

“La responsabilidad de los directivos en la proximidad de la insolvencia”¹

por Cecilio Molina Hernández²

SUMARIO: I. Consideraciones generales. La proximidad de la insolvencia y la responsabilidad de los directivos. II. Los deberes de los directivos en las situaciones de proximidad a la insolvencia. 1. El deber de diligencia de los directivos. 2. El deber de lealtad de los directivos societarios. 2.1. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. 2.2. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés. III. La responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

I. Consideraciones generales. La proximidad de la insolvencia y la responsabilidad de los directivos

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

La insolvencia inminente no es lo mismo que probabilidad de insolvencia. La insolvencia está más cercana cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente que cuando la insolvencia es sólo probable.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley*, 2021, p. 2.

De esta manera, siguiendo nuestro Derecho concursal, cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia probable, deberá acudir a un acuerdo de refinanciación, mientras que, si se halla en una situación de insolvencia inminente, el deudor deberá proceder a la declaración del concurso.

¹ El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto de Investigación «Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial» PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como miembro del equipo de investigación y en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores del Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU «Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos» (G20/1-01) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña.

² Profesor de Derecho Mercantil (Titular Acreditado) - Universidad Pontificia Comillas ICAI – ICADE

Esta estrecha línea entre la probabilidad de insolvencia y la insolvencia inminente encuentra su reflejo en la normativa de Derecho de sociedades. Ante la existencia de pérdidas por parte de la sociedad, como causa de disolución, los directivos estarán obligados a convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso, tal y como se establece en el artículo 365.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, Ley de Sociedades de Capital).

Por todo ello, tal y como mantenemos a lo largo de este trabajo, la responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia encuentra su reflejo en nuestra normativa societaria y no en el derecho concursal. Mantenemos esta postura toda vez que el legislador español, conocedor de la realidad de los deudores, establece una mínima diferenciación entre la insolvencia probable e insolvencia inminente. Esto es así porque, ante la primera circunstancia, plantea la necesidad de acudir a un acuerdo de refinanciación con los acreedores y si éste no prosperase, y, consecuentemente, la situación patrimonial del deudor no mejorase, se deberá acudir necesariamente al concurso. Aquí juega un papel fundamental el órgano de dirección de una sociedad de capital, ya que es su obligación, al hilo del cumplimiento de sus deberes, velar por los intereses de la sociedad, de los socios, y, ahora también, de los acreedores.

El artículo 36 de la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de la insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, establece lo siguiente: Los Estados miembros velarán por que, cuando una entidad jurídica se convierta en insolvente, sus administradores estén obligados a presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia ante el órgano jurisdiccional a más tardar tres meses después de que los administradores hayan tenido conocimiento o quepa razonablemente esperar que hayan tenido conocimiento de que la entidad jurídica es insolvente.

II. Los deberes de los directivos en las situaciones de proximidad a la insolvencia

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

El régimen de los deberes de los directivos de sociedades de capital está contemplado en los artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital. En concreto, estos preceptos

sufren una importante modificación como consecuencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, de forma que el contenido y alcance de los deberes de diligencia y de lealtad se intensifica.

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

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

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

Esta motivada extensión del contenido del régimen legal de los deberes de los directivos en la normativa de sociedades de capital ha causado que otra de las normas reguladoras de las sociedades cotizadas, esto es, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no dedique precepto alguno al régimen de los deberes de los consejeros de administración de las sociedades

cotizadas. Sin duda, ésta es una gran noticia en el marco de la exigibilidad en el cumplimiento de los deberes de los administradores de sociedades cotizadas, que, como sociedades de capital, han de cumplir también estas disposiciones, pues las referencias del citado Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas están sujetas al principio de “cumplir o explicar”.

Véase COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2020, pp. 9-10, donde se explicitan las características de este Código y se justifica: *La utilización de códigos de buen gobierno de carácter voluntario junto con el principio de «cumplir o explicar» son un sistema útil para lograr parte de los objetivos del buen gobierno corporativo y es el sistema seguido de forma consistente tanto en los principales países de la Unión Europea como en otros países desarrollados, resaltando su flexibilidad en el modo de ser aplicado y la posibilidad de constituirse en una referencia de buenas prácticas de gobierno corporativo. Además, la Unión Europea ha recogido expresamente en su normativa la validez de este principio de actuación, confirmado recientemente en el Libro Verde de la Unión Europea sobre gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.*

Aunque hemos aclarado que la Ley de Sociedades de Capital es de carácter obligatorio, también sigue, en cierta parte, este principio de “cumplir o explicar”, de modo que, cuando las sociedades no hagan cumplimiento de las recomendaciones que por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hacen, deberán justificar las razones por las que no han entablado medidas para el seguimiento de las sugerencias establecidas.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., «Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo», *La Ley Mercantil*, núm. 39 (2017), p. 2.

