (412 TRLC). A diferencia de la administración societaria, el administrador será siempre único salvo que concurran ciertos requisitos de interés público (57 y 58 TRLC). No obstante, la ley contempla la existencia de auxiliares delegados, personas con cualificación para ser administradores concursales que asistan al administrador designado en las tareas que éste le delegue (75-6 TRLC).

⁵ PRADES CUTILLAS, D., “Artículo 406. Apertura de la liquidación a solicitud del deudor.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo II*, Cizur Menor, 2021, p. 444.

Con la anterior redacción de la norma concursal el nombramiento del administrador concursal era discrecional. Ahora, no obstante, los nombramientos se realizan por sorteo. Explica GONZÁLEZ VÁZQUEZ⁶ que los colegios de abogados y los de economistas y el Registro Oficial de Auditores de Cuentas envían anualmente al Registro Público Concursal tres listas con aquellas personas que, cumpliendo los requisitos que expondremos más adelante, muestran su disponibilidad para ejercer de administradores concursales en una determinada zona y para los concursos que sean pequeños, medianos o grandes. Por sorteo se elige quién es el primer designado como administrador y desde éste, se va nombrando automáticamente a los siguientes de la lista en orden alfabético mientras no caigan en las incompatibilidades y prohibiciones de los art. 65 TRLC. Las personas jurídicas también pueden ser administradoras concursales siempre que tanto la sociedad como la persona natural que ejerza las funciones en su nombre supere los mismos requisitos, incompatibilidades y prohibiciones que los administradores personas físicas (63 TRLC).

Existe una excepción a este sistema: la del artículo 62.2 TRLC para los concursos de gran tamaño, en la que el juez puede optar por designar a un administrador específico amparándose en su idoneidad para el proceso.

Este sistema plantea varias dudas ya explicadas⁷, pero hay dos analizadas por el mismo autor⁸ que a nivel personal me han llamado la atención: ¿Puede un administrador persona física trabajar en una administradora persona jurídica? En tal caso ¿podría uno beneficiarse de la experiencia del otro?

La cuestión planteada implica que una misma persona tendría más de un puesto en la lista, haciendo que fuese llamado con mayor regularidad. Podrían distinguirse, entonces, dos tipos de situaciones: la persona jurídica administradora es tan solo una pantalla a través de la cual la persona física pretende tener más oportunidades de ser llamado. La segunda es que una sociedad cuya actividad sea la administración concursal reúna en su plantilla

⁶ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, D., “Artículo 62. Del nombramiento.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 436-8.

⁷ *Id.*

⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, D., “Artículo 60. Carácter obligatorio de la inscripción.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 412-3.

a una serie de profesionales habilitados para ejercer y al menos uno de sus empleados esté paralelamente inscrito en el Registro por sí mismo o por estar vinculado, a la vez, a otra empresa que también está inscrita. En el primer caso, lo que encontramos es un intento de fraude que por supuesto no debería aceptarse como válido. En el segundo, no hay intención de causar un perjuicio y además, de tener lugar, es uno muy atenuado, ya que no necesariamente se estaría nombrando a la misma persona que está inscrita a título personal de tocarle el turno de administrador a la sociedad. Por lo menos a mi juicio, resulta razonable. De hecho, parece que el Texto Refundido ya lo previó y lo permite mientras no se haga abuso de ello, así, el artículo 65.3 consiente la designación de un administrador por persona jurídica siempre que, independientemente de que haya sido a título personal o en representación de persona jurídica, no haya actuado como administrador de tres concursos en dos años.

La otra cuestión es que las empresas dedicadas a estas actividades se beneficien de la experiencia adquirida por sus empleados fuera de aquellos procesos en los que fueron designadas ellas mismas. Como bien señala GONZÁLEZ VÁZQUEZ⁹, de permitirse, para que las sociedades no se beneficiasen de una experiencia que no tienen, deberían notificar al Registro cuando un administrador deje su plantilla. En el sentido contrario, los administradores personas naturales no abandonarían su experiencia con la empresa, sino que les acompañaría allá donde fueren. Ello es posible con el acierto del artículo 563.2 TRLC que obliga a que las personas jurídicas expresen en su solicitud de inscripción en el Registro Público Concursal la experiencia previa de los administradores de su plantilla, de modo que ésta se encuentra diferenciada de la de los demás.

Adentrándonos un poco más en los requisitos subjetivos para ejercer como administrador/liquidador concursal, los encontramos en el artículo 27 de la Ley Concursal, que como se explicó anteriormente, mantiene en vigor algunos de sus artículos a la espera de desarrollo reglamentario que menciona la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 17/2014. A nivel general, se necesita ser abogado, economista o auditor con al menos cinco años de experiencia en el ámbito concursal. En el caso de ser persona jurídica no harán falta esos años de experiencia, pero sí contar con un abogado ejerciente y un

⁹ *Id.*

economista o auditor en la plantilla. Ambos dos tipos de administradores deberán contar con un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (69 TRLC).

III. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR SOCIETARIO Y EL LIQUIDADOR CONCURSAL

CAPÍTULO I. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR SOCIETARIO

Primero podríamos empezar por la manera en la que se organizan los liquidadores a la hora de actuar. Ante el silencio de la ley societaria sobre este asunto, podemos aplicar la misma analogía que en el apartado sobre los requisitos de elegibilidad. Por ello, entendemos que los liquidadores pueden organizarse como liquidador único o como liquidadores mancomunados, solidarios o colegiados (210 TRLSC). Sin embargo, la ley sí que mantiene una diferencia sustancial independiente al régimen de organización: el poder de representación será ejercido por cada liquidador de manera individual, salvo que los estatutos prevean lo contrario (379.1 TRLSC). En cualquier caso, presumimos que el sistema será el mismo que tuviese la sociedad con anterioridad a fin de dar continuidad al modo de trabajar habitual de los administradores previos, que son los que normalmente ostentarán el cargo.

Dicho esto, también sabemos cuál puede ser la primera función del liquidador: la representación de la sociedad. El apartado 2 del mismo artículo especifica que “la representación de los liquidadores se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad”. Este matiz muestra un cambio radical en el objetivo de la sociedad, que desde ahora actuará con el fin de liquidarse. En consonancia con el cambio de denominación social añadiendo la expresión “en liquidación” (371.1 TRLSC), MARTÍNEZ MUÑOZ habla de un cambio de objeto social implícito¹⁰.

El siguiente es el deber de formular un inventario y un balance de la sociedad del día en el que se hubiese disuelto en el plazo de tres meses (383 TRLSC). La norma lo denomina como “deber inicial” y es que conocer el activo y el pasivo de la sociedad es el primer

¹⁰ MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “Extinción de las sociedades de capital.”, en IBÁÑEZ, J. (coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial, Derecho de Sociedades, Tomo II*, Cizur Menor, 2020, p. 339.

paso que el liquidador debe dar para alcanzar su fin último – la liquidación -, sirviendo como ruta de guía hacia lo que debe ser satisfecho y con qué bienes o derechos.

El tercero es el deber de realizar operaciones sociales (384 TRLSC), por las que se entienden las que estuviesen pendientes y las que “sean necesarias para la liquidación de la sociedad”. Podría interpretarse como las acciones destinadas a satisfacer el pasivo de la sociedad con el activo. Pero dado que a eso se refiere el artículo siguiente, lo que entendemos de dicho artículo es la realización de las actividades correspondientes al anterior objeto social siempre que contribuyan a la liquidación, por ejemplo, incrementando el patrimonio con el que poder satisfacer las deudas. Ello sin olvidar que el destino de la sociedad ya está sellado a la extinción.

El cuarto es el ya mencionado cobro de créditos y pago de deudas sociales. En el caso de las sociedades anónimas o comanditarias por acciones, también la reclamación de los dividendos pasivos si los hubiera (385.1 y .2 TRLSC). Muy relacionado a este son los deberes de enajenar los bienes a nombre de la sociedad (387 TRLSC) y el de repartir el activo sobrante de la satisfacción del pasivo entre los socios conforme a las normas de los arts. 391 y ss. TRLSC. Es precisamente en estos deberes donde se concentra la mayor parte del conflicto de intereses entre socios, acreedores y otros *stakeholders* que la sociedad pudiera tener. También, y en gran parte por lo anterior, es donde más se pone de manifiesto el régimen de responsabilidad del liquidador/administrador.

El séptimo consiste en la llevanza de la contabilidad y la custodia de los libros sociales, la documentación y correspondencia (386 TRLSC) y el octavo es el deber de información a socios y acreedores del estado de la liquidación.

Una vez terminada la liquidación, a los liquidadores les corresponde elaborar un balance final, un informe sobre las operaciones realizadas y una propuesta de reparto del patrimonio remanente, que deberán someterse a acuerdo de la junta. Tras aprobarse, los liquidadores procederán a otorgar escritura pública de la extinción de la sociedad y a darle publicidad en el Registro Mercantil junto con el balance y una relación de socios y su cuota de liquidación (395 y 396 TRLSC).

