



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Deberes y responsabilidad de la administración de la sociedad en etapa pre concurso

Autor: Eugenio Estrada Martínez

5º E-3 A

Derecho Mercantil

Tutor: Mónica Martín de Vidales Godino

Madrid

Abril, 2022

RESUMEN

El presente trabajo analiza los deberes y la responsabilidad del órgano de administración cuando la sociedad se encuentra en una situación de crisis financiera en la que no es obligatorio la declaración de concurso. El órgano de administración es el encargado de tomar las medidas necesarias para tratar de remitir la crisis. En relación a estas medidas, son de especial interés para este trabajo los mecanismos preconcursales previstos por la ley concursal, como alternativa a la declaración de concurso. Por ello, este trabajo trata de analizar los deberes de la administración en el entorno preconcursal. Además, se estudian los diferentes instrumentos preconcursales alternativos al procedimiento concursal. Finalmente, se analiza la extensión de la responsabilidad de los administradores por su actuación preconcursal.

Palabras clave: órgano de administración, preconcursalidad, deberes, acuerdos de refinanciación, responsabilidad, crisis financiera.

ABSTRACT

This paper analyses the duties and responsibilities of the management body when the company is in a situation of financial crisis in which a declaration of bankruptcy is not mandatory. The board of directors is responsible for taking the necessary measures to try to resolve the crisis. In relation to these measures, the pre-bankruptcy mechanisms provided for by bankruptcy law, as an alternative to the declaration of bankruptcy, are of particular interest for this paper. For this reason, this paper attempts to analyse the duties of the administration in the pre-bankruptcy environment. In addition, it studies the different pre-bankruptcy instruments as an alternative to bankruptcy proceedings. Finally, it analyses the extent of the liability of the directors for their pre-bankruptcy performance.

Keywords: management body, pre-bankruptcy, duties, refinancing agreements, liability, financial crisis.

ÍNDICE DE NORMAS

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). (**“DUE 2019/1023”**)

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (**“Ley 14/2013”**)

Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. (**“LC”**)

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. (**“Ley 25/2015”**)

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003, de 9 de julio, ley concursal. (**“Ley 38/2011”**)

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. (**“Ley 9/2015”**)

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

Reglamento UE 596/2014 Reglamento (UE) No 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado. (**“RAM”**)

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. (**“Ccom”**)

Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. (**“RDL 3/2009”**)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (“**TRLSC**”)

Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. (“**RDL 4/2014**”)

Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. (“**RDL 1/2015**”)

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 7 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley concursal. (“**TRLC**”)

LISTADO DE ABREVIATURAS

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	5
2. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD	8
2.1. Los deberes fiduciarios	8
2.1.1. Deber de diligencia.....	9
2.1.2. Deber de lealtad.....	11
2.2. Deberes Legales	13
3. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PRECONCURSAL	14
3.1. Situación de insolvencia inminente	14
2.2. El papel de la administración en la etapa preconcursal	17
4. PRECONCURSALIDAD	24
4.1. Justificación de los instrumentos pre concursales	24
4.2. Regulación y Procedimiento	25
4.2.1.Regulación.....	25
4.2.2.Procedimiento, efectos y deberes del administrador en esta materia	27
4.3. Herramientas preconcursales	29
4.3.1. Acuerdo Colectivo de refinanciación	30
4.3.2. Acuerdo Singular de refinanciación	33
4.3.3. Acuerdo extrajudicial de pagos	34
4.3.4. Propuesta anticipada de convenio.	35
4.3.5. Instrumentos complementarios a los acuerdos de financiación	36
5. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESFERA PRE-CONCURSAL	37
5.1. Responsabilidad ordinaria de la administración	37
5.2. Impacto de la gestión pre-concurso en la responsabilidad concursal de la administración	42
6. IMPACTO DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO	46
6.1. Planes de reestructuración	46
CONCLUSIÓN	48
BIBLIOGRAFÍA	51

1. INTRODUCCIÓN

La administración de una sociedad es el órgano encargado de la representación y gestión de la sociedad (art.209 TRLSC). La administración de la sociedad está sujeta a unos límites y debe actuar conforme a una serie de deberes y obligaciones establecidas legalmente. La responsabilidad de los administradores es uno de los temas con mayor relevancia en el ordenamiento jurídico español y es objeto de regulación tanto por el derecho de sociedades como por el derecho concursal.

El presente trabajo parte del supuesto de hecho en el cual la sociedad se encuentra en una situación de dificultades económicas. En concreto, en aquella situación de crisis económica en la que no es obligatorio la declaración de concurso y en la que no operan las particularidades de la insolvencia actual ni de la insolvencia inminente. En este trabajo, se parte de la hipótesis de que, aunque exista la posibilidad de que la situación desemboque en el deber de declaración de concurso, la sociedad está en una fase previa en la que la utilización de las herramientas preconcursales es una posibilidad.¹

El papel de la administración en la esfera preconcursal es esencial. Se trata de una cuestión en la que se complementan los deberes y la responsabilidad societaria de los administradores, con los elementos preconcursales regulados en Libro II del Texto refundido de la ley concursal. Las herramientas preconcursales facilitan la adopción de medidas para la remisión de la situación de dificultad financiera.

La preconcursalidad es una de las situaciones que mayor debate ha suscitado en los últimos años. Los procesos concursales en numerosas ocasiones han conllevado que empresas que podrían ser viables operativamente, hayan tenido que acudir a la liquidación por no tener facilidades ni instrumentos alternativos para poder remitir sus dificultades financieras.²

Es por ello por lo que los elementos preconcursales presentes en la normativa concursal actual han sido objeto de modificación y desarrollo durante las diversas reformas que ha experimentado el texto. En concreto, la Ley 22/2003 ha sido ampliada en materia

¹ 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* num.162/2021, 2021 pp. 5-10

² Campuzano, A. B. Las clases de acuerdos de refinanciación en el derecho español de insolvencia, Ortiz Tovar, D. M (Ed),” *los procesos de insolvencia*”, Cynergia, Neiva, 2020 pp 9-80.

preconcurso por el RDL 4/2014 donde se reforma la materia relativa a los acuerdos judiciales incluyendo la homologación judicial, así como una nueva regulación del artículo 5 bis. En segundo lugar, también es esencial en materia preconcursal la reforma introducida por el RDL 1/2015. Además de la importancia del todavía vigente, TRLC, cuyo Libro II desarrolla numerosas disposiciones en materia preconcursal.

Además, también podemos encontrar elementos preconcursales en la normativa comunitaria. En concreto la DUE 2019/1023, se centra en marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y en medidas para los procesos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Esta directiva ha sido traspuesta por el PRTRLC.

En definitiva, la situación en la que se encuentra la empresa antes de entrar en concurso es la materia que más debate ha suscitado, se ha dado mucha importancia a la necesidad de establecer medidas preventivas para evitar la vía concursal. La importancia de evitar la vía concursal reside en la necesidad de ofrecer una alternativa a los administradores de empresas que son operativamente viables, pero que no pueden hacer frente a sus obligaciones financieras. En numerosas ocasiones el concurso de acreedores provoca el fin de las actividades de empresas que son perfectamente viables, afectando a numerosos puestos de trabajo, a la actividad de acreedores y al margen de maniobra del deudor.³

Por esto, la actuación de los administradores en materia preconcursal se vuelve esencial, debiendo cumplir con los deberes genéricos de su cargo además de responder a muchos otros que se despliegan exclusivamente en la situación de crisis, ya que deberes fiduciarios y legales exigibles al órgano de administración se intensifican en esta situación de dificultad. Por ello el administrador puede ser objeto de diferentes acciones de responsabilidad si su actuación no es la exigible.⁴

³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, número 74, de 14 de marzo de 2013.

⁴ Barceló, J. M. *La Responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 Pp. 422-439

La situación de crisis sin prescripción de declaración de concurso es idónea para la adopción de los mecanismos establecidos en Libro II del TRLC. El administrador, en su deber de solventar las crisis empresariales, tiene a su disposición diferentes instrumentos, como los acuerdos de refinanciación, que permiten cumplir con las obligaciones de la ley societaria de manera más eficaz y eficiente.

Queda claro, por tanto, la necesidad de coordinación entre el derecho societario y las disposiciones preconcursales de nuestro ordenamiento jurídico. Los mecanismos alternativos al concurso regulados en el TRLC se presentan en numerosas ocasiones como las medidas necesarias para cumplir con los deberes exigidos en la normativa societaria. Luego en esta situación donde no es obligatorio la solicitud de concurso, la normativa societaria se complementa con el Libro II del TRLC.

El presente trabajo estudia cómo los deberes de los administradores y la actuación de los administradores exigida por la normativa societaria, debe adaptarse a la situación de crisis empresarial en la que no hay obligación legal de declarar el concurso de acreedores. En esta situación el administrador tiene plena libertad para adoptar cualquier actuación ya que su actuación está sujeta a la normativa societaria, de manera que, no se ve limitada por los liquidadores y los administradores concursales

Finalmente, se analizará el impacto que tendría la forma en que se haya gestionado de la crisis en la responsabilidad de los administradores ante una acción ordinaria de responsabilidad bajo el régimen de la normativa societaria. Si bien se estudiará brevemente, el impacto de la actuación pre concursal en una eventual activación de la responsabilidad concursal.

En definitiva, se pretende estudiar aquellos deberes y obligaciones que son exigibles al órgano de administración en un entorno preconcursal, así como las distintas acciones de responsabilidad que fiscalizan su gestión de la crisis. Todo esto, con especial atención a los diferentes mecanismos y disposiciones, distintos a la declaración de concurso, que prevé el TRLC para hacer frente a los problemas económicos y financieros.

2. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD

2.1. Los deberes fiduciarios

Para poder entender la responsabilidad de los administradores de la sociedad es importante indagar acerca de los deberes de los mismos y poder establecer la conducta, el comportamiento y la actuación deseable en la gestión, administración y dirección de la sociedad.

Los deberes de los administradores de la sociedad se pueden estudiar desde una diferente perspectiva. En primer lugar, desde una perspectiva societaria, los deberes de los administradores frente a la sociedad y a los grupos de interés. En segundo lugar, desde el espectro concursal cuando hay situación de insolvencia. Finalmente, desde los ámbitos tributarios, penal o administrativo.

Nos centraremos, en el presente trabajo en los deberes de carácter societario, con las necesarias y convenientes aportaciones en materia concursal. Por tanto, focalizaremos en los deberes regulados en el TRLSC.

El texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, regula los deberes de los administradores, de manera genérica, en su capítulo III del título IV, arts.225 a 232. Los deberes genéricos, son de obligado cumplimiento para el órgano de administración por regla general. Sin embargo, son susceptibles de ser dispensados en algunos casos concretos. En concreto, el artículo 230.2 TRLSC, señala que la sociedad puede autorizar a los administradores a realizar acciones que supongan algunas de las situaciones de conflicto de interés con la sociedad que contiene el artículo 229 TRLSC. Asimismo, el artículo 229 TRLSC abre la puerta para que la sociedad pueda dispensar de la obligación de no competir. Si bien, ambas dispensas están sujetas a una serie de límites para que no se produzca un daño a la sociedad.

Por tanto, los deberes genéricos están contenidos en normas que garantizan que el órgano de administración deba siempre actuar defendiendo el interés social. Estos deberes cristalizan la necesaria relación de confianza entre el órgano de administración y la sociedad. Es por esto por lo que se denominan deberes fiduciarios.

Los deberes fiduciarios son dos: Deber de diligencia y deber de lealtad.

2.1.1. Deber de diligencia.

El deber de diligencia es uno de los deberes fiduciarios que sirve como principio general de toda actuación de los administradores de una sociedad.

Queda regulado en el art.225 del TRLSC, que lo define en su punto primero, como la obligación por parte de los administradores de *desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.*⁵

De manera adicional los puntos segundo y tercero del citado artículo añaden y cercan de manera adicional el contenido de este deber:

“2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

Se podría establecer tres ámbitos⁶ en los que se exige un comportamiento diligente a los administradores que son (i) en la gestión de la empresa social con el análisis de la regla del “*business judgement rule*”⁷ y el sistema de discrecionalidad del empresario ofrecido por el art.226.1 de la ley⁸; (ii) en el cumplimiento de los deberes de la organización social derivados de las normas aplicables tanto general del ordenamiento jurídico, como los estatutos y (iii) en el caso de existencia de consejo de administración con la encomienda a sus miembros de la supervisión de directivos y consejeros ejecutivos.