1. El deber de diligencia de los directivos

El deber general de diligencia queda consagrado en la actualidad en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, en atención a los siguientes términos: *los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.* Originariamente, y en un claro equívoco del legislador, aparecían conjuntamente los deberes de diligencia y de lealtad, hasta que se desvincularon en la normativa actual, para proceder a la exigencia, como se ha visto, de una actuación responsable similar a la de un empresario.

GARCÍA MANDALONIZ, M., «Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 368-369, donde la autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades

de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 137-138; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198 (1990), p. 667, donde el autor considera que convendría que la conducta de un administrador se diferenciase de la exigida a un empresario.

Se exige o se espera de ellos una actuación *responsable*, más allá de la de un buen padre de familia, quien se preocupa fundamentalmente por la conservación de un patrimonio, en la que fundamentalmente *ha de buscar el interés social*; interés social que, en las sociedades no cotizadas, quizá el interés del gestor no difiera en exceso a la de los propietarios de las acciones, pero que probablemente en las grandes sociedades podría ser distinto. Por tanto, en sentido estricto, se espera del directivo que sea un gestor prudente, actuando con cuidado, dedicación, previsión y pericia.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Universidad de Valladolid, 1985, p. 224.

Esta subordinación del interés particular, en relación al interés de la empresa, se ha recogido específicamente en la Ley de Sociedades de Capital a raíz de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Conscientes de las múltiples críticas que ha recibido este precepto, por considerarlo reiterativo al hilo del deber de lealtad, realizamos una reflexión de la oportuna incorporación que, sobre este precepto, se ha realizado y, a nuestro parecer, en conexión con la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente, en consonancia con la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En este sentido, véase el Considerando 71, donde se establece: *En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto*

de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva.

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

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

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

En tercer lugar, el deber de diligencia, en el artículo 225.3 de la Ley de Sociedades de Capital, procede al reconocimiento expreso de la doble vertiente del derecho/deber de información. Como sucedía con anterioridad, el alcance del derecho de información, por parte de los administradores, es muy amplio, pues, tal y como se deduce del contenido, podrá recabar toda la información necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, se ha limitado, pues antes se refería a la marcha de la sociedad, por lo que ahora, entendemos, no podría solicitar información sobre cuestiones que no se

circunscriben a sus tareas, como podría ser la clientela, los secretos empresariales, entre otros.

Sobre esta cuestión, véase ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «El deber/derecho de información del administrador», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 722; QUIJANO, J., «El funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas (reglas legales, recomendaciones y autorregulación)», en JUSTE, J. y ESPÍN, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 243.

2. El deber de lealtad de los directivos societarios

Tal y como se establece en el artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital, el deber de lealtad impone a los directivos la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012*, dado el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación. En este sentido, además, añade el precepto, al determinar el parámetro general de conducta del administrador social, la exigencia de actuación en el mejor interés de la sociedad. El deber del administrador de actuar como un representante leal en el mejor interés de la sociedad -el interés social- implica la obligación del desempeño del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), p. 49.

Podemos decir que el deber de lealtad, al igual que otros principios, se rige por las notas características de determinados principios, tales como: (i) no rige sin excepción; (ii) no comporta la pretensión de exclusividad; (iii) el principio despliega su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación con otros principios; (iv) para su aplicación el principio requiere de concreción.

RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004, pp. 85 y siguientes.

El deber de lealtad, como vamos a tener oportunidad de analizar, es un deber amplio y complejo que va desde el interés de la sociedad, pasando por la situación del administrador de evitar situaciones de conflictos de interés respecto de la sociedad, no incurriendo en situaciones de propio beneficio personal, así como otras obligaciones.

VELOSO CARO, J., «El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 441-442.

Aun cuando se ha producido un endurecimiento de la configuración legal de los deberes de los administradores de sociedades de capital, y, más concretamente, del deber de lealtad, lo cierto es que encontramos escasa litigiosidad en el marco general del citado deber.