Por último, en el supuesto de que apareciesen activos sobrevenidos, los liquidadores deberán repartirlos conforme a las cuotas de liquidación acordadas (398 TRLSC).

Hasta aquí los deberes estrictamente de los liquidadores. Sin embargo, como el artículo 375.2 TRLSC impone el mismo régimen jurídico a administradores que a liquidadores en lo que no sean incompatibles, es frecuente que los liquidadores sean quienes previamente ocuparon el cargo de administradores. El incumplimiento de sus obligaciones tiene grandes repercusiones en la responsabilidad de las esferas societaria y concursal, por lo que merece la pena analizar las obligaciones del administrador societario.

Lo primero que puede decirse de las funciones del administrador societario es que son más bien abstractas. Si bien se denominan “deberes” en la ley, podríamos referirnos a ellos como criterios de actuación. Así, los deberes del Capítulo III del Título VI del TRLSC son dos: el deber de diligencia y el de lealtad.

El art. 225 TRLSC habla de cumplir los deberes legales y estatutarios “con la diligencia de un ordenado empresario (...) y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”. El término “ordenado empresario” es distinto a la diligencia “de un buen padre de familia” del Código Civil. En palabras de RIBAS-FERRER¹¹ “las exigencias propias de un administrador que cumple sus funciones con diligencia no son las que corresponden a un hombre medio”. Se entiende que para ser administrador de una sociedad se requieren unos conocimientos técnicos que capaciten para poder ejercer sus labores con propiedad sin perjudicar a la sociedad, cuyo interés debe primar. Estos conocimientos se extienden también a la actividad de la empresa, ya que no necesitará los mismos conocimientos el administrador de una empresa farmacéutica que la de una entidad de crédito, puesto que su regulación y marco competitivos son diferentes. El deber de diligencia no solo se relaciona con los conocimientos previos, sino que también incluye la obligación de conocer la marcha de la empresa, sus irregularidades y de las actuaciones de la alta dirección, a fin de poder tomar decisiones lo suficientemente informadas.

¹¹ RIBAS-FERRER, V. “Los deberes de los administradores.”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo I*, Cizur Menor, 2011, p. 1615.

Otra nota de la diligencia del administrador es la de obrar con prudencia, según el ya citado RIBAS-FERRER¹². Este elemento de la diligencia es más controvertido, ya que si por miedo a la responsabilidad de la decisión, un administrador adoptase una política ultraconservadora, estaría esquivando las oportunidades de maximización del valor social en perjuicio del interés social. A este respecto, el artículo 226.1 TRLSC¹³ parece querer proteger a las sociedades de esa posibilidad al establecer un estándar de diligencia sobre el cual no le es exigible responsabilidad al administrador.

El artículo 227 TRLSC exige, en relación al deber de lealtad, obrar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad so pena de resarcir los daños y transferir el enriquecimiento injustificado. Los artículos 228 y 229 desarrollan su contenido, que de una forma sucinta podría resumirse en no abusar de la posición de administrador en beneficio propio, no divulgar información confidencial, evitar todo conflicto de interés y notificar a la Junta General cuando tenga lugar uno. Al interpretarse junto con el art. 225 de la misma norma, se entiende que este deber opera incluso en perjuicio del administrador, que debe anteponer el interés de la sociedad al suyo propio. Tal es la rigidez de este deber que no podrá ser desplazado por las disposiciones estatutarias (230.1 TRLSC). Únicamente con la autorización de la Junta podrá dispensarse del deber para una causa concreta (230.2 TRLSC).

CAPÍTULO II. FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR - LIQUIDADOR CONCURSAL

Antes de comentar sobre las obligaciones del administrador concursal conviene dejar claro que su existencia no implica la desaparición del órgano de administración social previo. Como ya se ha mencionado *supra*, el auto de declaración de concurso determinará las facultades de administración y de gestión patrimonial de los administradores societarios y de los administradores concursales (28.1. 3º y 4º TRLC), de modo que podrán coexistir con diferentes facultades según lo estime el juez, que además podrá

¹² *Ibid.* p. 1608-20.

¹³ Art. 226.1 TRLSC: “En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, 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”.

modificarlas *a posteriori* a instancia del administrador concursal (108.1 TRLC). Es posible que el juez decida suspender al órgano de administración de sus facultades patrimoniales. Ello tampoco implicaría su sustracción total, ya que seguirá existiendo, aunque con unas capacidades de actuación reducidas (107 y 126 TRLC).

Uno de los primeros deberes de la administración concursal es el de elaborar un informe que, entre otras cosas contendrá la información contable y patrimonial de la sociedad – para lo que previamente tendrá que haber realizado un inventario de activos y una lista de acreedores y sus respectivos créditos (198 y 285 y ss. TRLC) - y las decisiones y actuaciones de la administración concursal (290 y ss. TRLC).

Mientras tanto, si la administración societaria estuviese suspendida, también deberá tomar cuantas decisiones sean necesarias para la continuidad de la actividad de la sociedad (113 TRLC). Si, en cambio, el órgano de administración mantuviese algunas de sus facultades patrimoniales, la figura del administrador pasaría a desempeñar un papel interventor. Siendo ese el caso, sus obligaciones pasarían por fiscalizar las decisiones del órgano de administración, la elaboración de las cuentas anuales y las declaraciones y autoliquidaciones societarias (106.1, 115 y 118 TRLC).

La ley le otorga al administrador concursal el derecho a acudir a las reuniones de los órganos colegiados de la sociedad y tener voz en ellos (127.1 TRLC). Este precepto, a nuestro parecer, cumple con una doble función: de un lado sirve como fuente de información adicional a las obligaciones de documentación y colaboración de los dirigentes de la sociedad de los arts. 134 y 135.2 TRLC, en tanto que al presenciar sus discusiones puede conocer mejor sus dinámicas e intereses que si los estudiase únicamente a través de actas e informes. De otro lado, FARRANDO MIGUEL¹⁴ le atribuye la función de participar en los órganos colegiados de la concursada a fin de que las decisiones tomadas en ellos tiendan al mejor interés del concurso. Sendos propósitos contribuirían a facilitar la labor de intervención en tanto que conocería sus motivaciones y, en cualquier caso, se habrían tomado las decisiones con su consejo en cuenta.

¹⁴ FARRANDO MIGUEL, I., “Artículo 127. Efectos sobre los órganos colegiados de la persona jurídica concursada.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 740-747.

Cabe decir que, si la sociedad es unipersonal o su administración no es colegiada, no podrá asistir a las deliberaciones de dichos órganos por no existir tal órgano colegiado. Por otro lado, de estar suspensa la administración societaria, las labores que intervendría en el otro caso las desempeñaría él mismo.

Nótese que a la hora de admitir o denegar sobre las decisiones del órgano de administración social el art. 106.1 TRLC reza que lo hará “según tenga por conveniente”. Sería fácil interpretar el precepto asumiendo que el administrador puede aceptar o denegar a su arbitrio, pero no es así, ya que debe ponerse a la luz de unos deberes generales que, al igual que en la administración societaria, orientan su modo de actuar. En efecto, el artículo 80 del reiteradamente citado Texto Refundido de la Ley Concursal, impone al administrador los deberes de diligencia y lealtad, paralelamente al art. 225 TRLSC para los administradores societarios.

Por la falta de especificación contraria, la igualdad en el uso del término “ordenado empresario” y el hecho de que bajo algunos supuestos será el administrador concursal el que realice las funciones del societario, opinamos que el contenido del deber de diligencia es el mismo, pero que, por aplicarse a dos figuras con funciones y facultades distintas, se manifiestan de manera diferente. De este modo, al administrador concursal también se le pide un nivel de diligencia superior al de un ciudadano medio y conocer las normas y la jurisprudencia que se le aplique y los estatutos y acuerdos sociales en lo que le afecte. LÓPEZ MÁÑEZ¹⁵ menciona, además, la importancia de estar los suficientemente informado y de tener en cuenta los riesgos que puedan afectar a la sociedad en cada decisión. Por último, a la par que el art. 226 TRLSC protege al administrador mientras obrase diligentemente, el art. 94 hace lo propio, no pudiendo exigirle responsabilidad al administrador concursal por daños y perjuicios en lo que hubiese obrado con la diligencia debida.

El deber de lealtad, por su parte, enfatiza la representación. Así, la administración concursal ejercerá las funciones de representación judicial y frente a los acreedores cuando esté suspenso el órgano social (119, 120 y 128 TRCL). Cuando las facultades de

¹⁵ LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Artículo 80. Deberes de diligencia y lealtad.” en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2021, p. 527-535.

representación recayesen sobre la sociedad, todavía la ejercerá de manera indirecta al estar la sociedad atada a su autorización para cualquiera de estos actos. Mientras que en el deber de diligencia, bajo algunas circunstancias, encontrábamos una divergencia del mismo deber en distintas obligaciones; en la lealtad encontramos la convergencia de distintos deberes en los mismos contenidos. Al tiempo que el administrador societario debería representar y actuar buscando el mayor interés social, el concursal está orientado al mejor interés del concurso. La gran diferencia entre ambos intereses, que intentaremos explicar más adelante no obstruye el paralelismo entre ambos deberes. De este modo, al administrador concursal también se le exigirá obrar de buena fe y por encima de sus propios intereses, lo que obliga a evitar cualquier clase de conflicto de interés y a tratar equitativamente a los acreedores¹⁶, también a no revelar información confidencial y a no abusar de sus facultades. De no poder actuar de manera independiente por incurrir en alguna causa de prohibición o incompatibilidad podrá ser recusado por cualquier legitimado a solicitar el concurso (72 y 73 TRLC).