⁵ Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades de capital. (BOE 1 de septiembre de 2010)

⁶ Alfaro Águila Real, J.: “*Sociedades de Capital: deber de diligencia de los administradores*”. Estudios y Comentarios Legislativos, CIVITAS, 2015 (BIB 2015/4466).

⁷ Concepto del derecho anglosajón que establece un estándar de diligencia del ordenado empresario que pretende otorgar cierta inmunidad a los administradores para que puedan asumir un grado razonable de riesgo natural en toda decisión de negocio.

⁸ Art.226.1 del 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*”.

Adicionalmente, es de interés hacer referencia y diseccionar el concepto de ordenado empresario, para poder especificar las funciones genéricas a las que hace referencia el articulado de la normativa de sociedades de capital.

Así, la debida diligencia con la que debe actuar el administrador de la sociedad se canaliza a través de la fórmula del ordenado empresario, como concepto abstracto e indeterminado.

La máxima del “ordenado empresario” marca el pilar sobre el que debe articularse la gestión y la actuación de la administración, de manera que, en vez de permitir conocer unas obligaciones tasadas, las especificaciones de los deberes del administrador se realizan a partir de condicionar sus acciones a una serie de cláusulas, principios y deberes más específicos y autónomos.⁹

Entre esos principios, destacamos en primer lugar, el principio de legalidad, esto es, que el cumplimiento de las normas por parte de la administración es requisito indispensable en una gestión que pretende ser diligente.¹⁰

En segundo lugar, el deber de gestión. La gestión de la sociedad corresponde a la administración pudiendo entenderse desde dos vertientes distintas, por un lado, la de la gestión y representación de la gestión y por otro de la organización y dirección de la estructura empresarial interna. Este deber, a su vez, se divide en diversas tareas que son de esperado cumplimiento en aquellos “empresarios ordenados”, las cuales son necesarias para el correcto funcionamiento de la sociedad.¹¹

Finalmente, el contenido del empresario diligente se completa con el deber de información, que implica que la administración de la sociedad debe disponer para actuar diligentemente de toda la información necesaria, ya que un administrador que se

⁹ GUERRERO TREVIJANO, C. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, CIVITAS, Madrid, 2014, S.P

¹⁰ Ibañez Jiménez, J.W., «La comisión de Control de cumplimiento normativo (compliance committee) del consejo de administración», en *RDBB*, n° 92, 2003, págs. 89 y ss.

¹¹ Esteban Velasco, G., voz «Administradores», *EJB*, I, cit. pág. 344, Id. en *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, págs. 501 y ss; Sánchez Calero, F. «Administradores» cit. pág. 102.

considere profesional y prudente no podrá tomar decisiones razonables y adecuadas si no dispone de toda la información precisa para ello.¹²

En definitiva, el deber de diligencia marca el contenido mínimo esperado en las acciones individuales de gestión, administración y dirección de la sociedad de las que se encarga la administración de la sociedad.

2.1.2. Deber de lealtad.

El segundo de los deberes fiduciarios a los que ya se ha hecho referencia *supra* es el deber de lealtad. El TRLSC lo define en su artículo 227, como el deber del administrador de *“desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*

A partir de la primera aproximación al concepto que realiza la ley en su artículo 227, se puede entender, de manera genérica y amplia, que el deber de lealtad es el deber fiduciario de actuar de buena fe que debe haber entre administrador y sociedad para salvaguardar el interés social.

Sin embargo, la norma, incluye nuevos comportamientos deseables en el administrador en relación a este deber en sus artículos 228 y 229, en los cuales se especifica las obligaciones básicas y la consigna de evitar situaciones de conflicto de interés, como elementos configuradores del contenido del deber fiduciario de lealtad.

El contenido de este deber es amplio, y se puede analizar desde una doble perspectiva. La primera, es a partir de las obligaciones básicas del artículo 228. La segunda, es sobre el mandato de evitar situaciones de conflicto del artículo 229, bajo el paraguas de salvaguardar la buena fe el interés social.

¹² Menéndez, U. Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, 2015, pp, 7-11.

En relación a las obligaciones básicas de este deber encontramos diversas disposiciones que forman su contenido, tales como la obligación del administrador de ejercitar sus facultades con los fines para los que le han sido concedidas y con el fin de desarrollar las actividades necesarias para conseguir el fin social y nunca en interés propio.¹³

A partir de estas obligaciones también se desprenden dos deberes adicionales. El primero es el deber de secreto, en relación a la información a la que tenga acceso el administrador por razón de su cargo. El segundo es el deber de abstención en el debate, deliberación y adopción de acuerdos sobre cuestiones o materias en los que el administrador, o una persona vinculada al mismo, tenga un conflicto de interés.¹⁴

Finalizan las obligaciones básicas con el encargo de desempeñar sus funciones con libertad de criterio e independencia de terceras personas y adoptar las medidas convenientes para evitar situaciones de conflicto de interés.

Esta última obligación de evitar situaciones de conflicto de interés es desarrollada ampliamente por el artículo 229.1 TRLSC, que incluye el deber de no realizar transacciones con la sociedad.

Otros ejemplos de situaciones de conflicto de interés a evitar son aquellas en las que el administrador usa su condición de administrador para operaciones privadas, el uso de activos sociales con fines privados y sacar beneficio de las oportunidades de negocio de la sociedad, en beneficio personal. Finaliza el contenido de este deber con el mandato de evitar obtener beneficios o remuneración por terceros, así como desarrollar actividades por cuenta propia que supongan una competencia efectiva. Estas situaciones pueden ser objeto de dispensa, por medio de autorización de la junta o del órgano de administración, dependiendo del caso.

En definitiva, el deber de lealtad de los administradores establece un contenido amplio que impacta sobre las actuaciones de la administración de la sociedad. Además, subraya la importancia de la relación de fidelidad del administrador con la sociedad, como pilar fundamental del buen funcionamiento de la misma y de protección del interés social. Las

¹³ Hernández, C. M. El deber de lealtad de los administradores de entidades de crédito y aseguradoras. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, (1), 2021 161-194.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011

disposiciones de este deber tendrán un gran impacto en el desarrollo de la responsabilidad de los administradores que se desarrollan *infra* en relación a las situaciones de insolvencia inminente y en un entorno preconcursal.¹⁵

2.2. Deberes Legales

Los deberes fiduciarios descritos nos acercan a conocer, como se ha indicado, la figura del administrador y la actuación que caracteriza a un administrador leal y diligente. Pero hay que recordar que dos administradores independientes pueden actuar de diferente forma y aún así cumplir con las disposiciones legales del capítulo III del Título VI del TRLSC.

Sin embargo, la norma de sociedades de capital, a lo largo de su articulado establece una serie de deberes legales adicionales que son de obligado cumplimiento por los administradores, y que están relacionados con distintas materias.

Estos deberes tienen un contenido concreto y específico, que no deja margen a la interpretación de la administración, son deberes exigibles en situaciones específicas.

Por tanto, se diferencian de los deberes fiduciarios, en que no tienen que estar presentes en cada una de las acciones que tomen la administración, ni caracterizan la conducta de este con un contenido de mínimos formales. Son obligaciones referidas al cumplimiento de tareas concretas.

Se ordenan de la siguiente manera, para ello se hará referencia a la enumeración realizada por Guerra Martín¹⁶:

- I. Deber de presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución el plazo de dos meses desde la fecha del otorgamiento. (art.32 TRLSC).
- II. Deber de convocar la Junta general cuando la soliciten uno o varios socios que representen al menos el 5% del capital. (art.168 TRLSC).

¹⁵ Ribas-Ferrer, V. "Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 38, 2012, pp. 73-153

¹⁶ Ureba, A. A., & Martín, G. G. La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital. En *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La ley, Madrid, 2011 pp. 30 y ss,

- III. Deber de convocar la junta ordinaria al menos una vez al año. (art.166 y ss TRLSC)
Así como convocar la junta en caso de que haya causa de disolución. (art.365 TRLSC).
- IV. Deber de asistencia a las Juntas generales (art.180 TRLSC), así como a las reuniones del Consejo de Administración y de las comisiones a las que pertenezca (art.247 TRLSC).
- V. Deber de controlar que se cumplen las condiciones y requisitos legales, cuando la sociedad adquiere participaciones o acciones propias. (arts.140,146 y 175 TRLSC).

3. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PRECONCURSAL

3.1. Situación de insolvencia inminente.

La administración de la sociedad en etapa de crisis empresarial es una de las cuestiones más importantes y de mayor repercusión en este tipo de situaciones de dificultad financiera. En las situaciones de dificultad financiera, sin embargo, las características y el alcance de la crisis, condiciona mucho la actuación y las obligaciones.

Por tanto, se pueden identificar tres situaciones distintas de dificultad financiera. La primera es la insolvencia actual, en la cual el administrador debe solicitar la declaración de concurso. La segunda es la insolvencia inminente, en la que el administrador tiene certeza de que será muy complicado hacer frente a las obligaciones sociales y, por tanto, debe declarar el concurso. La tercera es la situación de crisis o de probabilidad de insolvencia. Esta situación, que conforma el supuesto de hecho de este trabajo, se entiende como aquella en la que empresa experimenta dificultades financieras, deudas o pérdidas, cuya entidad no hacen obligatoria la declaración de concurso.

La situación de crisis en la que el administrador no tiene obligación de declarar concurso es la que es de interés para el objeto del presente trabajo, y por ello se debe hacer una aproximación y una individualización del concepto, para diferenciar las situaciones donde es obligatorio la declaración de concurso de acreedores, de las que cuentan con otras alternativas de reestructuración. A lo largo del trabajo nos referiremos a la misma como situación de crisis empresarial o de probabilidad de insolvencia.

La DUE 2019/1023, es clave para el desarrollo y estudio de la crisis empresarial. Hace hincapié en la responsabilidad de la administración en los deberes y en la gestión y dirección deseable en una fase de crisis empresarial.

La Directiva, hace énfasis en la situación de insolvencia inminente o de probabilidad de insolvencia, como objeto y ámbito de aplicación de la propia directiva. El artículo 1.1. a) de la directiva establece como objeto “(...) *establecer normas sobre los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con el objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor.*”

El concepto de “insolvencia inminente” es por tanto el eje de la extensión del régimen de obligaciones de los administradores. Sin embargo, autores como Martínez Muñoz¹⁷, encuentran más adecuado hablar de probabilidad de insolvencia o de proximidad de insolvencia o simplemente de dificultades financieras, es decir situaciones en las que se pueda contemplar y analizar opciones de reestructuración preventiva. Un estado de insolvencia inminente puede entenderse como irreversible y generar la obligación de declarar concurso, y agravar la situación patrimonial que pueda dificultar la satisfacción de créditos con los acreedores, y de lo que se trata es de adoptar medidas previas que puedan evitarlo.

La situación de crisis que permite una reestructuración preventiva y que requiere una actuación de la administración diferente a la declaración de concurso vendría caracterizada por diversos factores que constatan esa situación de crisis. Por lo que es conveniente ahora, delimitar cuales serían los factores que determinan que nos encontramos ante una situación de crisis empresarial y de probabilidad de insolvencia en vez de ante una insolvencia inminente o actual.

Las condiciones e indicadores que determinan cuándo se está ante una situación de crisis y de probabilidad de insolvencia han sido desarrollada y estudiada por el derecho español.¹⁸

¹⁷ Martínez Muñoz, M. “*La responsabilidad de los administradores...* op.cit. p.6

¹⁸ Recamán Graña, Eva, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis empresarial*, Aranzadi, Madrid, 2015, S.P

Uno de los indicadores más objetivos, son las pérdidas. El derecho español no establece un criterio común y objetivo sobre qué pérdidas hacen constatar un estado de crisis. Sin embargo, hay una serie de presupuestos en la que el ordenamiento jurídico establece una serie de deberes concretos cuando se llegan a un nivel determinado de pérdidas. Eso nos permite elaborar una noción del concepto de crisis empresarial y de insolvencia probable.