A lo largo de la norma pueden ir encontrándose más facultades y deberes de los administradores – la solicitud de revocación del auditor de cuentas, el ejercicio de acciones contra socios por los desembolsos pendientes de sociedades anónimas y comanditarias por acciones o la evaluación de la propuesta de convenio (117, 131, 347 TRLC) entre otros muchos -. Sin embargo, hay unos que nos resultan de mayor importancia por el tema de nuestro estudio: las obligaciones relativas a la fase de liquidación concursal.

En el momento en el que se inicia la fase de liquidación en el seno del concurso, el órgano de administración social quedará suspendido si no lo estaba de antes, ocupando sus funciones el administrador concursal (413 TRLC). En ese mismo instante nace la obligación del administrador de elaborar un plan de liquidación para convertir todos los activos de la concursada en dinero líquido con el que satisfacer las deudas, orientado por los principios de actuación en interés del concurso, de preferencia de la enajenación unitaria frente a la fragmentación (415-7 TRLC), de prelación de créditos y de prioridad temporal del Título IX del Texto Refundido. Este plan está sujeto a aprobación judicial, aunque el propio administrador puede solicitar su modificación en cualquier momento

¹⁶ *Id.*

después de ello (419-20 TRLC). Para aquello que no se haya estipulado en el plan o no haya sido aprobado se aplicarán las normas supletorias previstas en el artículo 422 TRLC y en las normas del procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷.

Además del deber de enajenar los bienes y satisfacer los créditos conforme a lo previsto en el plan anterior, el liquidador concursal también debe realizar informes trimestrales sobre el estado de la liquidación (424 TRLC). Estos informes cobran gran relevancia para mitigar riesgos por parte del liquidador: los arts. 427 y 428 TRLC prevén que si pasado un año desde la apertura de la liquidación, no se hubiese concluido, cualquier interesado puede solicitar la separación del liquidador del proceso debiendo reintegrar a la masa toda retribución percibida desde el inicio de la fase. La descripción del progreso y las dificultades encontradas en los informes pueden contribuir a que el juez deniegue la separación y la consecuente sanción para el liquidador.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES. ESPECIAL MENCIÓN A LA CONCURRENCIA DE INTERESES DURANTE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL.

CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES SOCIETARIOS

El régimen de responsabilidad de los administradores y de liquidadores de una sociedad coinciden tanto en el seno de una extinción societaria como en el de un concurso de acreedores en una gran parte.

Antes de comenzar con la explicación, recordemos que el liquidador societario tan solo hace aparición durante la extinción societaria, pero que, por norma general, suelen ser las mismas personas que previamente ostentaron el cargo de administradores. Además de que el ya mencionado art. 375.2 TRLC equipara el régimen de liquidadores y administradores en lo que no sean incompatibles. Por estos dos motivos trabajaremos bajo la premisa de que administradores y liquidadores coinciden.

¹⁷ Capítulo IV del Título IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Lo primero de todo es tener en cuenta la importancia de la confianza entre junta general y administradores o liquidadores. Puesto que el órgano de administración está orientado a la satisfacción del interés social, la junta de socios puede acordar la separación de administradores incluso si el asunto no se encuentra en el orden del día y sin que concurra una causa en particular (223 TRLSC). Pese a que la figura del liquidador ya no vela estrictamente por el interés social¹⁸, el texto legal sigue confiriéndole a la junta dicha capacidad (380.1 TRLSC). La junta no disfrutará de esta facultad cuando el liquidador hubiese sido nombrado por el letrado de la administración de justicia o por el registrador mercantil, en cuyo caso la separación dependerá de su decisión, instada por los socios o cualquier interesado y mediando una justa causa (380.2 TRLC). Estas mismas personas estarán legitimadas para solicitar a los órganos anteriores la separación si no se hubiese sometido a aprobación el balance final de liquidación en tres años (389 TRLSC).

Ahora bien, el grueso de la responsabilidad de los administradores y liquidadores se encuentra en las acciones que socios, acreedores y terceros pueden ejercitar contra ellos, sin perjuicio de que haya otros mecanismos que también mencionaremos sucintamente. En el contexto de la extinción de sociedades entran en juego tres: la acción individual o por daños, la acción social y la acción de responsabilidad por deudas sociales. En el proceso concursal, a éstas se suman la indemnización por daños y perjuicios de ser alcanzado por la calificación culpable del concurso y la responsabilidad concursal.

El artículo 241 del TRLSC hace expresa mención a la posibilidad de que cualquiera pueda ejercitar acciones por daños contra administradores – y por extensión, liquidadores - en el desempeño de su cargo. Esta acción sigue el esquema habitual de una acción por daños. No obstante, por movernos en el ámbito del Derecho de Sociedades, es necesario que se cumplan unos requisitos en particular. Así, la STS 4237/2021 y otras como las SSTS 3606/2021 y 4072/2020¹⁹ sientan como requisitos de esta acción: (i) una acción u omisión de uno o más administradores; (ii) que dicha acción u omisión le sea imputable al órgano

¹⁸ *Vid.* p. 34

¹⁹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 4237/2021, de 24 de noviembre. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 3606/2021, de 6 de octubre. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 4072/2020, de 10 de diciembre. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

de administración, es decir, que se haya realizado en el ejercicio del cargo; (iii) que haya infringido la Ley, los estatutos o los deberes fiduciarios de lealtad o diligencia; (iv) que haya mediado culpa o dolo y que la conducta sea susceptible de producir un daño; (v) que ese daño sea directo al demandante, sin necesidad de que perjudique a la sociedad; (vi) y que haya relación de causalidad entre la conducta antijurídica de los administradores y el daño del tercero.

Nótese que lo que se puede reclamar en virtud de esta acción es el daño directamente producido, lo cual tendrá que tenerse en cuenta a la hora de formular el *petitum*. A modo de ejemplo, si un acreedor ejercitase la acción considerando como daño la cantidad del crédito que no se pagó en su momento y que ahora por la situación de riesgo o insolvencia de la sociedad se ha visto perjudicado, deberá demostrar que, al momento de ser vencido y exigible, la sociedad disponía de patrimonio suficiente para satisfacerlo y que fue por una mala gestión del administrador/liquidador que ya no puede cobrarlo en su totalidad. De lo contrario, lo máximo que alcanzaría a reclamar es el patrimonio social al momento de haber devenido exigible, porque la diferencia entre las cantidades no habría podido cobrarla en ningún caso, tal como explica ESTEBAN MONASTERIO²⁰.

La doctrina²¹ opina que esta acción no atenta directamente contra la masa del concurso y que, de hecho, su ejercicio lo beneficia porque habría un crédito concursal menos de prosperar la pretensión. A nuestro parecer, en cambio, no debería permitirse su sostenimiento durante el proceso ya que, si el juez condenase al administrador a suplir el déficit concursal, pero no pudiese hacerlo por haber tenido que satisfacer la condena de la acción por daños, se estaría beneficiando a un acreedor individual – que ni siquiera tiene por qué tener preferencia en la prelación de créditos – en perjuicio del conjunto de acreedores que se habrían beneficiado del reintegro en el patrimonio de la sociedad de las cantidades que faltan para la extinción de sus deudas.

²⁰ ESTEBAN MONASTERIO, I., “Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 54/2018.

²¹ *Vid. Id.* o GARCÍA-CRUCES, J. “Declaración del concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada.”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 28/2013.

Según el art. 241 bis. TRLSC, la acción prescribe a los cuatro años desde que pudiera ejercitarse. La expresión puede inducir a pensar que el plazo de prescripción comienza a contar desde la producción del daño, esto es, desde que existe una causa legítima por la que ejercitar la acción. No obstante, autores como ESTEBAN MONASTERIO²² o GONZÁLEZ-ORÚS²³ siguen la línea jurisprudencial de la interpretación sistemática amplia de la acción junto con el art. 949 del Código de Comercio²⁴ para concluir que el momento en el que comienza a transcurrir el tiempo es aquel en el que dejan de ejercer sus actividades como administradores. Este criterio implica que el cese en el cargo tampoco hace que el tiempo empiece a correr, puesto que, si siguiesen ejerciendo como administradores de hecho, seguirán realizando actividades de administrador.

La siguiente acción a la que pueden enfrentarse los administradores y liquidadores es la acción social (236 y ss. TRLSC). Es una acción ejercitable por la junta de socios, por un mínimo del cinco por ciento del capital o, subsidiariamente por los acreedores – aunque solo cuando tengan constancia de que hay un déficit –, para reintegrar al patrimonio social dañado por acciones u omisiones de los administradores/liquidadores en los que haya mediado dolo o culpa en el ejercicio del cargo.

La acción invierte la carga de la prueba cuando se han incumplido la Ley o los estatutos. Por otro lado, cuando no ha mediado un incumplimiento de un deber legal o estatutario, sino que el daño se ha provocado por una decisión empresarial, podemos traer de vuelta a colación el contenido del art. 226.1 TRLSC²⁵.

La responsabilidad de esta acción es solidaria entre los demandados salvo que desconociesen el acuerdo dañino, se opusiesen a él o intentasen mitigar sus efectos. Al igual que su destitución, que es otro efecto aparejado a su ejercicio, puede ejercerse en cualquier reunión de junta incluso si no figura en el orden del día. La facilidad en la

²² *Op. cit.* ESTEBAN MONASTERIO.

²³ GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales: aspectos básicos y exigencia de la buena fe en el ejercicio de la acción. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 (RJ 2018, 1735)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 56/2019.

²⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (GAZ 16 de octubre de 1885).

²⁵ *Vid.* p. 15.

interposición de la acción puede estar relacionada con el hecho de que pueda derivar en una acción de repetición, en tanto que el artículo 234 TRLSC impone la validez de los actos realizados por el administrador en representación de la sociedad con terceros de buena fe aun cuando se excediese de sus facultades. De tal forma, la sociedad queda obligada a pagar las deudas contraídas por el administrador en nombre de la sociedad aun si fue en contra de su voluntad. Sin embargo, pese a la coherencia de la aplicabilidad de la acción a estas situaciones, habrá que estudiar cuándo conviene ejercitar una acción social, de ejercicio más sencillo, y cuando una reclamación por infracción del deber de lealtad del artículo 227 TRLSC, que incluye además del resarcimiento, la entrega a la sociedad del enriquecimiento injustificado.

Durante la tramitación del proceso concursal esta acción es ejercitable únicamente por el administrador concursal (132 TRLC), se suspenderán las ya emprendidas (139 TRLC) y la competencia será exclusiva del juez concursal (52 TRLC), hechos que según MARTÍNEZ MUÑOZ²⁶ pueden tener motivos de coordinación con la responsabilidad concursal que revisaremos al final del apartado.

Prescribe a los cuatro años desde que pudo ejercitarse, igual que la acción individual, por el artículo 241 bis. TRLSC.

Más cercano al concurso de acreedores, aunque todavía en una situación pre-concursal, es la responsabilidad por deudas del art. 367 TRLSC. Esta acción es uno de los modos que tiene el legislador de penalizar al administrador/liquidador por no haber instado el concurso cuando debía. Así, transcurridos dos meses desde que los administradores conocieron o pudieron conocer de la causa de disolución o de la insolvencia sin que convocasen a la junta o solicitasen el concurso, cualquier acreedor podrá reclamarles solidariamente sus créditos contra la sociedad nacidos con posterioridad a la situación de insolvencia.

La jurisprudencia comprende el momento para empezar a contar el plazo de dos meses desde que el administrador/liquidador conoció o pudo conocer de la causa de disolución

²⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *La calificación del concurso de acreedores. Una institución necesaria*, Cizur Menor, 2019.

o de la insolvencia. GONZÁLEZ-ORÚS²⁷ considera que este criterio temporal puede llegar a ser una carta blanca para el administrador, que puede desplazar el *dies a quo* alegando no conocer de la situación. Sin embargo, teniendo en cuenta que el encargo del órgano de administración es el de velar por la gestión diaria de la sociedad, que está sometido a un deber de diligencia y que algo tan relevante como un desfalco patrimonial no se debería saber en cuanto tuviese lugar sino haberse previsto mucho antes, la capacidad de los administradores de desplazar este *dies a quo* es bastante limitada, al menos sin arriesgarse a incurrir en otro tipo de responsabilidades.

Precisamente por ello, CARBAJO CASCÓN²⁸ indica que es una práctica generalizada que los administradores soliciten el concurso antes incluso de alcanzar la insolvencia para evitar éste y otro tipo de responsabilidades derivadas de la tramitación del concurso. Si tenemos en cuenta que el objetivo del mecanismo concursal es la satisfacción de los acreedores y no la salvación de empresas en quiebra y que una sociedad en causa de disolución es un peligro para el tráfico jurídico, a nuestro parecer la medida es un incentivo acertado para cumplir con su propósito, que es instar la declaración del concurso o la disolución de la sociedad lo antes posible.

Respecto del objeto de la reclamación, ya indica el artículo citado que son las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la insolvencia. La propia norma prevé la presunción *iuris tantum* de que las deudas reclamadas son posteriores a la causa de disolución o insolvencia; aunque a este respecto se ha pronunciado la STS 1650/2016²⁹ determinando la limitación de esta responsabilidad, puesto que no se puede pretender la cobertura de todas las deudas sociales por medio de esta acción cuando no es ese su cometido, además de que sería desnaturalizar el sentido de la personalidad jurídica con patrimonio propio.

²⁷ *Op. cit.* GONZÁLEZ-ORÚS.

²⁸ CARBAJO CASCÓN, F., “La sociedad en extinción. Extinción societaria y concursal de sociedades de capital / Corporate extinction and bankruptcy of capital companies”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 62/2021.

²⁹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 1650/2016, de 18 de abril. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

A diferencia de las otras dos acciones anteriores, la responsabilidad por deudas sociales no requiere ningún requisito más allá de que no se tomen las medidas pertinentes de concurrir una causa de disolución o la insolvencia. Según ZAPATA BENITO³⁰, se trata de una responsabilidad objetiva que cae sobre el órgano de administración/liquidación sin que medie dolo o culpa.

Paralelamente, la STS 121/2017³¹ enumera una serie de motivos de exoneración de la responsabilidad por deudas, de los cuales el primero es precisamente la inexistencia de dolo o culpa, aunque por lo ya expresado *supra*, es difícil que tenga lugar – motivo por el cual se ha tendido a su objetivación -. El segundo es el abuso del derecho por parte de los acreedores, al interponer la demanda con intención de perjudicar a la sociedad o pretender un fraude. La sentencia pone de ejemplo el intento de hacer pasar una responsabilidad extracontractual por una deuda. Por último, encontramos el intento de recuperar el equilibrio financiero de la sociedad en la medida de lo posible – en tanto que las reestructuraciones patrimoniales de mayor envergadura son competencia de la junta -.

Este mismo autor, comentando la sentencia, plantea si seguiría siendo posible reclamar esta responsabilidad por deudas al administrador que, no habiendo solicitado el concurso, consigue recuperar el equilibrio financiero. A su juicio, poder reclamar las deudas contraídas durante el tiempo en que hubo déficit sería una buena medida para incentivar la actividad de los administradores en situaciones de crisis empresariales. No obstante, contradice la última causa de exoneración que contempla la jurisprudencia, ya que de ese modo dejaría de considerarse de tal forma para pasar a ser simplemente la eliminación del supuesto de hecho que da pie a la responsabilidad.

Más allá de estas tres acciones, en el ámbito societario todavía quedan otras de menor repercusión. Éstas son las de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de actos y contratos por incumplimientos del deber de lealtad (232 TRLSC).

³⁰ ZAPATA BENITO, I., “Causas de exoneración de la responsabilidad ex art. 367 LSC (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 27/2017, de 18 de enero)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 50/2017.

³¹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 121/2017, de 18 de enero. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Otro mecanismo, esta vez específico del liquidador, es el de rendición de cuentas del art. 397 TRLSC, por el que responderán de los perjuicios causados con dolo o culpa a socios y acreedores. Una opción interpretativa de esta vía de responsabilidad es entenderla como una acción por daños, pero del título del artículo “exigencia de responsabilidad a los liquidadores tras la cancelación de la sociedad” se desprende que tan solo será efectivo una vez la extinción haya concluido y el liquidador haya cesado en su cargo. Es por ello que es más apropiado considerar el artículo como un instrumento de rendición de cuentas – aunque parezca que deba ejercitarse mediante acción dado el silencio del legislador sobre su ejercicio – más que como una acción por daños cualquiera, especialmente cuando para ello ya existe el mencionado artículo 241 TRLSC que se incluye en el régimen del liquidador por su equiparación con el del administrador del art. 375.2 TRLSC.

Dejando atrás ahora el plano societario y adentrándonos en el concursal, encontramos dos medios de responsabilidad directamente unidos a la sección sexta de calificación del proceso concursal. Lo primero que hay que tener en cuenta respecto de la pieza de calificación es que no siempre tiene lugar. Los presupuestos de la pieza de calificación son la apertura de la fase de liquidación por haber déficit, por no haber alcanzado un convenio o por haberlo incumplido; o que, habiendo convenio y cumpliéndose, implique una espera superior a tres años o una quita de más de un tercio del crédito para todos o alguna clase de créditos (446 TRLC). A pesar de la claridad del texto, hay quienes han discutido que los requisitos de quita y espera son cumulativos y no alternativos. En respuesta a tal idea, FUENTES DEVESA³² defiende lo que la jurisprudencia menor había venido argumentando³³: la calificación es la norma general y por lo tanto siempre que un acreedor deba hacer un sacrificio mayor al que la Ley considere razonable – quita de más de un tercio y espera de más de tres años – tendrá lugar. Otra cuestión al respecto es si tendría que abrirse si, habiendo presentado múltiples propuestas de convenio, no todas prevén ese sacrificio. En esto, el autor afirma que la jurisprudencia está dividida y que mientras que unas optan por no abrirla por este motivo, otras se aferran al argumento de la calificación como norma general para abrirla en cuanto exista el mínimo indicio de

³² FUENTES DEVESA, R., “La calificación concursal en caso de convenio. Especial referencia a los supuestos de incumplimiento de convenio e insolvencia sobrevenida”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 42/2017.