El primero de ellos es la reducción por pérdidas de los artículos 320 a 327 de la TRLSC, la cual deviene obligatoria cuando el patrimonio neto haya disminuido por debajo de las dos terceras partes del capital social y no se haya recuperado en un ejercicio social ese patrimonio neto (Art.327). Es decir, tiene un doble elemento, el elemento cuantitativo y el elemento temporal, la persistencia en el tiempo.¹⁹ Así mismo, se debe tener en cuenta las pérdidas cualificadas del artículo 363 e) TRLSC, que es cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior del capital social, a no ser que este se reduzca o se aumente en la medida suficiente y conveniente.

El segundo de estos presupuestos es la insolvencia. El estado de crisis abarca a la insolvencia inminente, sin embargo, como ya hemos indicado, no acoge todos los puntos de la insolvencia ya que eso obligaría a la declaración de concurso. En este caso, nos referimos a la insolvencia entendida como una insolvencia futura o probable, pero no inminente, es decir, hay indicios fundados de que, adoptando medidas pre concursales, se podrá cumplir obligaciones futuras. Si los indicios son de que no se va a poder cumplir esas obligaciones o futuras o incluso que se tenga el pronóstico de que se van a cumplir con retraso, se estaría entrando en el terreno de la insolvencia inminente.

Por tanto, la situación a la que nos referimos no se subsume en el supuesto de hecho descrito en el artículo 2.3. TRLC. El elemento diferenciador respecto a la insolvencia inminente es la no obligatoriedad de declaración de concurso.

En resumen, cuando se tenga constancia de que una situación de pérdidas no es puntual, así como se empiece a tener el indicio por parte de la administración que las obligaciones, si no se adoptan medidas, pueden no ser cumplidas, el administrador debe estar alerta en relación a los deberes legales que se le exigen en esta situación.

¹⁹ Espín Gutiérrez, C., «Comentario a los artículos 320 a 327», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2360-2380.

Por tanto, se entenderá ese estado de crisis, como aquel en que empiezan a aparecer dificultades financieras, con una tendencia negativa y que abarca todo el estado previo a la insolvencia, pero donde la situación es reversible, siempre y cuando haya intervención de la administración²⁰

2.2. El papel de la administración en la etapa preconcursal

Una vez, ya se ha visto cuales son los deberes fiduciarios aplicables en cualquier situación, de crisis o de estabilidad, es interesante estudiar como estos deberes se acomodan y se activan en la etapa pre concursal descrita en el apartado anterior. Los deberes de lealtad y diligencia siempre están presentes en esta cualquier situación empresarial, de manera que se seguirá sin poder actuar de manera negligente y desleal.

Es muy extenso, prácticamente inabarcable, describir y delimitar cada una de las acciones que son deseables que acometa el órgano de administración. Sí que se puede establecer, siguiendo la doctrina, un marco general que nos pueda orientar sobre qué actuación se espera en un “ordenado empresario”. La gestión, administración y dirección de la sociedad por parte de la administración es una cuestión de vital importancia cuando se trata de situaciones de crisis empresarial. En esta situación, la adopción de medidas puede permitir la remisión de la crisis.

La administración de la sociedad no solo tiene que cumplir en su gestión una serie de deberes como ya hemos visto, sino que además la infracción de los mismos activa el régimen de responsabilidad, el cual es un buen indicador de la actitud deseada en un administrador de una sociedad en crisis preconcursal.

En primer lugar, en relación a los deberes fiduciarios, los administradores deben en esfera preconcursal de probabilidad de insolvencia, cumplir los deberes inherentes al desempeño de su cargo, sin que la no observación de estos suponga consecuencias dañosas para la sociedad, que podría activar la acción social de responsabilidad por daños (Art.236 TRLSC). Se hace referencia a esta acción ya que su fuente es la conducta negligente de la administración de la sociedad que provoca un daño.²¹

²⁰Recamán Graña, Eva., *La responsabilidad de los administradores...op.cit. S.P*

²¹ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis*. BOSCH, Madrid, 2015, pp. 339-380.

El deber de actuar diligentemente sin causar daños se vuelve más relevante cuando nos encontramos ante una situación de insolvencia. Se entiende que existe una actitud negligente que cause daño cuando:²²

- a) Haya un comportamiento activo o pasivo imputable al órgano de administración.
- b) Que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, estatutos o no ceñirse al patrón de diligencia exigible del ordenado empresario.
- c) La sociedad sufra un daño.
- d) Exista una relación de causalidad entre el daño y la actuación de la administración.

Tomando ejemplos de acciones que son reprochables exclusivamente en situación de crisis, que activarían esta vía de responsabilidad, que se desarrollará a continuación, encontramos dos grupos. Los relacionados con la intromisión ilícita de los administradores con terceros y con los socios. (falseamiento de números, omisión de deberes en crisis empresarial...)²³

Siguiendo con más deberes fiduciarios, es importante señalar aquellos que son fuente de la acción de responsabilidad por deudas. A partir de lo establecido en la norma (Art.367 TRLSC), el administrador debe cumplir con una serie de obligaciones para los casos en los que se esté en causa de disolución, remarcando para este caso aquellos en los que haya pérdidas cualificadas o una situación de crisis en las que se prevea un estado de insolvencia futuro probable y en la que los administradores no hayan cumplido con su obligación de convocar la junta de socios, como se describe posteriormente.

La situación de pérdidas cualificadas es uno de los presupuestos de causa de disolución del artículo 363.TRLSC.²⁴

En el caso de pérdidas, el administrador de la sociedad debe, en el plazo de dos meses, convocar la junta para adoptar las medidas pertinentes o comunicar apertura de las

²² Sentencia del TS de 25 junio de 2012

²³ Esteban Velasco, G:” *La acción individual de responsabilidad*” en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 175-201

²⁴ Nos interesa para nuestro caso, el presupuesto objetivo de pérdidas cualificadas del 363 e) TRLSC, que no suponga como preceptivo la declaración de concurso por encontrarse en un estado de insolvencia.

negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o extrajudicial. Hay otros deberes, pero, en este trabajo, nos centraremos en los aplicables cuando hay situación de crisis empresarial y de probable insolvencia.²⁵

El deber de convocar junta en caso de pérdidas cualificadas es exigible al órgano de administración independientemente de que haya o no crisis pre concursal. Cuando además hay situación de crisis, se activan otros deberes legales.

El primero de estos deberes legales, es el deber informativo de los administradores de comunicar la situación de crisis a terceros contratantes. Este primer deber está relacionado con la obligación de no causar daño a la que hacíamos referencia supra sobre la responsabilidad por daño de los administradores.

Este deber nace de la teoría sobre contratos de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* de la doctrina alemana, basada en que cuando hay negociaciones se espera que haya entre los contratantes buena fe y honestidad.²⁶

Haciendo una interpretación extensiva, es evidente que aplica a todo negocio privado y, por ende, a la actuación en el tráfico jurídico que hagan los administradores.

Se distingue en este deber de información dos relaciones distintas, por un lado, con los socios y por otro lado con terceros.

Respecto a los socios, nos referimos al deber de proporcionar la información necesaria para que el socio puede tomar decisiones, siendo ésta verídica, y por tanto no le cause ningún daño. Se refiere al supuesto de hecho en que el daño se produce en el patrimonio del socio derivado de la confianza en la información suministrada.²⁷

En relación con los terceros, el deber de información se desprende del ya citado deber de negociar de buena fe. El administrador de la sociedad debe informar a los acreedores contratantes de la situación financiera de la sociedad. La inobservancia de este deber por

²⁵ Sobre el artículo 2 LC, Moreno Serrano, E. Los administradores de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia, La Ley, Madrid, 2015.

²⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 25-52.

²⁷ Esteban Velasco, G:” La acción individual de responsabilidad” en Rojo y Beltrán: *La responsabilidad de los...*op.cit, p.p. 175 a 201

parte de la administración hace responsable al administrador del daño causado, siempre que, exista un nexo causal entre la actuación negligente y el daño provocado.²⁸

Ahora bien, al encontrarse en una situación de crisis, aparece la problemática de si omitir la información relativa a la situación empresarial de crisis infringe el deber de información a terceros o no. La problemática gira en torno a que la comunicación de esta situación puede ser perjudicial para la recuperación financiera que dependa de la contratación con terceros.

Pues bien, en la situación de crisis descrita en el apartado anterior, aunque se puedan mermar las oportunidades de mejorar la situación económica de la sociedad, puesto que no contratarían con las mismas condiciones que si estuvieran informados de la situación de crisis, existe y opera este deber de información²⁹. Esto se explica, en cuanto nos encontramos ante un conflicto de intereses entre ambas partes contratantes.

Sin embargo, a pesar de lo descrito sobre el deber de información a acreedores, existen una serie de casos, en los que la administración de la sociedad no tiene la obligación legal de informar a los inversores sobre la situación de dificultades financieras. En concreto el RAM, establece la difusión de este deber para las entidades financieras emisoras de instrumentos financieros. Este reglamento establece una serie de requisitos necesarios para poder diferir el deber de información.

En concreto, en el punto 50 se establece que el aplazamiento se puede producir si se refiere a información cuya difusión puede afectar a negociaciones en curso, que puedan permitir la recuperación financiera de la entidad. Además, el emisor se debe encontrar en una situación, en la que no se le aplique la normativa de insolvencia, (es decir, la situación que se describe en el presente caso). Finalmente, cuando la información requiera de aprobación de otro órgano del emisor, se podrá aplazar el deber de información, siempre que la difusión pública de esa información antes de su aprobación ponga en peligro la correcta evaluación de la información por el público.

En relación a terceros, también se debe hacer referencia al deber del administrador de acudir a herramientas (desarrolladas más adelante) para satisfacer los créditos de la

²⁸ Recamán Graña, Eva *La responsabilidad de los administradores...op.cit. S.P*

²⁹ Esteban Velasco, G:” La acción individual de responsabilidad” en Rojo y Beltrán: *La responsabilidad de los...o.p.cit.*, p. 198

sociedad, de manera que no elija conscientemente y discrecionalmente (esto es, irregularmente) unos acreedores cuyos créditos se les satisfarán en detrimento de otros por parte de la sociedad. Si esto sucediese se desplegaría una doble responsabilidad.³⁰ Ya que, si se beneficiase solo a unos acreedores se activaría la responsabilidad contractual con la sociedad, como tercero deudor en cumplimiento formal de su contrato. Además, se desplegaría una responsabilidad extracontractual contra el administrador, por el daño directo provocado por el administrador independientemente de la sociedad.

Ahora, continuando con los deberes más específicos, se debe recordar que estamos en situación de crisis empresarial pre concursal y por tanto no es preceptivo la convocatoria de concurso. Sin embargo, muchos aspectos serán compartidos entre la normativa societaria y la concursal, apareciendo deberes diversos y de diferente índole cuando se quieren tomar medidas con herramientas distintas a las concursales y en concreto distintas de las que se encuentran en el libro I del TRLC. Por ello es procedente estudiar aquellos deberes que operan cuando se opta por las opciones del libro segundo del TRLC y que son alternativas a la disolución y a la declaración de concurso.

Volvemos entonces al escenario de pérdidas cualificadas e insolvencia inminente (con la connotación descrita supra). El TRLC en esta situación entra en juego y se combina con la societaria para establecer las acciones procedentes de la administración en esta situación, en aras del interés social.

La regla general es que se convoque la junta general, como órgano competente para decidir sobre las herramientas de remoción de la causa de disolución.³¹ En concreto para la situación de probabilidad de insolvencia se debe convocar la junta en una serie de posibles situaciones.³²

En primer lugar, sí la empresa se encuentra en causa de disolución, la junta debe aprobar la adopción de medidas alternativas al concurso.

³⁰ Recamán Graña, Eva *La responsabilidad de los administradores...op.cit. S.P*

³¹ NAVARRO LÉRIDA, M. S., «El problema de la competencia para decidir sobre la solicitud del concurso en las sociedades de capital. La necesidad del acuerdo de la Junta General», AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 194-195).