³³ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 19322/2011, de 16 de diciembre de 2011 o Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 500/2016, de 4 de febrero de 2016.

duda. A nuestro parecer, este último no es un criterio equivocado, puesto que el objetivo de la sección es investigar hechos y no incriminar de manera automática a cualquiera que tuviera un puesto de responsabilidad en la concursada.

En efecto, lo que estudia la pieza de calificación es la participación de los administradores, liquidadores, alta dirección y quien haya ostentado cualquiera de esos puestos en los dos años anteriores a la declaración del concurso en la generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave (442 TRLC). Aunque también existen unas causas con presunción *iuris et de iure* (443 TRLC) y otras *iuris tantum* (444 TRLC).

El resultado de esta sección es una sentencia que califica el concurso como fortuito o culpable y, en su caso, enumera a las personas responsables de la insolvencia y a sus cómplices. Estas personas quedarán inhabilitadas para administrar bienes ajenos de 2 a 15 años, perderán sus derechos contra la sociedad, deberán devolver los bienes y derechos ilegítimamente obtenidos del deudor y quedarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios provocados a la deudora. Esta indemnización es el primero de los medios de resarcimiento de responsabilidades a la sociedad en el contexto concursal mencionado.

El segundo es la responsabilidad concursal. Al igual que la anterior, solo tendrá cabida si la sentencia de calificación declara el concurso culpable; pero, difieren en que ésta es potestativa mientras que la indemnización es imperativa. Así, el artículo 456 TRLC contempla la posibilidad de que el juez del concurso condene a todos o a algunos de los alcanzados por la pieza de calificación a cubrir total o parcialmente el déficit patrimonial de la sociedad con o sin solidaridad. La condena será individualizada, modulando las cantidades a pagar en función del grado de culpabilidad en la generación o agravación de la insolvencia.

COORDINACIÓN DE LAS ACCIONES Y RESPONSABILIDADES SOCIETARIAS Y CONCURSALES

Habiendo estudiado los diversos medios por los que un liquidador puede incurrir en responsabilidad, cabe plantearse el modo en que todos ellos pueden conjugarse a la vez cuando sus supuestos de hecho y consecuencias jurídicas son tremendamente similares, si no iguales.

Tal es el grado de solapamiento entre ellos que hay tres que prácticamente podrían confundirse. Así lo expresa MARTÍNEZ MUÑOZ³⁴ al explicar que en la acción social, la indemnización por daños y perjuicios y la responsabilidad concursal, el mismo juez potencialmente condena a las mismas personas, por los mismos hechos y a realizar la misma conducta.

Es cierto de que no siempre coinciden de esta forma: la acción social está presente a lo largo de toda la vida de la sociedad, no solo cuando se encuentra en concurso; y la responsabilidad concursal requiere necesariamente de un juicio de culpabilidad de las conductas de los responsables, cosa que en la indemnización no siempre es necesaria y que, de hecho, es el caso menos frecuente porque el alcance de la calificación suele establecerse a través de las presunciones de los artículos 443 y 444 TRLC. En definitiva, la responsabilidad concursal más escueta que la acción social, al tiempo que la indemnización se encuentra en un término medio. Ello se debe a que la responsabilidad concursal solo puede ejercerse en el concurso culpable, igual que la indemnización y a diferencia de la acción social. Únicamente puede condenar a las personas alcanzadas por la calificación, mientras que la indemnización también condena a sus cómplices; y dicha condena es la cobertura total o parcialmente el déficit de la sociedad, en tanto que las otras dos resarcen daños que pueden estar relacionados o no con el concurso – dependiendo del medio del que hablemos - y, de estarlo, no tienen que coincidir con el desfalco patrimonial sino que puede buscar resarcir otros daños que hayan podido producirse durante el proceso.

No obstante, incluso si no se confunden en la misma acción, no cabe duda de que cada una tiene influencia en las otras y que para los casos en los que sí coinciden debe

³⁴ *Op. cit.* MARTÍNEZ MUÑOZ, *La calificación del concurso...*

encontrarse una forma de permitir convivir las acciones y responsabilidades previstas en la Ley. De lo contrario se podría estar incurriendo en un *non bis in idem* – o incluso *non ter in idem* -.

La acción individual, si bien coincide también en los sujetos pasivos, no lo hace en los activos, ni en el juez competente, ni en la condena. Aun con todo, la influencia del resultado de la acción en la capacidad de cumplimiento del resto de condenas que pudieran recaer sobre el liquidador y el trato desigual que provoca entre los acreedores – por poder uno ver satisfecho su crédito con un patrimonio distinto del concursado antes que todos los demás – me lleva a concluir que en realidad también es una acción relevante para el concurso.

La responsabilidad por deudas, en este ámbito, es más benigna en tanto que el art. 139 TRLC prevé su suspensión durante la tramitación del concurso, por lo que no coincidirá con las demás. Aunque puede hacerse un breve apunte a su coexistencia con la acción social y la individual durante la fase pre-concursal o de concurrencia de una causa disolución. Este apunte parte de la base de que el presupuesto de hecho y la pretensión difieren del de la acción social. No ocurre así con la acción individual, en donde podrían confundirse de no ser la especificidad de la responsabilidad por deudas: solo cuando se incumplen los deberes de solicitar el concurso o de convocar a la junta para la disolución de la sociedad respecto de las obligaciones contraídas a partir de la existencia de la insolvencia o de la causa. La otra gran diferencia es su carácter prácticamente objetivo, que constituye un aliciente para reclamar los créditos de esta forma en lugar de ejercitando una acción por daños, dejándola para el resto de los casos en los que la primera no es ejercitable.

Volviendo a la manera de complementar las acciones y responsabilidades anteriores entre sí, el ya citado MARTÍNEZ MUÑOZ³⁵ contempla varias alternativas que entrañan algunas reformas legislativas para llevar sus presupuestos a una mejor complementariedad. Basándonos en sus propuestas, pero ciñéndonos al plano legislativo actual, el sistema que, a nuestro parecer, solucionaría de la mejor manera la conflictividad entre los medios de responsabilidad existentes sería:

³⁵ *Id.*

- Mantener la indemnización de daños y perjuicios derivada del alcance de la calificación culpable del concurso en sus mismos términos.
- Relegar la responsabilidad concursal a aquellos casos en los que se ha probado una especial gravedad en las conductas de las personas alcanzadas por la calificación - de tal forma que esta responsabilidad revestiría naturaleza sancionadora y no resarcitoria -.
- No ejercitar la acción social durante el concurso o emplearla sólo ante la no apertura de la pieza de calificación. No tendría sentido que se ejercitase cuando la calificación haya concluido como fortuita porque se estaría pretendiendo que el mismo juez juzgase los mismos hechos y esperase un resultado distinto. Sí que se podría si las conductas objeto de reclamación no se hubiesen enjuiciado en la sección sexta, aunque cabría preguntarse por qué no fueron alegados en su momento.
- La subsunción de las acciones individuales contra administradores, liquidadores y altos cargos de la sociedad entre las pretensiones suspendidas al inicio del concurso por el art. 139 TRLC, amparándonos en la frecuente equiparación del daño al crédito impagado y en la ya mencionada repercusión de la acción en la masa activa de la deudora en el concurso.

CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

Lo primero que podemos comentar del régimen de responsabilidad del administrador concursal es que es tremendamente más sencillo. Si bien tiene elementos muy parecidos, tales como acciones por daños a la masa e individuales para la deudora o cualquier tercero, donde se encuentra su mayor desarrollo es en las normas que sancionan el incumplimiento de sus deberes derivados de su carácter asistencial del órgano jurisdiccional.

Entre esas normas, encontramos varios supuestos por los que el administrador/liquidador concursal puede ser separado de su cargo. El artículo 100 TRLSC permite al juez, tanto de oficio como a instancia de otros legitimarios, la separación del administrador concursal de su cargo cuando concurra una justa causa, mostrando a modo de ejemplo el incumplimiento grave de sus deberes funciones. No hay ninguna especificación acerca de qué puede considerarse un “incumplimiento grave” de sus deberes a parte de la del

artículo 296 TRLC, dejando margen de apreciación judicial. Ante esta opción del legislador, LÓPEZ MÁÑEZ³⁶ ha hecho un buen acopio de causas jurisprudenciales como la pérdida de imparcialidad y objetividad o de confianza del juez, la concurrencia de inhabilitaciones relativas o prohibiciones sin que haya habido recusación ni abstención o la simple concurrencia de causas de inhabilitación.

Estas causas de inhabilitación pueden encontrarse repartidas por el texto legal. Una de ellas es la inhabilitación por falta de comparecencia, aceptación sin justa causa o falta de seguro tras ser designado administrador concursal (70 TRLC). Otra es la desaprobación del informe de rendición de cuentas que debe presentar el administrador concursal al cese de su cargo una vez haya concluido el concurso o de haber sido separado antes de tiempo por algún otro motivo (102, 478 y 480 TRLC). La última es la inhabilitación por adquisición fraudulenta de bienes y derechos de la masa activa del art. 208 TRLC, que es una infracción grave al deber de lealtad.

Para concluir este primer bloque de responsabilidades, además de a la separación y la inhabilitación, el administrador concursal puede ser condenado a la pérdida de retribución, también por varios motivos. El primero es la infracción de la presentación del informe de la administración concursal del que versa el Título VI del Texto Refundido de la Ley Concursal, de acuerdo al recientemente mencionado artículo 296, que permite la separación del administrador por el mismo motivo. El segundo es la no asistencia a las reuniones de la junta de acreedores en las que se negocia el convenio del 362 TRLC y, por último, por la prolongación indebida de la liquidación. Estas sanciones llevan siempre aparejadas la devolución a la masa activa de todas las cantidades percibidas o de aquellas recibidas a partir del inicio de la liquidación dependiendo de la sanción.

Adentrándonos ahora en el análisis de las acciones de los artículos 94 y ss. y 98 de la norma concursal, vemos cierto paralelismo con algunas de las acciones societarias explicadas en el apartado anterior.

³⁶ LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Artículo 100. Separación y Revocación.” en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2021, p. 604-615.

El artículo 94 TRLC reconoce el derecho de la deudora y los acreedores a reclamar a la administración concursal – auxiliares delegados incluidos – los daños y perjuicios causados a la masa de la concursada en incumplimiento de la Ley o de sus deberes fiduciarios. Lo que describen estos artículos es una acción por medio de la cual la sociedad, encarnada en la junta general, y los acreedores pueden exigir al administrador concursal – que realiza o interviene en la administración de la sociedad – la reintegración de los daños que haya originado en el ejercicio del cargo al patrimonio social; descripción que encaja con el esquema de la acción social del art. 236 y ss. TRLSC.

El parecido es aún mayor si se tienen en cuenta los siguientes artículos, por los que la acción es solidaria entre los condenados, pudiendo quedar exonerados si demuestran haber obrado con la diligencia debida – lo que también indica otra inversión de la carga de la prueba en la corrección de sus labores -.

La del artículo 98 TRLC reconoce el derecho a la deudora, a los acreedores y a cualquier tercero, el derecho a ejercitar una acción contra los administradores concursales y auxiliares delegados para el resarcimiento del daño directo realizado a sus intereses. En este caso, la acción se identifica claramente con una acción individual que prevé el artículo 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital – hasta el punto de que ese es el encabezamiento del artículo -. Esta acción también prescribe a los cuatro años; sin embargo, posiblemente fruto de la discusión doctrinal antes debatida sobre el momento en que comienza a correr dicho plazo, el apartado segundo del artículo especifica que el *dies a quo* será “desde que el actor hubiera tenido conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo”. Es decir, desde el día en que pudo ejercerla o, como tarde, el día en el que cesó en su cargo – sin perjuicio de la interpretación extensiva sobre los administradores de hecho³⁷ -.

El artículo 296 TRLC también prevé el ejercicio de una acción para indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa por la infracción del deber de presentar el informe de la administración concursal. Pero es el propio artículo el que redirige esta vía de responsabilidad a la *acción social concursal* del art. 94 al expresar que “será exigible

³⁷ Vid. p. 22

conforme al régimen de responsabilidad de la administración concursal establecido en esta ley”. Revisando la relevancia de las sanciones que pueden recaer sobre la administración concursal por el incumplimiento del deber de presentar este informe – pérdida de remuneración y posible separación del cargo e indemnización a la masa activa -, podemos hacernos una idea de la suma importancia que tiene dicho informe para las decisiones del juez durante el resto del proceso.

Aparte de la identificación del sujeto pasivo con la administración concursal en lugar de con la administración societaria y de que la acción por daños también será competencia del juez concursal y no de otro, no se observan diferencias sustanciales con las acciones descritas en el apartado anterior, por lo que nos remitimos a ellas para su comprensión. No obstante, creemos que sí merece la pena observar, aunque sea brevemente, el punto en el que parece que ambas acciones convergen: aquel en el que es la sociedad la que reclama un daño al administrador.

Los elementos objetivos de una acción y de otra son diferentes: mientras que en la acción del 94 y ss. TRLC lo reclamable es un daño a la masa activa del concurso, la pretensión del artículo 98 consiste en el resarcimiento de los daños directos al demandante. Así pues, cuando la persona perjudicada por la actuación del administrador concursal sea la sociedad deudora, podrá ejercitar la *acción social concursal* cuando se haya dañado su patrimonio – que es en definitiva la masa activa del concurso – y la acción individual de responsabilidad en el resto de casos. Esta es la teoría defendida por GONZÁLEZ VÁZQUEZ³⁸, que también hace notar la dificultad en encontrar un supuesto en el que se produzca un daño directo a la sociedad que no tenga repercusión en su patrimonio. Tendríamos un ejemplo de tal caso si consideráramos los daños reputacionales como subsumibles a las lesiones de intereses amparadas por el art. 98 TRLC, ya que no se trata de daños por la disminución de valor del patrimonio social sino del lucro cesante que la sociedad ha dejado de percibir por haber sido malograda su reputación. De ser este el caso, prácticamente cualquier perjuicio de la administración podría ser reparado a través de esta acción, aunque quedaría la gran dificultad de la prueba del nexo causal en estos casos.

³⁸ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, D., “Artículo 98. Acción individual de responsabilidad.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 589-601.

CAPÍTULO III. MENCIÓN A LA CONCURRENCIA DE INTERESES DURANTE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL

Habiendo visto las maneras diferentes en que administraciones societarios y concursales pueden incurrir en responsabilidad, sabemos que la falta a los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad es un presupuesto relevante en todas o casi todas ellas y que, por otro lado, el esfuerzo en su cumplimiento puede conllevar la exoneración de dichas responsabilidades. Para determinar si una u otra administración está correspondiendo debidamente a esos deberes, debemos atender a los criterios a la luz de los cuales están ejerciendo su discrecionalidad en sus decisiones. Esto es, debemos ver si sus actuaciones – independientemente de si luego tienen éxito o no – estaban encaminadas a satisfacer el interés de la sociedad o del concurso. Es por este motivo que consideramos relevante explicar esta cuestión.

EL INTERÉS SOCIAL

Tradicionalmente ha habido dos teorías contrapuestas sobre lo que es el interés social. Por un lado, estaba la tesis institucionalista y, por otro, la contractualista.

La primera aboga que el interés social no se configura únicamente a partir de la voluntad y/o intereses de los socios, sino también del resto de grupos de interés que interactúan con ella en el tráfico. De ella dimana la práctica de la responsabilidad social corporativa, que ha sido tan apoyada por la UE en los últimos años³⁹. Según SÁNCHEZ-CALERO⁴⁰, el éxito de esta teoría está fuertemente potenciada por la globalización, porque las decisiones de las empresas ahora repercuten a un elevado número de personas, de tal forma que no se pueden ignorar sus efectos negativos y externalidades. Esta tendencia obliga, como mínimo, a mitigar esos efectos para evitar el daño al prestigio de la sociedad, aunque lo ideal es la contribución activa a los entornos en los que la sociedad participa.

³⁹ No tenemos más que ver las numerosas propuestas legislativas en este ámbito como la Directiva 2014/95 (UE), de 22 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2013/34 (UE) en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (DOUE 15 de noviembre de 2014) o el Reglamento (UE) 2020/852, de 18 de junio, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (DOUE 22 de junio de 2020).

⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 246/2006.

La tesis contractualista, en cambio, defiende que el interés social que los administradores deben proteger es el interés de los socios, dejando fuera a cualquier otro grupo de interés. Hay quien esta idea la ha llevado hasta el extremo, como el famoso Milton Friedman al comentar que el único propósito de las empresas era – y en consecuencia de lo único que deben preocuparse los administradores es – ganar todo el dinero que puedan⁴¹. Fuera de estos extremos, ésta parece ser la tesis por la que se ha decantado la jurisprudencia.

La STS 4586/2021⁴², reiterando la jurisprudencia de las SSTS 991/2011 y 873/2011, expresa que el interés social no es un concepto uniforme y que es el interés común a todos los socios. Esta definición del concepto, por poco descriptiva que sea, ya cumple con dos propósitos: el primero, determinar que en el interés social no entran grupos de interés distintos de los socios y, segundo, ofrece un margen de interpretación amplio sobre cuáles pueden ser esos intereses.