³² Barceló, J. M. *La Responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 340-346

En segundo lugar, para informar a la junta de la concurrencia de pérdidas graves. Esta Convocatoria Debe Ser En El Plazo De Dos Meses Desde Que Se Tuviese Conocimiento De Las Pérdidas.

En tercer lugar, en el caso de que se pretenda realizar un aumento o una reducción del capital social, así como llevar acabo una cesión global de activos o una modificación de estatutos. Finalmente, es necesaria la convocatoria de la junta para tomar cualquier otra de las medidas que se subsuma en los supuestos de hecho del artículo 160 de la LSC.

Por tanto, opera el deber de convocar la junta para adoptar algunas de las medidas convenientes. Además, también dependerá esto de la cuantificación objetiva de la crisis, diferenciando los casos en los que hay pérdidas que requieran de remoción de estas, de aquellos casos en los que no.

Independientemente de esto, se encuentran los denominados actos neutros. Los actos neutros son aquellos que se consideran como complementarios para la consecución del objeto social. Estos actos se consideran que están dentro del poder de representación otorgado por el artículo 234 TRLSC ya que, si bien no están directamente relacionados con el objeto social, son necesarios para la consecución del mismo³³.

Por tanto, el administrador podrá tomar decisiones previas por su cuenta, con el objetivo de poner fin a la situación de dificultades económicas. Por ejemplo, acudir a préstamos financieros, a liquidar activos concretos o realizar reestructuraciones operativas, entre otras.

Por otro en relación a la declaración de concurso, si la situación fuera muy grave, el administrador puede declarar directamente el concurso de acreedores si entiende que es lo más beneficioso para el interés social. Si bien, responderá de los daños causados por que estén directamente relacionado con la no convocatoria de la junta para informar de la situación financiera.³⁴

Este último argumento chocaría con los intereses de los socios que crean que es conveniente y más diligente optar por medidas alternativas con capacidad de remisión de

³³ Ramón y Cajal, “Los activos esenciales y la aplicación del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital al sector inmobiliario”, *Derecho Inmobiliario y urbanístico*, 2016, pp.1-3

³⁴ Recamán Graña, Eva *La responsabilidad de los administradores...op.cit. S.P*

la causa de disolución en una situación pre concursal es importante diferenciar. El fundamento de la Junta es la información de los socios y así permitir discutir y adoptar medidas alternativas tanto a la disolución como al concurso. Por tanto, para la adopción de medidas que vienen al caso como son los acuerdos de refinanciación, será preceptivo la convocatoria de la junta en una situación de crisis empresarial, en consonancia con el artículo 365.2.

Son estos acuerdos de refinanciación y otros acuerdos de negociación colectiva desarrollados en el libro segundo del TRLC, los que son de interés para el presente caso. Esta opción de alternativa al concurso supone una de las novedades introducidas en las sucesivas reformas de la ley concursal, primero con el derogado artículo 5 bis de la LC y en segundo lugar con la dotación normativa que se ha otorgado por el legislador a la situación preconcursal en el libro segundo de la ley concursal del nuevo texto refundido.

Independientemente del desarrollo que se hace de los mismos más adelante, esta opción aparte del deber de convocar junta previa a su adopción como se ha indicado implica otros deberes.

Principalmente, el administrador que decide optar por un acuerdo de refinanciación, debe hacerlo en los términos que dicta el artículo 583 del TRLC de la siguiente forma:

“Artículo 583. Comunicación de la apertura de negociaciones.

1. El deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del propio concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos establecidos en esta ley, siempre que no sea singular.

2. Si el deudor hubiera solicitado el nombramiento de un mediador concursal para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, el notario, el registrador mercantil o la cámara ante los que se hubiera presentado la solicitud, una vez aceptado el nombramiento por el mediador, comunicará al juzgado competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, indicando la identidad del mediador.

3. En la comunicación se indicará qué ejecuciones se siguen contra el patrimonio del deudor y cuáles de ellas recaen sobre bienes o derechos que se consideran necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

4. Una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.”

Los deberes de los administradores, por tanto, en esta situación de crisis empresarial y pre concursal pueden tomar diferentes formas, que en la mayoría de los casos depende de si se opta o no por los acuerdos de refinanciación con los acreedores.

4. PRECONCURSALIDAD

4.1. Justificación de los instrumentos pre concursales.

Ante la situación de insolvencia que se ha descrito y que es objeto del trabajo, el administrador de la sociedad dispone de un abanico de soluciones para poder remitir la situación de dificultad y de crisis económica que está atravesando la empresa.

Como ya se ha descrito anteriormente, el supuesto de hecho del presente caso es la situación de crisis empresarial o de insolvencia probable que no exige de manera imperativa la declaración de concurso.

La situación de dificultad económica de una sociedad en ocasiones puede estar relacionada por factores indirectos a la gestión de la sociedad. La dificultad financiera puede venir provocada por una crisis financiera, por cambios de regulación o por la obsolescencia de la tecnología, entre otros.

Con frecuencia, muchas empresas que son capaces de mantener los recursos operativos se vuelven inviables en el aspecto financiero, por lo que nos encontramos ante una situación en la que el legislador se encuentra en el debate de elegir entre la liquidación en su conjunto o bien permitir, mediante unos mecanismos de viabilidad financiera, que esa empresa siga actuando en el tráfico jurídico, generando riqueza y creando puestos de trabajo.³⁵

³⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea...op.cit.*

El derecho preconcursal regula este tipo de situaciones y la regulación normativa está avanzando en la dirección de la segunda opción, que es mantener como preferente la subsistencia de la empresa no solo en interés social sino también en el interés común.

Son muchos los autores, como Díaz Echegaray y Pulgar Ezquerra, que están de acuerdo en que si la solución a la insolvencia se abordara con mayor antelación se podrían evitar numerosos procedimientos concursales. Consideran que la experiencia ha mostrado que en numerosas ocasiones, esta situación la atraviesan empresas que eran, en cierta medida, viables o al menos con alta probabilidad de poder ser reflatadas y normalizadas en sus operaciones de haberse tomado medidas tempranas.³⁶³⁷

El problema de la situación de la sociedad en crisis es la imposibilidad que se puede llegar a presentar para reflatar una sociedad una vez llega los juzgados de lo mercantil. Y es que cada vez se hace más palpable la dificultad de una empresa para ser reflatada cuando se encuentra en pleno proceso concursal.

Por ello, una vez se encuentra la sociedad en esta situación previa al concurso, llena de dificultades, es importante y de gran utilidad acudir con antelación a los mecanismos pre concursales que ofrece la legislación.³⁸

Por lo tanto, la figura del administrador en esta situación se vuelve crucial, y por tanto surge una serie de deberes y actuaciones en orden a la activación de las herramientas pre concursales, en los que destaca el acuerdo de refinanciación tanto singular como colectivo, el acuerdo extrajudicial de pagos y la propuesta anticipada de convenio.

4.2. Regulación y Procedimiento.

4.2.1. Regulación

El primer texto de la normativa concursal, así como las primeras reformas introducidas, no daba protagonismo ni establecía una regulación de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pago, Solo se incluía la posibilidad de apertura de fase de

³⁶ Díaz Echegaray, José Luis. *Los acuerdos de refinanciación*. Navarra: Civitas. Thomson Reuters, Madrid, 2015. S.P

³⁷ Pulgar Ezquerra, J. *Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago*. Preconcursalidad y reestructuración empresarial Wolters Kluwer, Madrid, 2021. S.P

³⁸ Pulgar Ezquerra, J., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*. Wolters Kluwer, Madrid, 2020. S.P.

convenio, aunque realmente no era una solución de anticipación al concurso, simplemente era una herramienta dentro del procedimiento concursal, pero no constituía una solución pre concursal. En conclusión,³⁹ se trataba las situaciones de insolvencia con un procedimiento único que en numerosos casos suponía que numerosas empresas posiblemente no tuviesen alternativa.

Sin embargo, esto cambió a partir de 2009, cuando empezó a introducirse nuevas figuras de carácter preconcursales. Así la materia relacionada con la preconcursalidad es modificada o ampliada sustancialmente en diferentes normas, que han desarrollado o reformado la LC. Destacando el RDL 3/2009, la Ley 38/2011, la Ley 14/2013, el RDL 4/2014, el RDL 1/2015, la Ley 9/2015, la Ley 25/2015 y el TRLC.

Es este libro segundo del TRLC el que regula ampliamente, la situación de preconcursalidad y donde se encuentra la regulación de las posibles soluciones preconcursales. Así el texto refundido de la ley concursal, reúne y agrupa normas que antes estaban distribuidas a lo largo del texto en el art.5 bis LC (comunicación de apertura de negociaciones), el art. 71 bis LC (acuerdos de refinanciación), los art. 231 a 242 LC (acuerdo extrajudicial de pagos) y la DA 4ª (homologación judicial de acuerdos de refinanciación).⁴⁰

Nos interesa en el presente caso los acuerdos de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos, la propuesta anticipada de convenio y otros instrumentos que veremos como el *“fresh money”*.

Una vez el administrador de la sociedad se haya decidido a recurrir a los instrumentos preconcursales, tiene que ceñirse a un procedimiento que queda perfectamente regulado en la normativa concursal y que, tras la última reforma, queda mucho más ampliado y detallado que con el artículo 5 bis. Se desarrolla dentro de la ley un libro entero entorno a esta figura de derecho preconcursal. Por tanto, contará con una serie de deberes en este nuevo espectro, siempre que no le sea preceptivo, según sea la intensidad de la situación de crisis, la declaración del concurso.

³⁹ Echegaray, J. L. D. *Acuerdos extrajudiciales de pago, concurso consecutivo y segunda oportunidad*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2021, p. .27

⁴⁰ Pulgar Ezquerro, J, *Acuerdos de refinanciación y acuerdos*. Preconcursalidad...o.p.cit. S.P

4.2.2. Procedimiento, efectos y deberes del administrador en esta materia

El nuevo TRLC, empieza regulando el derecho preconcursal, estableciendo los deberes y los pasos a tomar por el administrador una vez que se ha decidido a abrir negociaciones con los acreedores para obtener una solución preconcursal.

El artículo 583 TRLC, de manera continuista con el art.5 bis LC, regula la comunicación de apertura de negociaciones. Establece que el administrador siempre que no hubiere sido declarado en concurso de acreedores podrá, de manera potestativa, comunicar al juzgado que sea competente para la declaración del concurso, la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener una propuesta anticipada de convenio o llegar a un acuerdo de refinanciación.⁴¹

Este mismo artículo, en su punto segundo, también obliga al deudor que solicite el nombramiento de un mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, que también le sea comunicado al juzgado.

Areoso Casal⁴² señala la importancia que otorga la ley a los límites temporales exigidos para el inicio de las negociaciones. Así en el art.583.4 TRLC, se establece que cuando se realice la comunicación no se podrá presentar otra por el mismo deudor en el plazo de un año, así como siguiendo la línea del 584 TRLC, se dispone que la comunicación tendrá el mismo límite y el mismo carácter que la del deber de solicitar concurso, esto es dos meses desde que conoce la situación de crisis, de insolvencia probable.

Además de estos deberes del administrador, el TRLC dicta otros de carácter procesal para la administración de justicia, en cuanto que el letrado de la administración de justicia deberá dictar decreto dejando constancia de la comunicación, en el cual constará las ejecuciones que se encuentren ¿pendientes/iniciadas? sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, ordenando además la publicación en el registro público concursal, salvo que en el escrito de comunicación el deudor ordene el carácter reservado de la misma.

⁴¹ Art.583, TRLC: “El deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración del propio concurso la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación que reúna los requisitos establecidos en esta ley, siempre que no sea singular.”

⁴² Casal, A. A. *El nuevo marco regulatorio de derecho concursal*. La Ley, Madrid, 2020, pp. 429 460

Ahora bien, además de los deberes que este procedimiento atribuye al administrador, también se establecen una serie de efectos. Si bien hay otros efectos sobre créditos o ejecuciones patrimoniales, nos interesan los propios efectos de la comunicación de apertura de negociaciones. Serán éstos últimos los que tienen un impacto en el régimen y en la actuación exigible al administrador.