No hubiese sido conveniente que la Ley o la sentencia hubiesen decretado cuál es el interés social concreto que los administradores deben proteger. De ser así, todos los demás intereses que podrían incardinarse en él quedarían desprotegidos. Además de que esta opción no deja desamparados ni a los acreedores, que pueden cubrirse mediante garantías y *covenants*, ni a otros grupos de interés a los que la legislación tanto nacional como europea obliga a observar, aunque queden fuera del interés social, por ejemplo, a través de las normas en materia laboral.

No obstante lo anterior, un marco interpretativo tan amplio suscita algunas dudas de cierta relevancia: ¿Es el interés social la suma agregada de los intereses individuales de los socios? ¿El interés en el que todos los socios coinciden? ¿Es el interés de la mayoría o del total de los socios? ¿Qué ocurre entonces con la minoría?

⁴¹ FRIEDMAN, M., “The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits”, The New York Times Magazine, 13 de septiembre de 1970. (Disponible en <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>; última consulta 1 de junio de 2022).

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo 4585/2021, de 21 de diciembre. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2022.

En respuesta a estas preguntas, HERRERO MAZARÍO Y CALATAYUD VILLALÓN⁴³ ofrecen una solución práctica: incluso si cada socio tiene su propio interés particular, es complicado para una sociedad intentar encontrar una solución que los satisfaga todos – o al menos, los que sean comunes -, y cuanto mayor sea el número de socios, más se estará acercando esa complicación a la imposibilidad virtual. Además, no ya por la dificultad de encontrarlo, sino por la improbabilidad de que exista, sería muy ineficiente e ineficaz que la administración tratase de cotejar los intereses de todos los socios activos en la sociedad para encontrar el que sea común a todos, sobre todo si ello implicase desatender otros de mayor importancia para el sustento de la sociedad.

Por tanto, el interés social es único y no tiene por qué tener en cuenta las opiniones del total de los socios, sino los de la mayoría. Dice CARRASCO PERERA⁴⁴ en esta línea que las minorías no pueden bloquear la marcha de la sociedad por discrepancias de opiniones.

Otro apunte que deberíamos destacar es que este interés, ni la mayoría que lo conforma, son estáticos⁴⁵. Es cierto que la sociedad como tal tiene un objetivo, que es el objeto social, pero los socios no están constreñidos a intentar llegar hasta él por una única vía. Así, en el día a día de la sociedad, ésta puede toparse con circunstancias que la hagan cambiar de estrategia según lo que la mayoría de ese momento considere más oportuno.

Ahora bien, que el interés de la sociedad sea el de los socios no implica que la administración deba desentenderse del resto de los grupos de interés. Primero porque la legislación, como ya hemos dicho, no se lo permite. Pero también porque aparte del interés social, el administrador debe velar por la continuidad de la empresa, para lo que son fundamentales grupos como acreedores, proveedores, trabajadores, clientes o el propio Estado. Esto puede traducirse en una máxima como: *en estado de solvencia, los*

⁴³ HERRERO MAZARÍO, C. y CALATAYUD VILLALÓN, A., “La combinación de intereses en operaciones de financiación potencialmente lesivas para el interés social”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 22/2021.

⁴⁴ CARRASCO PERERA, A., “Accionistas en minoría e interés social”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 745/2008.

⁴⁵ *Op. cit.* SÁNCHEZ CALERO.

administradores deberán velar por el interés de los socios, pero obrando de manera que no perjudique a los stakeholders, al menos, intencionada o flagrantemente.

Más de un autor⁴⁶ encuentra en el objetivo de la creación de valor para la sociedad la conciliación de los intereses de la sociedad y de gran parte de los grupos de interés. Se trata de una directriz sencilla de seguir para los administradores que beneficia a los socios, por el incremento de valor de la sociedad, a los acreedores y proveedores, por el aseguramiento de su solvencia y a clientes y al resto del mercado, porque para ello tiene que ser competitiva y mejorar sus propuestas de negocio. Sin embargo, esta propuesta tampoco está libre de pugnas: incluso si los grupos coinciden en que es un interés que los satisface a todos, unos pueden querer llevarlo más lejos que otros. Los socios, por tener poco que perder pueden querer tomar cursos de acción más arriesgados de lo que los acreedores estarían dispuestos a asumir, ya que éstos tienen mucho más capital en juego. Aquí es donde el administrador debe decidir sobre si mantener la prevalencia del interés social o si, por sus graves consecuencias, es mejor optar por proteger la continuidad de la sociedad.

Cabe decir que, en un estado de solvencia, lo normal es que estas decisiones no se tengan que tomar tan a menudo. Es cuando la sociedad comienza a atravesar problemas económicos que la administración debe empezar a fijarse más en los intereses a su alrededor, especialmente los de los acreedores. Ahora bien, ¿cuál es ese momento en el que la administración cambia totalmente el foco de su atención del interés social al de los acreedores?

La STS 4646/2016⁴⁷ argumenta que el momento en el que el interés de los acreedores comienza a primar antes que el de los socios es cuando tiene lugar la insolvencia y que, en persecución de este otro interés, los administradores/liquidadores deben solicitar el

⁴⁶ *Id.*; NAVARRO LÉRIDA, M., “Las empresas ante el espejo. Una revisión del concepto de interés social en la nueva economía. Economía colaborativa, información no financiera y blockchain.”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 56/2019.; MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “La responsabilidad de los administradores societarios en el periodo de crisis empresarial. reflexiones a propósito de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 162/2021.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 4646/2016, de 26 de octubre. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2022.

concurso en lugar de intentar liquidar por su cuenta, puesto que de este modo se podría estar perjudicando la masa activa del concurso que acabaría iniciándose. MARTÍNEZ MUÑOZ⁴⁸, a raíz del contenido de la Directiva 2019/1023, concretamente de su artículo 19, concluye que el momento en el que se produce el *duty shifting* – el cambio de prioridades en los intereses que orientan las decisiones del órgano de administración –, es mucho antes: cuando hay “potencial insolvencia”⁴⁹, referido como aquel momento en el que la insolvencia todavía no es inminente, pero sí probable.

Al igual que antes, lo anteriormente explicado es aplicable en las situaciones en las que una sociedad gestionada por un órgano de administración comienza a atravesar dificultades financieras. Cuando la sociedad alcanza o se encuentra cerca de alcanzar la insolvencia en el seno de un proceso de extinción societaria, no se produce ningún *duty shifting*, dado que ya tuvo lugar en el mismo momento en el que comenzó la liquidación de la sociedad. Una prueba de este cambio es el hecho de que ninguno de los socios podrá percibir su cuota de liquidación hasta que se hayan satisfecho todas las deudas de la sociedad o que se permita acudir al juez para instar la disolución social aun en contra del acuerdo de la junta (391.2 y 366 TRLSC). En realidad, tiene todo el sentido si consideramos que quien tenga la condición de socio no la va a mantener por mucho tiempo.

Como último asunto a tratar en este subapartado constataremos una situación que no tiene fácil solución conforme al sistema legal actual. Por mandato expreso del art. 225.1 TRLSC el administrador societario está obligado a anteponer el interés social al suyo propio y de encontrarse en alguna clase de conflicto de intereses debe o bien abstenerse o bien solicitar una dispensa a la junta general (230 TRLSC). El problema tiene lugar cuando el conflicto es contra la misma sociedad: el artículo 161 TRLSC faculta a la junta para que le dé instrucciones al administrador, que estará obligado a seguir en tanto que es la manifestación de la voluntad de la sociedad. Pero ¿Qué ocurriría si la orden fuese perjudicial? Cuando el acuerdo de la junta es ilegal es impugnabile y en algunos otros casos como la no constatación de la causa de disolución por la junta se contempla la tutela judicial (204 y 336 TRLSC). Pero cuando el acto daña a terceros sin llegar a ser ilegal, toda la responsabilidad recae sobre el órgano de administración por no ser la junta

⁴⁸ *Op. cit.* MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “La responsabilidad de los administradores societarios...”

⁴⁹ *Ibid.* p. 8.

responsable de sus propios acuerdos, de tal manera que si se negase a obedecer podría ser destituido y posiblemente demandado por la sociedad por el perjuicio causado; mientras que si obedece, será responsable por los daños causados a otros. Esta problemática no tiene lugar durante una liquidación, porque los liquidadores no tienen que obedecer a la sociedad en lo que perjudique el interés de los acreedores, que es su prioridad.

EL INTERÉS DEL CONCURSO

Al igual que en el caso de las responsabilidades, el interés del concurso suscita menos dudas que el interés social. Ya mencionamos al inicio que el objetivo del concurso era “negociar y llegar a un acuerdo entre acreedores y deudor”⁵⁰, de lo que fácilmente podemos desprender que el interés es la satisfacción de esas deudas que la sociedad tiene con sus acreedores. El interés no consiste en salvar a la sociedad de la quiebra ni tampoco en destriparla para cubrir esas deudas con todo lo que tenga dentro. Esto son solo posibles resultados del intrincado proceso concursal.