El primero de estos efectos, es el cese de manera temporal de la obligación de *solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual* establecida en el art.5 TRLC. Además de también suponer el cese temporal por solicitudes declaración realizadas por terceros en la forma del art.29.2 TRLC⁴³.

En continuación con la protección frente a terceros legitimados sobre la declaración de concurso, es importante, además, el art.594.1 TRLC, que también la recoge estableciendo en su texto: *“las solicitudes de concurso presentadas después de la comunicación de la apertura de negociaciones por otros legitimados distintos del deudor o, en el acuerdo extrajudicial de pagos, distintos del deudor o del mediador concursal no se admitirán a trámite mientras no transcurra el plazo de tres meses a contar desde la fecha de esa comunicación o de dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario. Las presentadas antes de la comunicación, aunque aún no hubieran sido admitidas a trámite, continuarán su tramitación”*

Luego se protege al deudor frente a las solicitudes de declaración de concurso por tercero, siempre que éstas no sean anteriores a la comunicación de apertura de las negociaciones, o que dentro del mes hábil posterior al plazo para la comunicación de la apertura de negociaciones (Desde que conoce la situación de insolvencia), el deudor no solicite la declaración de concurso, en relación al art.594.1 TRLC.

Por tanto, se podría deducir a partir del artículo 594 que opera una excepción al deber de solicitar la declaración de concurso del artículo 5, primero con el aplazamiento de tres

⁴³ Art.29.TRLC: *“Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, el concurso de acreedores tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiera desistido, no hubiera comparecido en la vista o no se hubiese ratificado en la solicitud.”*

meses del punto primero del artículo 594 TRLC y con el otro mes hábil⁴⁴ al que hace referencia el punto dos del mismo artículo.

La prórroga a la que estamos haciendo referencia es una novedad de la nueva regulación, como un mecanismo para incentivar acudir a las herramientas preconcursales, y así evitar la declaración del concurso de acreedores.⁴⁵ El deudor, a diferencia de con regulaciones pasadas, cuenta con un marco que le protege de manera más amplia permitiéndole tomar alternativas sin que esto le pueda ser perjudicial posteriormente en la declaración de concurso.

Pero la prórroga del deber de solicitar o instar la declaración de concurso, requiere unos requisitos.⁴⁶

El primero de ellos, es que se haya producido un comienzo efectivo de las negociaciones con los acreedores para obtener un acuerdo de refinanciación o una propuesta anticipada de convenio, así como la aceptación por el mediador concursal en caso del acuerdo extrajudicial de pagos. Luego no sirve solo con la intención de iniciar negociaciones.

Por otro lado, que la comunicación de apertura de negociaciones ya sea en el acuerdo extrajudicial de pagos o acuerdo de refinanciación, se haya producido.

Sin embargo, es conveniente apuntar que el deber legal de solicitar el concurso surge tras los 4 meses de aplazamiento, fruto del art.594 TRLC, tal y como recoge la ley en el artículo 595 TRLC, siempre que no se trate de una persona natural, en cuyo caso opera un plazo de 2 meses.

4.3. Herramientas preconcursales.

Independientemente de los nuevos planes de reestructuración que se pretenden incorporar con el PRTRLC, es conveniente realizar una referencia a la regulación y sobre todo a las principales características de las diferentes herramientas preconcursales. Son estos los instrumentos que tendrán disponibles los administradores que en situación de crisis

⁴⁴ El concepto de mes hábil resultará de especial trascendencia en aquellos casos en el que el mes hábil se sitúe antes de la finalización del plazo.

⁴⁵ Pulgar Ezquerro, J, *Acuerdos de refinanciación y acuerdos*. Preconcursalidad...o.p.cit. S.P

⁴⁶ Roda, C. B., & Sempere, C. P. (2021). Derecho preconcursal y segunda oportunidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-65

empresarial opten por las opciones del libro segundo de la actual normativa en materia concursal.

4.3.1. Acuerdo Colectivo de refinanciación

Como ya hemos apuntado los acuerdos de refinanciación son aquellas herramientas preconcursales que se prevén para aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentran en una situación de insolvencia actual, pero también de probabilidad de insolvencia, que sirve de mecanismo alternativo a un procedimiento concursal. Esto permite a las empresas o profesionales que son económicamente viables, independientemente de las dificultades que estén atravesando, poder seguir con su actividad evitando la liquidación innecesaria.

El primero de los acuerdos de refinanciación al que haremos referencia es el acuerdo colectivo de refinanciación. En los acuerdos colectivos de refinanciación, el deudor deberá acordar con un número suficiente de acreedores, que permita que se produzca la viabilidad de la empresa o de la actividad profesional del deudor.⁴⁷

Como requisito, para que el acuerdo sea aprobado, se deberán suscribir al acuerdo tres quintas partes de los acreedores que conformen el pasivo del deudor. Además de que se formalice en documento público con todos los acreedores suscriptores y que conste el plan de viabilidad acordado y la certificación del auditor.

Asimismo, el artículo 600 del TRLC prevé la posibilidad de que bien el deudor o bien los acreedores puedan solicitar al registrador mercantil que se nombre un experto independiente para que informe acerca de la razonabilidad y la factibilidad del plan de viabilidad⁴⁸. Asimismo, podrá introducir ciertas limitaciones que los acreedores podrán decidir si modifica el contenido esencial del plan de viabilidad que se inscribe en la escritura.⁴⁹

⁴⁷ Piquer, I. M. M. Los acuerdos de refinanciación y sus acreedores determinantes. Breve análisis en materia preconcursal del anteproyecto de ley de reforma del TRLC y de la Directiva de la UE. *Diario La Ley*, N° 9957, 2021, p.4.

⁴⁸ Macías, C. M. I. La Gestión de la Empresa en Crisis: Acuerdos de Refinanciación (+ Tirant) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.87-95

⁴⁹ Iberley, Los acuerdos de refinanciación (RDL 1/2020, de 5 de mayo). *Iberley, Información legal*, 2020 (Disponible en <https://www.iberley.es/temas/acuerdos-refinanciacion-rdl-1-2020-5-mayo-64694>; última consulta 24/02/2022)

Finalmente, el acuerdo adquirirá eficacia desde el momento en el que se formaliza la escritura.

4.3.1.1. Homologación judicial

Regulado en el artículo 605 del TRLC, son homologables judicialmente los recién descritos acuerdos colectivos de refinanciación.

La homologación judicial de los acuerdos colectivos de refinanciación tiene como finalidad la consecución de distintos objetivos. El más relevante de ellos es la extensión del acuerdo de financiación no solo a los firmantes del acuerdo, sino también a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo o estén disconformes y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda el valor de la garantía real. Estos acreedores estarán vinculados en virtud de mayorías porcentuales del pasivo en el primer caso y vinculados en virtud de mayorías porcentuales respecto de las garantías totales en el segundo caso.⁵⁰

Además, la homologación judicial del acuerdo implica que, si finalmente se declarase en concurso de acreedores, no podrá rescindirse el mismo y se deberá seguir cumpliendo. Independientemente de que se empiece el proceso concursal, a administración concursal no podrá rescindirlo, por ello se trata de una auténtica medida alternativa al concurso de acreedores.

Para que se homologado judicialmente un acuerdo debe cumplir unos requisitos⁵¹:

- Los requisitos exigidos específicamente para el acuerdo colectivo citados en el apartado anterior.
- El acuerdo esté suscrito por acreedores que representen el 51% del pasivo financiero. El pasivo financiero está conformado por aquellas deudas de la empresa que representan una obligación de pago de dinero o de intercambio de activos financieros.

⁵⁰ Ezquerro, J. P. Preconcurso y acuerdos de refinanciación. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, vol. 10, 2011, pp. 25-40

⁵¹ Iberley. *Homologación de los acuerdos de refinanciación (RDL 1/2020, de 5 de mayo)*. Iberley

Información legal, 2020 (Disponible en <https://www.iberley.es/temas/homologacion-acuerdos-refinanciacion-rdl-1-2020-5-mayo-64695>; última consulta 24/02//2022

Por tanto, se excluye la obligación de entregar bienes, derechos o la prestación de servicios, además de las deudas contraídas con la administración pública.

- El acuerdo tenga como objeto la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de las obligaciones del deudor ya sea en forma de prórroga o en forma de sustitución de obligaciones.
- El pasivo esté certificado por un auditor de cuentas o se haya expedido informe de un auditor independiente por el registro mercantil., si no está obligado el deudor a auditar cuentas.
- Se haya formalizado el acuerdo en instrumento público por todos los suscriptores, incorporando como anexos el plan de viabilidad, certificación del auditor y el informe, llegados al caso, del experto

El cómputo para conocer cuáles son aquellos créditos de carácter financiero viene descrito principalmente en el artículo 606 del TRLC que reza: *“se consideran créditos financieros los procedentes de cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor, con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera. En ningún caso tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito”*

El órgano competente para la homologación será el mismo que fuera competente para conocer la declaración de concurso. Estando legitimados para solicitarla tanto el deudor como cualquier deudor suscriptor del acuerdo.

Finalmente, el juez dictará auto de homologación dentro de los 15 siguientes a la publicación de la solicitud de homologación en el registro público concursal.

4.3.2. Acuerdo Singular de refinanciación

El acuerdo singular de refinanciación es aquel que se pacta con uno o varios acreedores y en el cual no operan los límites establecidos para el caso de los acuerdos colectivos de refinanciación.⁵²

Para la realización de un acuerdo singular de refinanciación se establece una serie de requisitos, que quedan recogidos en el artículo 604 del TRLC:

- El acuerdo debe de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor.
- La proporción de activo sea igual o superior al pasivo existente con anterioridad a la formalización.
- El activo corriente sea igual o superior al pasivo corriente.
- La proporción de los créditos con garantías personales o reales de los acreedores suscriptores no sea superior a la existente antes del acuerdo, al 90% del pasivo total afectado por el acuerdo.
- El tipo de interés que aplican a los créditos resultantes del acuerdo no supere en más de un tercio a la media de los intereses aplicables a los créditos anteriores al acuerdo.
- El acuerdo se formalice en escritura pública otorgada por el deudor y los acreedores que intervengan. Deberá incluir los documentos que justifique que se cumplen todos los requisitos establecidos.

Por su parte los acuerdos singulares de refinanciación no son homologables judicialmente. Sin embargo, si son protegidos por la acción rescisoria concursal por incumplimiento del acuerdo.

⁵² Piquer, I. M. M. Los acuerdos de refinanciación y sus acreedores determinantes...op.cit. p.3

4.3.3. Acuerdo extrajudicial de pagos

El acuerdo extrajudicial de pagos es una de las herramientas preconcursales destinadas a alcanzar un acuerdo con los acreedores y superar así la situación de insolvencia.

Se trata de un convenio en vía extrajudicial dirigida por un mediador concursal, para alcanzar un acuerdo con los acreedores con el objetivo de superar la situación de crisis en la que se halle inmersa el deudor.

Regulado en los artículos 631 a 633 TRLC, pueden acudir al trámite del acuerdo extrajudicial de pagos, cualquier persona natural en situación de crisis con un pasivo no superior a cinco millones de euros. Así como personas jurídicas de cualquier tipo con pasivo inferior a cinco millones, patrimonio inferior a cinco millones y menos de 50 acreedores, siempre que tengan activos suficientes para satisfacer los gastos del proceso.

Por otro lado, se prohíbe la adopción de un acuerdo extrajudicial de pagos a las personas en las que concurran las siguientes circunstancias.⁵³:

- a) Que tenga una condena firme por delito contra el patrimonio en los diez años previos a la declaración de concurso.
- b) Que hubiera sido declarada en concurso de acreedores.
- c) Que hubieran obtenido o estén negociando la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación.
- d) A las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El mediador concursal, previamente solicitado junto con los requisitos establecidos en la sección 2ª del capítulo II del Título II del TRLC, deberá enviar la propuesta de acuerdo extrajudicial a los acreedores, el cual debe elevarse a escritura pública tras su aprobación. Los acreedores disidentes podrán impugnar el acuerdo siempre que concurra la falta de la mayoría exigida, así mismo que su cumplimiento es requisito indispensable para la no convocatoria del concurso de acreedores.⁵⁴

⁵³ Díaz Echegaray, José Luis. *Los acuerdos de refinanciación...op.cit.*, SP.

⁵⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Acuerdo Extrajudicial de Pagos”, *Estudios de Derecho Empresario*, vol. 18, 2019, p.65.

La figura del mediador concursal es el punto diferenciador de los acuerdos extrajudiciales de pagos respecto de los acuerdos de refinanciación singulares. El mediador actúa como una figura neutra, que se comunica con los acreedores para proponer soluciones que sean aprobadas por la mayoría suficiente de los acreedores.

Otra de las diferencias entre ambos acuerdos, es la definición de un plan de pagos concreto. Además, es un acuerdo que, aunque excluya a las administraciones públicas, no está dirigido exclusivamente a los acreedores financieros.⁵⁵

4.3.4. Propuesta anticipada de convenio.

La propuesta anticipada de convenio es otro de las herramientas preconcursales existentes, que tienen como objetivo ofrecer una alternativa a la declaración de concurso de acreedores.

Es una herramienta que permite al deudor comenzar las negociaciones, con los acreedores como vía para evitar el sometimiento a la apertura de fase común de convenio de liquidación.

Está legitimado para presentar para presentarla el deudor (art.333 TRLC), siempre que no haya pedido la liquidación de su activo, así como que no incurra en ninguna de las prohibiciones del art.335 TRLC: a) Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, contra la Seguridad social, Hacienda pública o los derechos de los trabajadores o b) Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios económicos el depósito de las cuentas anuales.

Para que ésta sea tramitada debe ir respaldada por adhesiones de los acreedores que superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Será un diez por ciento cuando se acompañe de la declaración de concurso.⁵⁶

⁵⁵ Pulgar Ezquerro, J, *Acuerdos de refinanciación y acuerdos*. Preconcursalidad...op.cit., S.P

⁵⁶ Macías, C. M. I., *La Gestión de la Empresa en Crisis: Acuerdos de Refinanciación...*op.cit.,155-165

En definitiva, es un instrumento que permite evitar la liquidación patrimonial desde el inicio del concurso, acelerar la aprobación de convenio, permitir la protección anticipada del patrimonio del deudor y principalmente, la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

4.3.5. Instrumentos complementarios a los acuerdos de financiación

a) “*Fresh Money*”

El concepto de “*fresh money*” hace referencia a los mecanismos privilegiados de entrada de dinero cuando la situación de crisis del deudor se debe realmente a la dificultad de obtener nuevas vías de financiación.⁵⁷

En España, que se introducen en la reforma de la ley concursal por la Ley 38/2011, donde se incluye en la ley concursal dos mecanismos. Los mecanismos se extienden únicamente a las financiaciones vinculadas a un acuerdo de refinanciación. Se establece un privilegio en esta financiación en caso de concurso, que es la declaración del 50% como crédito contra la masa y el otro 50% como créditos de privilegio general

b) *Capitalización de Créditos*

La capitalización de créditos supone el cambio del crédito por participaciones en el capital social. Esta fórmula permite reforzar las posibilidades de cobro de los créditos, obtener liquidez y mejorar la expectativa de resultado de los socios.

El régimen del RDL 4/2014 empezó a permitir la realización de estas actividades, consistente en cambiar las deudas por acciones. Se protege a los socios, del riesgo de pérdida de control y de dilución de su valoración patrimonial, mediante el otorgamiento de un derecho de adquisición preferente sobre las acciones compensadas, si en un futuro se enajenan.⁵⁸

⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, “Fresh money y financiación de las empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n. 16, 2012, p. 74

⁵⁸ GALLEGO CÓRCOLES, “La capitalización de créditos (debt-equity swap) desde una perspectiva concursal y preconcursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n. 24, 2016, p. 364

c) Otros Instrumentos

Entre otras medidas complementarias a los instrumentos, se encuentran la no consideración de administradores de hecho a los acreedores de los acuerdos de refinanciación, sobre las nuevas obligaciones contraídas como consecuencia de la ejecución del plan de viabilidad. Es decir, que no se les considera como personas vinculadas y sus créditos no serán subordinados en un eventual proceso concursal.

Por otro lado, en caso de concurso y en relación al artículo 700.1 TRLC, se presume iuris tantum la culpabilidad del administrador que, sin causa razonable, haya declinado la compensación de créditos, una ampliación de capital o haya desestimado instrumentos convertibles.

5. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN ESFERA PRE-CONCURSAL.

5.1. Responsabilidad ordinaria de la administración.

Los administradores de una sociedad tienen que cumplir una serie de deberes legales y fiduciarios. Estos deberes son esperables y exigibles en cualquier situación empresarial, lo que incluye la situación de probabilidad de insolvencia o de crisis donde no es obligatorio la declaración del concurso de acreedores.

En los apartados desarrollados supra, se hace referencia a las acciones genéricas y concretas que son deseables en la gestión de la sociedad cuando la empresa se encuentra en situación de insolvencia probable. Coexistiendo los deberes genéricos en cualquier situación con los deberes concretos propios de esta situación de crisis. e.g.: el deber de comunicar la situación de crisis a terceros contratantes.

La inobservancia del conjunto de deberes exigibles al órgano de administración puede ser fuente de las acciones de responsabilidad ordinaria. Estas acciones de responsabilidad ordinaria quedan reguladas por la normativa societaria. Por tanto, operan en la situación de empresas en probabilidad de insolvencia ya que no se trata de una situación en la que sea obligatoria la declaración de concurso. Si bien su impacto puede tener un alcance y una influencia también una vez iniciado el proceso concursal. Por lo que, la inobservancia

de los deberes exigibles en situación de crisis, puede activar distintos regímenes de responsabilidad.⁵⁹

I. Acción social de responsabilidad en situaciones de Insolvencia.

La primera acción de responsabilidad a la que se hace referencia es a la acción social de responsabilidad.

La acción social de responsabilidad es aquella que realiza la propia sociedad contra los administradores en defensa del interés social. Está regulada en los artículos 238 a 240 de la TRLSC. Se activa en el supuesto de hecho de que los administradores incumplan los deberes propios de su cargo y que de dicha actuación se derive un daño a la sociedad⁶⁰.

En primer lugar, debe concurrir exactamente los mismos requisitos a los que hicimos referencia cuando hablábamos de la imputación de un daño a la conducta del administrador. Por tanto, se requiere⁶¹:

- a) Comportamiento desplegado imputable al órgano de administración.
- b) La conducta sea antijurídica o no se ajuste al patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario.
- c) La Sociedad sufra un daño
- d) Que haya una relación de causalidad entre la acción desplegada y el daño producido.

Por ejemplo, en el caso que nos concierne, si el administrador de una sociedad que se encuentra en crisis actúa en la contratación de un tercero sin informar de esta situación y por culpa de este acto, que no es leal ni diligente, se produce un daño, se activaría la posibilidad de que opere una acción social de responsabilidad. Esto sería un claro ejemplo de como la responsabilidad ordinaria tiene su alcance en la actuación exigible al administrador cuando la sociedad se encuentra en un periodo próximo a la insolvencia.

59 Benítez, J. J. P. La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva. *Almacén de Derecho*, 2021

(Disponible en <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-en-el-contexto-de-la-reestructuracion-preventiva>; última consulta 10/03/2022).

⁶⁰ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* o.p.cit., pp.319-322

⁶¹ Sentencia del Tribunal supremo de 25 de junio de 2012

En cuanto a la legitimación activa para exigir esta responsabilidad, corresponde a la junta general, como órgano de expresión de la voluntad social, el ejercicio de la acción, pudiendo ejercitarla, en caso de infracción del deber de lealtad, los socios que representen al menos un 5% del capital social en compañías no cotizadas y un 3% en sociedades cotizadas. Excepcionalmente también podrán los acreedores ante la pasividad de los accionistas legitimados o de la sociedad para ejercerla (Art.240 LSC).

Por otro lado, en caso de que la acción en cuestión prospere, se vería aumentado el patrimonio de la sociedad, en vez del patrimonio individual de los acreedores actores o accionistas individualmente legitimados.

En definitiva, existen, como se ha apuntado anteriormente, la inobservancia de los deberes legales y fiduciarios exigibles a los administradores en situación de probabilidad de insolvencia puede activar el régimen de responsabilidad del órgano de administración.

II. Acción Individual de Responsabilidad por daños.

El artículo 236 de la TRLSC, regula la acción individual por daños que permite exigir responsabilidad de los administradores, cuya conducta haya podido provocar un daño a los socios o a terceros de manera individual.

El presupuesto objetivo para que se active la acción individual de responsabilidad por daños es el mismo que el expuesto recientemente sobre la sentencia del tribunal supremo de 25 de junio de 2012. (Acción u Omisión antijurídica, Daño directo y Relación de causalidad)

La acción individual se dirige, por tanto, al resarcimiento de los daños directos que se causan a acreedores o a socios de manera concreta.⁶² Es interesante llegados a este punto la reflexión emanada de las sentencias del tribunal supremo de 23 de mayo de 2014 y de 22 de diciembre de 2014, que la describen como “una responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario”.

El daño que se provoque sobre el socio o tercero deber ser directo. Es decir que se provoque un daño, por medio de la actuación directa del administrador sin que se

⁶² Marín De La Bárcena Garcimartín, F: “La acción individual de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima frente a socios y terceros”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm.13,1992, p.366.

interponga la sociedad de por medio. Es decir, es el responsable único del daño que se produzca por una acción en la que el administrador tenga una conducta aislada de la sociedad.⁶³ Esteban Velasco, los clasifica en tres grupos distintos: Los actos ilícitos de empresa cometidos por omisión de deberes contractuales de tráfico, los de intromisión ilícita en las relaciones del socio con la sociedad y la intromisión ilícita de los administradores en la relación de la sociedad con terceros.

Ahora bien, independientemente de la infinidad de acciones que puede realizar un administrador de las cuales se puede derivar una acción de responsabilidad, es conveniente poner un ejemplo para el caso de empresas en situación de crisis o de probabilidad de insolvencia sin obligación de declarar el concurso de acreedores. Un ejemplo de esto sería, por ejemplo, el falseamiento de números por parte del administrador para intentar camuflar la situación económica complicada por la que está pasando la empresa, y esta provoque un daño bien a un socio o bien a un tercero. Lo que supone una colusión de la aplicación de los deberes fiduciarios en entorno pre concursal.

Finalmente, para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad por daños están legitimadas todas aquellas personas que acrediten haber sufrido un daño directamente imputable a una conducta del administrador, ya sea un socio o un tercero.

III. Responsabilidad por deudas.

El artículo 367 de la TRLSC, regula responsabilidad exigible a los administradores sociales, cuando la sociedad se encuentra en una etapa de crisis económica asimilable a una situación de causa de disolución.

Los administradores cuando se encuentran en esta situación deben tomar una serie de acciones que emanan de las obligaciones legales prescritas para esta situación. En concreto. El artículo 367 establece las diversas acciones que serían deseables en la gestión de la sociedad cuando se presenta esta situación:

1. Convocar la junta para que se acuerde la disolución o se adopte las medidas pertinentes de entre las previstas por la ley en el plazo de dos meses.

⁶³ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* op.cit., pp. 343-344.

2. Solicitar la disolución judicial si la junta no se convocase.
3. Además, si la junta no se convocase, se podrá, en una situación en la que no hay obligatoriedad de presentar concurso, o bien solicitar concurso o bien comunicar inicio de apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o cualquier otra medida relacionada con los instrumentos pre concursales.

La causa de disolución en la que se encuentre inmerso la sociedad concurre cuando la sociedad, por medio de sus órganos de administración no esté obligada a la declaración del concurso.⁶⁴ Es decir, que se encuentre en aquella situación a la que hacíamos referencia supra, en la que no existe un panorama de insolvencia actual como la que describe el artículo 2.3 TRLC, que obligue a declarar el concurso⁶⁵. El administrador debe saber mediante el análisis contable cuando se encuentra ante una situación de pérdidas y de crisis, o si, por el contrario, se encuentra en situación de insolvencia. Además de que ambos conceptos pueden concurrir, aunque sean conceptos totalmente distintos.