Ahora bien, la satisfacción de los créditos de los acreedores no necesariamente tiene que ser plena. A ello se refiere TIRADO MARTÍ cuando habla de la “función solutoria del concurso de acreedores”⁵¹. En la negociación del convenio los acreedores intentarán llegar a un acuerdo para repartir las pérdidas entre ellos, de tal forma que, aunque no llegarán a ver sus créditos satisfechos por completo, por lo menos todos se verán compensados en algo. Aunque lo frecuente es que, excepto los que tienen una mayor preferencia de cobro, ninguno vea su crédito pagado. En palabras del mismo autor⁵² “no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido”. Pese a todo, lo normal será que los acreedores estén dispuestos a negociar, ya que en la junta de acreedores todavía podrán tener algún poder de decisión sobre lo que recibirán; mientras que en el plan de liquidación que

⁵⁰ *Vid.* p. 8

⁵¹ TIRADO MARTÍ, I. “El «interés concursal» Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal.”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 1/2009, p 118.

⁵² *Ibid.* p. 120.

elabore el administrador, incluso si persigue el interés del concurso, lo hace respecto del conjunto de acreedores y no de cada uno individualmente⁵³.

En gran parte, que ésta sea una realidad frecuente en el ámbito concursal está relacionado con la ineficiencia de la decisión legislativa de que la solicitud de concurso sea obligatoria únicamente cuando la sociedad ya es insolvente. De este modo, se pone en marcha todo el mecanismo concursal, consumiendo parte de la masa activa para ello, únicamente para una gran mayoría de los créditos ni siquiera lleguen a ser pagados en un mínimo⁵⁴.

Con motivo de perseguir el interés del concurso, el administrador concursal intentará conservar y maximizar el valor de la empresa a través de su gestión ordinaria ya sea directa o indirectamente (204, 112 y 113 TRLC). No cabe duda de que aquel objetivo es querido por todos los acreedores; sin embargo, hay que tener en cuenta dos factores destacados de nuevo por TIRADO MARTÍ⁵⁵: el primero es que el éxito de esta creación de valor sea complicado por la reticencia de otras sociedades a relacionarse con una empresa en concurso o por la delicada situación interna a nivel patrimonial u organizativo de la sociedad. El segundo es el conflicto que hay entre los distintos acreedores ya que, mientras que los acreedores con mayor prelación de cobro prefieren que se adopten estrategias más conservadoras, los que están más abajo en la misma prioridad de cobro buscarán que se adopten medidas más arriesgadas, ya que hay más que ganar y ellos ya corren el riesgo de no llegar a cobrar en ningún caso.

Con todo, incluso si la cuestión del interés del concurso se plantea de manera más sencilla, no queda libre de problemática.

⁵³ *Op. cit.* MARTÍNEZ MUÑOZ, *La calificación del concurso...*

⁵⁴ *Op. cit.* CARBAJO CASCÓN.

⁵⁵ *Op. cit.* TIRADO MARTÍ.

V. CONCLUSIONES

Durante este estudio de los regímenes de las figuras del liquidador societario – y por estar muy ligada a él, del administrador societario también – y del administrador-liquidador concursal, hemos podido ir apreciando ciertos parecidos, pero a la vez numerosas y notables diferencias entre ellos que ponen de relieve cuán distintas son ambas figuras aun compartiendo su nombre y su deber más característico. En la Tabla 1 de la página siguiente encontramos un resumen de cuáles son las diferencias que se han ido explicando a lo largo del texto; sin perjuicio de que existan otras que por la brevedad y/o poca profundidad del trabajo no hayan sido mencionadas.

Tabla 1: Resumen de las diferencias entre liquidador societario y liquidador concursal

ELEMENTO	LIQUIDADOR SOCIETARIO	LIQUIDADOR CONCURSAL
PRESUPUESTO DE HECHO	Proceso de extinción de sociedades.	Apertura de la fase de liquidación en el proceso concursal.
NOMBRAMIENTO	Administradores societarios previos - norma general -. Nombramiento por la junta general o por Letrado de la Administración de Justicia o Registrador Mercantil.	En orden alfabético de las personas de las listas enviadas al RPC para ejercer en concursos pequeños, medianos y grandes. Discrecionalmente por idoneidad en los concursos grandes
ORGANIZACIÓN	Igual que la administración societaria: única, solidaria, mancomunada o colegiada. Representación solidaria siempre.	Única o dual en caso de interés público.
FUNCIONES	Representación, inventario, operaciones sociales necesarias para la liquidación, cobro de créditos y pago de deudas, enajenación de activos, reparto de la cuota de liquidación, llevanza de la contabilidad y custodia de los documentos sociales, balance final, escrituración de la extinción y registro y liquidación sobrevenida. Diligencia y lealtad protegiendo el interés social.	Dependen del auto de declaración de concurso. Gestión directa en caso de suspensión de la administración societaria o intervención en caso contrario, informe de la administración concursal, informe sobre el convenio, plan de liquidación e informes trimestrales del estado de la liquidación. Diligencia y lealtad protegiendo el interés concursal.
RESPONSABILIDAD	Separación, rendición de cuentas y otras. Acción individual, acción social, responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad, acción de responsabilidad por deudas sociales, indemnización por ser alcanzado por la calificación culpable del concurso y responsabilidad concursal.	Responsabilidad Disciplinaria: Separación, inhabilitación y pérdida de retribución y devolución de cantidades percibidas. <i>Acción social concursal</i> y Acción individual de responsabilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Reglamento (UE) 2020/852, de 18 de junio, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (DOUE 22 de junio de 2020).

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Concursal (BOE 7 de mayo de 2020).

Directiva 2014/95 (UE), de 22 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2013/34 (UE) en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (DOUE 15 de noviembre de 2014).

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 3 de julio de 2010).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (GAZ 16 de octubre de 1885).

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo 4585/2021, de 21 de diciembre. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 4237/2021, de 24 de noviembre. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 3606/2021, de 6 de octubre. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 4072/2020, de 10 de diciembre. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 121/2017, de 18 de enero. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo 4646/2016, de 26 de octubre. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2022.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1650/2016, de 18 de abril. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 500/2016, de 4 de febrero de 2016. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 19322/2011, de 16 de diciembre de 2011. Fecha de última consulta: 30 de mayo de 2022.

DOCTRINA Y OTROS

CARBAJO CASCÓN, F., “La sociedad en extinción. Extinción societaria y concursal de sociedades de capital / Corporate extinction and bankruptcy of capital companies”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 62/2021.

CARRASCO PERERA, A., “Accionistas en minoría e interés social”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 745/2008.

ESTEBAN MONASTERIO, I., “Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 54/2018.

FARRANDO MIGUEL, I., “Artículo 127. Efectos sobre los órganos colegiados de la persona jurídica concursada.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 740-747.

FUENTES DEVESA, R., “La calificación concursal en caso de convenio. Especial referencia a los supuestos de incumplimiento de convenio e insolvencia sobrevenida”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 42/2017.

FRIEDMAN, M., “The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits”, *The New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970. (Disponible en <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>; última consulta 1 de junio de 2022).

GARCÍA-CRUCES, J. “Declaración del concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada.”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 28/2013.

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., “La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales: aspectos básicos y exigencia de la buena fe en el ejercicio de la acción. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 (RJ 2018, 1735)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 56/2019.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, D., “Artículo 60. Carácter obligatorio de la inscripción.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 412-3.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, D., “Artículo 62. Del nombramiento.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 436-8.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, D., “Artículo 98. Acción individual de responsabilidad.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 589-601.

HERRERO MAZARÍO, C. y CALATAYUD VILLALÓN, A., “La combinación de intereses en operaciones de financiación potencialmente lesivas para el interés social”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 22/2021.

LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Artículo 80. Deberes de diligencia y lealtad.” en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 527-535.

LÓPEZ MÁÑEZ, L., “Artículo 100. Separación y Revocación.” en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo I*, Cizur Menor, 2021, p. 604-615.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “Extinción de las sociedades de capital.”, en IBÁÑEZ, J. (coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial, Derecho de Sociedades, Tomo II*”, Cizur Menor, 2020, p. 325-356.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *La calificación del concurso de acreedores. Una institución necesaria*, Cizur Menor, 2019.

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. 162/2021.

NAVARRO LÉRIDA, M., “Las empresas ante el espejo. Una revisión del concepto de interés social en la nueva economía. Economía colaborativa, información no financiera y blockchain.”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 56/2019.

PRADES CUTILLAS, D., “Artículo 406. Apertura de la liquidación a solicitud del deudor.”, en VEIGA COPO, A. (dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal Tomo II*, Cizur Menor, 2021, p. 443-446.

RIBAS-FERRER, V. “Los deberes de los administradores.”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo I*”, Cizur Menor, 2011.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 246/2006.

TIRADO MARTÍ, I. “El «interés concursal» Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal.”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 1/2009.

“Procedimiento Concursal”, *La Ley. Guías Jurídicas Wolters Kluwer*. (Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUNjc1MztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAPdfWLTUAAAA=WKE; última consulta 9/05/2022).

ZAPATA BENITO, I., “Causas de exoneración de la responsabilidad ex art. 367 LSC (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 27/2017, de 18 de enero)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 50/2017.