El administrador, en esta situación, tiene una serie de deberes que debe realizar so pena de responder por las deudas. Estos deberes, que ya vimos anteriormente, son entre otros, el deber de convocar junta o iniciar negociaciones para un acuerdo. Además de que debe actuar conforme a los parámetros de los deberes legales y fiduciarios de nuestro ordenamiento jurídico.

La responsabilidad por deudas, como comenta Pardo Pardo⁶⁶, se diferencia de la de daños en que solo exige que el administrador cumpla una serie de deberes, independientemente de que la situación de crisis sea imputable o no a la gestión de la administración. Es un mandato de medios y no de resultados.

El administrador, que no cumpla con sus obligaciones legales, en esta situación descrita, responderá por las deudas que contraiga la sociedad, posterior al acaecimiento y constatación de la situación de crisis. Independientemente de la responsabilidad concursal

⁶⁴ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* op.cit., p. 390

⁶⁵ Machado Plazas: Pérdidas del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, Civitas, Madrid, p.167

⁶⁶ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* op.cit. p.410.

que pueda derivar posteriormente, que sí que recoge las deudas de antes de la situación de probabilidad de insolvencia o de crisis.

Se trata de una responsabilidad que es solidaria entre los miembros del órgano de administración y con la sociedad, pudiendo el acreedor legitimado poder dirigirse a cualquiera de ellos, para reclamar esas deudas posteriores a la situación que atraviesa la empresa.

En definitiva, el administrador de una sociedad debe responder de la no observación de los deberes legales y fiduciarios que le son exigidos y deseables, cuando la empresa se encuentra en una situación de dificultad económica sin obligación de declarar el concurso de acreedores, y ello sin perjuicio de lo que eventualmente pueda ocurrir en un proceso concursal.

5.2. Impacto de la gestión pre-concurso en la responsabilidad concursal de la administración

La gestión de los administradores en la etapa pre concursal, como ya hemos visto, tiene un impacto y un alcance en la responsabilidad ordinaria a la que los administradores deben hacer frente en caso de que no se actúe conforme a los mandatos legales y fiduciarios de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en muchas ocasiones la actuación desplegada por el órgano de administración en la gestión de la crisis puede tener un impacto e incluso agravar la eventual responsabilidad concursal para el caso que finalmente, se declare el concurso de acreedores.

Interesante es la aportación que realiza Pardo Pardo⁶⁷ sobre las distintas acciones que se han estudiado en el apartado anterior y su conexión con la responsabilidad concursal. Las acciones sociales, de daños y por deudas pueden seguir siendo exigidas durante la etapa concursal, si bien cuenta con una serie de diferencias respecto a la concursal en cuanto a tiempo, objeto, legitimación, sujeto y reproche.

Lo que se trata de resaltar, en este punto, es como la actuación de los administradores cuando la empresa no tiene obligación de declarar el concurso de acreedores puede derivar en la eventual responsabilidad concursal Todo ello sin estudiar ampliamente la

⁶⁷ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* op.cit., pp.145-146

materia concursal en entorno de responsabilidad de la administración. En definitiva, delimitar en la medida de lo posible el ámbito objetivo de esta responsabilidad en conexión a la actuación deseada que hemos descrito anteriormente, en situación de no prescripción de declaración de concurso.

El sistema de responsabilidad concursal es muy amplio e inexacto, la norma recoge un número amplio de presunciones que hacen responsable a una administración en sede concursal. Luego simplemente se hará referencia a una serie de actuaciones que pueden asimilarse a los deberes exigidos que se han estudiado en los otros apartados.

El TRLC prevé una serie de comportamientos que activan el sistema de responsabilidad concursal de nuestro ordenamiento jurídico.

El primero se enmarca en la norma general del artículo 442 del TRLC, el cual antes estaba regulado en el artículo 164.1 de la Ley Concursal, en el que debe haber la concurrencia de cuatro condicionantes mínimos⁶⁸:

- a) Comportamiento del deudor ya sea a través de su representante o administradores, si es persona física.
- b) Agravación del estado de insolvencia.
- c) Que sea una conducta imputable a título de dolo o de culpa grave.
- d) Imputabilidad de la agravación de la insolvencia a la conducta de los administradores.

Independientemente de las presunciones recogidas en los artículos 700.1, 443.3º y 443 TRLC, cualquier actuación que reúna los cuatro requisitos establecidos en el 442 TRLC, puede dar lugar a que se active la responsabilidad concursal.⁶⁹

⁶⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2007

⁶⁹ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...op.cit.*, pp. 147-155

Luego se pueden encasillar aquí prácticamente cualquier inobservancia de los deberes fiduciarios, ya sea de lealtad de diligencia o lealtad. En resumen, si un administrador, por ejemplo, desarrolla cualquier actividad que suponga un conflicto de interés y esta provoca una agravación de la insolvencia, tendrá su impacto en la responsabilidad concursal en el caso de que haya un procedimiento concursal.

El segundo tipo de los comportamientos de la administración que puede dar lugar a una calificación culpable de un eventual concurso de acreedores son aquellos enmarcados en las presunciones establecidas en el artículo 443 TRLC. Este articula tipifica una serie de supuestos en los que se recogen cada uno de requisitos para que el concurso sea declarado culpable. Se trata de presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba en sea contrario, y dispensa a acreedores, administradores concursales y demás interesados, de probar los requisitos del artículo 442 TRLC para la calificación como culpable.⁷⁰

Ahora bien, se dictan numerosos supuestos, sin embargo, nosotros haremos especial atención aquellos que ya dijimos supra que formaban parte de la actuación o del papel de la administración en etapas previas a la insolvencia. Son principalmente supuestos de hecho que derivan de la inobservancia de los deberes fiduciarios, en los que se actúe en fraude de terceros tanto con socios como con acreedores y terceros contratantes.⁷¹ Así como oposición a los mandatos de conflicto de interés que vimos anteriormente.

Destacan, por tanto

- ⇒ El incumplimiento de la obligación de llevar la contabilidad. El falseamiento de números. En resumen, la manipulación de los estados financieros para ocultar la situación de insolvencia.
- ⇒ Falsedad documental.
- ⇒ Alzamiento de bienes
- ⇒ Transmisiones en fraude de acreedores, durante los dos últimos años.
- ⇒ Realización de actos jurídicos para simular la situación patrimonial.

⁷⁰ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* op.cit., pp. 156-158

⁷¹ Soler, E. G., & Martínez, M. D. *La Calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.45-74

Son por tanto deberes genéricos que debe cumplir el administrador en cualquier situación como ya vimos anteriormente, y por tanto engloba esta situación. Es decir, un administrador debe actuar diligentemente y ser un agente fiduciario y por tanto esto no incluye el alzamiento de bienes o el fraude de acreedores. Pero es que, además, se incluye los deberes que ganan relevancia en esta situación de precurso y de crisis, como son los deberes de información con terceros contratantes, los de intromisión ilícita (falseamiento de cuentas, falsedad documental o falsedad de los actos jurídicos).

El tercer tipo de comportamientos que pueden dar lugar a una eventual calificación culpable del concurso, son aquellos enmarcados en las presunciones *iuris tantum* que desarrolla el TRLC, antes desarrollado en el artículo 165 LC. Este establece una serie de presunciones que, a diferencia de las anteriores, sí que admite prueba en contrario.⁷²

El texto tipifica una serie de supuestos en los cuales, se presume que existe dolo o culpa grave en la actuación de la administración. Además de que esa actuación, como en los casos anteriores, conlleve un nexo causal entre la conducta y la agravación de la insolvencia.

Si bien el TRLC tipifica una serie de supuestos, en el presente caso nos centraremos aquellos que tienen relevancia para el caso de la situación de crisis o de insolvencia en el que no haya obligación de declarar concurso.

En concreto son de especial interés dos de ellos:

- ⇒ El del artículo 443.3º TRLC sobre el incumplimiento de la obligación de formular y depositar las cuentas anuales, y no someterlas, si fuera el caso, a auditoria.
- ⇒ El del artículo 700.1 TRLC sobre la negación, sin causa razonable, a la capitalización de créditos, emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación.

⁷²Gargallo, I. S. *La Calificación del concurso de acreedores (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p.75

Pues bien, estos dos supuestos, son las dos únicas actuaciones que le son exigibles al administrador cuando la sociedad se encuentra en una situación de crisis. La primera de ellas, relativa al depósito de cuentas, es exigible en cualquier situación ya que se trata de uno de los deberes legales que se le exige a la administración, y que queda regulado en el artículo 34. Ccom.

El segundo de los supuestos está más relacionado con la situación en cuestión, ya que sólo se da en exclusiva una vez que se haya adoptado la decisión de acordar alguna de las medidas pre concursales citadas en el apartado anterior. Por tanto, en el caso de que, por ejemplo, se adopte un acuerdo de refinanciación, debe haber una causa razonable para explicar por qué se ha evitado la adopción de medidas complementarias que permitan la subsistencia del acuerdo.⁷³

En cualquier caso, estas presunciones requieren la existencia de una actuación dolosa o negligente, la cual haya agravado la situación de insolvencia.

6. IMPACTO DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO

El PRTRLC, incluye numerosos elementos que son de gran interés y relevancia en materia preconcursal. Es una ley de transposición de la DUE 2019/1023

Se introducen una serie de novedades en relación a los instrumentos y mecanismos destinados a desincentivar la declaración del concurso de acreedores. En este apartado, se hará una breve referencia a la introducción de los planes de reestructuración como alternativa a los acuerdos de refinanciación.

6.1. Planes de reestructuración

Los planes de reestructuración vienen a sustituir a los acuerdos de refinanciación que son susceptibles de homologación. Además de a los acuerdos extrajudiciales de pago. Así el nuevo texto de la ley introduce una nueva herramienta esencial para la gestión de una alternativa a la declaración de concurso, que también es homologable judicialmente.

⁷³ Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis...* op.cit. pp.198-200

Los planes de reestructuración se podrán adoptar cuando haya una probabilidad de insolvencia como así establece el PRTRLC. Luego se hace efectiva referencia a la situación objeto de este trabajo. La ley por tanto pretende atacar la crisis de la sociedad en su etapa más temprana, cuando se empieza a tener indicios sobre la posibilidad de insolvencia.⁷⁴

La mayor novedad consiste en la afectación a los créditos de derecho público de los planes de reestructuración. Para esto el deudor debe acreditar que está al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Además, los créditos deben tener una antigüedad inferior a dos años.⁷⁵

Los acreedores se clasificarán en base a sus criterios comunes, además esta formación de clases puede ser impugnada por acreedores y deudor. En caso de PYMES solo el deudor.

Se permite además la posibilidad de resolver los contratos cuya desaparición o modificación sea en interés del plan de reestructuración.

Por otro lado, la financiación realizada en el período de negociaciones, así como la financiación necesaria para el cumplimiento del plan homologado judicialmente, supone su irrevocabilidad y su preferencia en el cobro, en el caso de un eventual concurso de acreedores.

Finalmente, la oposición al plan de reestructuración se puede instar por dos vías distintas y excluyentes⁷⁶, por un lado, si se pretende impugnar la homologación judicial se debe acudir ante una instancia judicial superior a la que autorizó la homologación. Por otro lado, si la impugnación es anterior a la homologación, se acude a la autoridad competente para acudir a la homologación.

⁷⁴ Cuatrecasas, Reestructuraciones e insolvencias Claves 2022. Cuatrecasas Conocimiento, 2022 (Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/espana-reestructuraciones-e-insolvencias-claves-2022>; última consulta 31/03/2022)

⁷⁵ Garrigues, Estas son las novedades del Proyecto de reforma de la Ley Concursal que no estaban en el anteproyecto. *GarriguesComunica*, 2022

(Disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/estas-son-novedades-proyecto-reforma-ley-concursal-no-estaban-anteproyecto; última consulta (31/03/2022)

⁷⁶ Santamaría, Í. M. Los Planes de Reestructuración Homologados en la actual Ley Concursal. *Economist & Jurist*, 2021 (Disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/los-planes-de-reestructuracion-en-la-actual-ley-concursal>; última consulta 31/03/2022)

Una vez el plan es homologado judicialmente, se prescribe la posibilidad de extender los efectos a acreedores disidentes de una clase, a clases enteras de acreedores y a socios disidentes. Además de poder resolver contratos en interés de los planes y se protege la financiación del plan.

CONCLUSIÓN

El órgano de administración de la sociedad se presenta como un elemento clave en la situación de la empresa que está inmersa en una situación de probabilidad de insolvencia, pero que no está obligado a la declaración de concurso. Siendo ésta una situación que debe quedar bien delimitada e identificada de manera temprana por el administrador de la sociedad para no agravar una eventual responsabilidad concursal.

En esta fase temprana preconcursal, los deberes y la responsabilidad propios del órgano de administrador se intensifican. La responsabilidad de los administradores, rara vez, se activa cuando la empresa tiene una buena situación económica y responde a sus obligaciones financieras de manera corriente. En mi opinión, los acreedores, los socios y cualquier otro interesado, no prestan excesiva atención a la actuación del administrador en cuanto sus intereses se ven satisfechos. Todo ello independientemente de si la actuación de la administración no está siendo la más adecuada en términos de diligencia y lealtad. Pero cuando, las dificultades económicas se activan, se ponen en marcha la operatividad de todos los deberes exigibles al administrador y entra en escena la amenaza de las diferentes acciones de responsabilidad.

El administrador en esta situación tiene que cumplir de manera más exhaustiva con los deberes que le son exigibles en términos generales, ya que la acción de responsabilidad, por regla general, se activa cuando se producen daños o se generan deudas. Un administrador negligente responderá frente a los grupos de interés de la sociedad de los daños y de las deudas generadas por su actuación negligente, pero no por la actuación poco diligente en sí misma.

Independientemente de la responsabilidad concursal, el papel que otorga la normativa societaria a los administradores en situaciones de crisis es suficiente para responder a las necesidades operativas y estructurales que pudiese tener la sociedad, cuando se encuentra inmerso en esta situación de crisis. Es por ello por lo que parece razonable que los deberes

y las responsabilidades que fiscaliza la actuación de la administración sean los que encontramos en el ámbito societario y no en la materia puramente concursal.

Ahora bien, la normativa concursal no es ajena a la esfera preconcursal. Contiene numerosos elementos que le son de gran ayuda al administrador para poder remitir la situación de crisis. Los diferentes mecanismos, como los acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos o la propuesta de convenio, se hacen prácticamente necesarios para poder remitir la crisis sin que el administrador lleve a cabo actos que puedan comprometer una eventual responsabilidad concursal.

La normativa concursal tiende a legislar cada vez de manera más profunda acerca de la preconcursalidad. Esto se debe a que numerosas empresas que tienen capacidad operativa, humana y comercial, se ven obligadas a tener que acabar la vía societaria y acudir a los procedimientos concursales, resultando en numerosas ocasiones en el estancamiento operativo de empresas que podrían ser perfectamente viables. Además, provocando, la pérdida de numerosos puestos de trabajo, ingresos a otras empresas y en la mayoría de los casos en la liquidación de la empresa.

Parece claro, que lo más importante es tratar de evitar la declaración de concurso de las empresas, tratando de reducir el número de procedimientos concursales posibles. Por ello, resultan vitales los mecanismos preconcursales que la ley concursal pone a disposición de los administradores.

Ahora bien, si bien esto es completamente legal de acuerdo a la normativa societaria puede desembocar en una agravación de una eventual responsabilidad concursal. Es aquí donde encontramos otro de los elementos de conexión entre ambos ámbitos jurídicos.

En numerosas ocasiones muchas de estas acciones previas a herramientas pre concursales se toman con la total seguridad de que son necesarias para poder remitir la situación, por lo que es difícil entender que la regulación concursal penalice la tentativa de solventar la situación de crisis cuando todavía no hay deber de declaración de concurso.

Por otro lado, el PRTRLC concursal introduce algunos elementos ventajosos y otros que son menos ventajosos. En concreto sobre la segunda oportunidad del deudor, la nueva regulación supone un avance muy grande. La eliminación del umbral necesario de deudas inexorables satisfechas para la exoneración de deudas es un avance muy importante para

el deudor de buena fe. Sin embargo, se contradice parcialmente con la exclusión de exoneración que se realiza sobre los créditos públicos, dándoles preferencia. En la misma línea, se encuentran los planes de reestructuración, en los que los créditos públicos exigen estar al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad social.

Para terminar, creo que es conveniente señalar algunos puntos que generan controversia en los que se podría profundizar más y que pueden servir como futuras líneas de investigación.

En primer lugar, el administrador en una situación de crisis está sujeto a una serie de normas, que beben del derecho de sociedades, que le permiten un margen de actuación determinado. En esta etapa, se debe recordar, que no es obligatorio la declaración de concurso, por lo que en numerosas ocasiones el administrador toma decisiones con la certeza de que no va a ir a concurso (si tuviera indicios estaría obligado ello) que posteriormente, actúan como fuente de nacimiento de una responsabilidad concursal. Creo que es importante que se aumente la seguridad jurídica y las garantías con las que actúa el administrador.

Por otro lado, es conflictivo como la normativa concursal se preocupa por las etapas preconcursales entendiéndose que el propio proceso concursal se asemeja duro e injusto en algunos casos de empresa perfectamente viables cuya administración ha actuado de buena fe. Pero, sin embargo, no se toman decisiones individualizadas una vez el proceso ha comenzado. Se limita a dejar la toma de decisiones preconcursales en manos de la regulación societaria y preconcursal, a la misma vez que es la propia normativa concursal la que fiscaliza la actuación del administrador si la vía preconcursal desemboca en un proceso concursal.

En definitiva, la situación de crisis en la que no es obligatorio la declaración de concurso tiene numerosas implicaciones en materia concursal. Aún así, el derecho societario es el único con competencia para dictar los deberes que tiene el órgano de administración en esta situación, careciendo la normativa societaria de disposiciones preconcursales.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera de lo civil) STS 662/2011 de 4 de octubre de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala primera de lo civil) STS 391/2012 de 25 junio de 2012
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) SAP Madrid 175/2007 de Madrid de 24 de septiembre de 2007

OBRAS DOCTRINALES

- Alfaro Aguila Real, J.: “*Sociedades de Capital: deber de diligencia de los administradores*”. Estudios y Comentarios Legislativos, CIVITAS, 2015 (BIB 2015/4466).
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pp. 25-52.
- Barceló, J. M. *La Responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*
- Campuzano, A. B. Las clases de acuerdos de refinanciación en el derecho español de insolvencia, Ortiz Tovar, D. M (Ed),” *los procesos de insolvencia*”, Cynergia, Neiva, 2020, pp. 9-80
- Casal, A.A. *El nuevo marco regulatorio de derecho concursal*. La Ley, Madrid, 2020, pp. 429-260
- *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, número 74, de 14 de marzo de 2013.
- Echegaray, J. L. D. *Acuerdos extrajudiciales de pago, concurso consecutivo y segunda oportunidad*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2021, p. .27 *en situación de pérdidas y de insolvencia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013 Pp. 422-439
- Espín Gutiérrez, C., «Comentario a los artículos 320 a 327», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pp. 2360-2380.

- Esteban Velasco, G:” *La acción individual de responsabilidad*” en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Dir.), *La responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 175-201
- Esteban Velasco, G., voz «Administradores», *EJB*, I, cit. pág. 344, Id. en *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, págs. 501 y ss; Sánchez Calero, F. «Administradores» cit. pág. 102.
- Ezquerro, J. P. Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, vol 10, 2011, 25-40
- GALLEGO CÓRCOLES, “La capitalización de créditos (debt-equity swap) desde una perspectiva concursal y preconcursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n. 24, 2016, p. 364
- Gargallo, I. S. *La Calificación del concurso de acreedores (Tratados, Comentarios y Practicas Procesales)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021
- GUERRERO TREVIJANO, C. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, CIVITAS, Madrid, 2014, S.P
- Hernández, C. M. El deber de lealtad de los administradores de entidades de crédito y aseguradoras. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, (1),2021 161-194.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Madrid, 2015, p. 251.
- Ibañez Jiménez, J.W., «*La comisión de Control de cumplimiento normativo (compliance committee) del consejo de administración*», en *RDBB*, n° 92, 2003, págs. 89 y ss.
- Machado Plazas: Pérdidas del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, Civitas, Madrid, p.167
- Macías, C. M. I. *La Gestión de la Empresa en Crisis: Acuerdos de Refinanciación (+ Tirant)* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.87-95

- Marín De La Bárcena Garcimartín, F: “La acción individual de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima frente a socios y terceros”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm.13,1992, p.366.
- 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 num.162/2021*, 2021 pp. 5-10
- Menéndez, U. (2015). Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, pp, 7-11.
- Moreno Serrano, E.: Los administradores de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia, La Ley, Madrid, 2015.
- NAVARRO LÉRIDA, M. S., «El problema de la competencia para decidir sobre la solicitud del concurso en las sociedades de capital. La necesidad del acuerdo de la Junta General», AAVV, *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 194-195).
- Pardo Pardo, J. M. *El nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de empresas en crisis*. BOSCH, Madrid, 2015, págs. 339-380.
- Piquer, I. M. M. Los acuerdos de refinanciación y sus acreedores determinantes. Breve análisis en materia preconcursal del anteproyecto de ley de reforma del TRLC y de la Directiva de la UE. *Diario La Ley*, Nº 9957, 2021, p.4.
- PULGAR EZQUERRA, “Fresh money y financiación de las empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, n. 16, 2012, p. 74
- Pulgar Ezquerra, J. *Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago*. Preconcursalidad y reestructuración empresarial Wolters Kluwer, Madrid, 2021. S.P
- Pulgar Ezquerra, J., *Reestructuración y gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*. Wolters Kluwer, Madrid, 2020. S.P.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Acuerdo Extrajudicial de Pagos”, *Estudios de Derecho Empresario*, vol. 18, 2019, p.65.

- Ramón y Cajal, “Los activos esenciales y la aplicación del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital al sector inmobiliario”, *Derecho Inmobiliario y urbanístico*, 2016, pp.1-3
 - Recamán Graña, Eva , *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis empresarial*, Aranzadi, Madrid,2015, S.P
 - Ribas-Ferrer, V. "Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 38, 2012, pp. 73-153
- Roda, C. B., & Sempere, C. P. (2021). Derecho preconcursal y segunda oportunidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-65
- Soler, E. G., & Martínez, M. D. *La Calificación del concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp.45-74
 - Ureba, A. A., & Martín, G. G. La posición jurídica de los administradores de sociedades de capital. En *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La ley, Madrid, 2011 pp 30 y ss,

RECURSOS DE INTERNET

- Benítez, J. J. P. La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva. *Almacén de Derecho*, 2021 Disponible en <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-en-el-contexto-de-la-reestructuracion-preventiva>; última consulta 10/03/2022)
- Cuatrecasas, Reestructuraciones e insolvencias Claves 2022. Cuatrecasas Conocimiento, 2022
(Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/espana-reestructuraciones-e-insolvencias-claves-2022>; última consulta 31/03/2022)
- Garrigues, Estas son las novedades del Proyecto de reforma de la Ley Concursal que no estaban en el anteproyecto. *GarriguesComunica*, 2022
(Disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/estas-son-novedades-proyecto-reforma-ley-concursal-no-estaban-anteproyecto; última consulta (31/03/2022)

- Santamaría, Í. M. Los Planes de Reestructuración Homologados en la actual Ley Concursal. *Economist & Jurist*, 2021 (Disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/los-planes-de-reestructuracion-en-la-actual-ley-concursal>; última consulta 31/03/2022)
- Iberley, Los acuerdos de refinanciación (RDL 1/2020, de 5 de mayo). *Iberley, Información legal*, 2020 (Disponible en <https://www.iberley.es/temas/acuerdos-refinanciacion-rdl-1-2020-5-mayo-64694>; última consulta 24/02/2022).
- Iberley. *Homologación de los acuerdos de refinanciación (RDL 1/2020, de 5 de mayo)*. *IberleyInformaciónlegal*,2020 (Disponible en <https://www.iberley.es/temas/homologacion-acuerdos-refinanciacion-rdl-1-2020-5-mayo-64695>; última consulta 24/02/2022).