En el asunto que nos ocupa, y en el marco de las situaciones de preinsolvencia, hay que reconocer que la infracción del deber de lealtad puede acarrear dificultades de cobro para los acreedores de la sociedad. En este sentido, la responsabilidad concursal del administrador debe reunir carácter indemnizatorio, toda vez que más allá del interés social, también hemos de tener presente los intereses de los acreedores. En todo caso, no hay que olvidar que la concreción de la responsabilidad concursal del directivo, como consecuencia de la desprotección de los intereses de los acreedores, tiene que venir perfectamente concretada; todo ello porque será el juez del concurso quien deba determinar que la participación del directivo debe provocar la insatisfacción total o parcial de los créditos, además de las otras causas que puedan haber motivado la situación de insolvencia de la sociedad. Por tanto, el interés de la sociedad debe aglutinar, más allá de los intereses de los socios, el interés de acreedores, a fin de eludir, en el marco del cumplimiento del deber de lealtad de todo directivo, concurrencia de motivos de culpabilidad, en sede societaria y en sede concursal.

Nos encontramos con un interesante debate jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal acerca del carácter resarcitorio o sancionador de la responsabilidad concursal de los administradores. En nuestra opinión, tal y como se configura en nuestro ordenamiento, más allá de la culpabilidad necesaria para determinar la responsabilidad del administrador, el objetivo es la fijación de una cuantía económica, en aras de la fijación de una indemnización para la cobertura del déficit concursal.

Sobre esta cuestión, véase, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011, de 21 de mayo de 2012, de 14 de noviembre de 2012 y de 20 de diciembre de 2012.

2.1. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad

En el diseño de la Ley de Sociedades de Capital, en concreto, en su artículo 228, se recogen lo que se denominan obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. En la medida en que el régimen del deber de lealtad es imperativo, no resultan válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, lo que si se prevé expresamente es la dispensa en casos singulares autorizados, y bajo

determinadas circunstancias, de algunas de estas prohibiciones. En concreto, se prevén dispensables algunas -no todas- de las obligaciones impuestas al administrador para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (artículos 228 e) y 229.1, salvo el artículo 229.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital). No pueden considerarse dispensables, por el contrario, la mayoría de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (artículos 228 a), b), c) y d) de la Ley de Sociedades de Capital).

Esa es la interpretación que se deriva de la literalidad legal que, tras contemplar las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, con especial atención al deber de evitar situaciones de conflictos de interés, dispone la naturaleza imperativa de este régimen, no admitiendo disposiciones estatutarias limitativas o contrarias (artículo 230.1 LSC), pero admite posibles dispensas en casos singulares autorizados respecto a los supuestos previstos en el artículo 229, referido al deber de evitar situaciones de conflicto de interés. El precepto legal no extiende esta posible dispensa respecto a las obligaciones establecidas en el artículo 228 (excepción hecha de la contenida en la letra e) del artículo 228 -el deber de evitar situaciones de conflicto de interés- que es precisamente desarrollada en el artículo 229, al que si, con carácter general -que no absoluto- se extiende el régimen de dispensa singular autorizada).

En el ámbito de lo que la Ley de Sociedades de Capital denomina obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en particular, éste obliga al directivo a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. Las facultades derivadas de las competencias de gestión y representación que corresponden a los directivos de las sociedades de capital, han de ser ejercidas para desarrollar las actividades precisas para la consecución del objeto y fin social, de manera que, en particular, los directivos no pueden ejercer sus facultades para la consecución de intereses particulares o de terceros. En todos los casos de utilización de las facultades para fines distintos hay una infracción del deber de lealtad, ya que el directivo deja de actuar como un representante leal en defensa del interés social.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), p. 51.

También se exige al directivo guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. La dicción legal incluye informaciones, datos, informes o antecedentes, aunque es lógico entender

que el deber de secreto recaiga sobre aquellos de carácter confidencial a los que se ha tenido acceso en el desempeño del cargo. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011* determina que para que exista deber de confidencialidad es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) *Que la información de cualquiera que sea su naturaleza -datos, informes o antecedentes- sea confidencial.* 2) *Que el conocimiento de la información se haya adquirido "como consecuencia del ejercicio" del cargo, aunque no necesariamente "en el ejercicio" del mismo.* 3) *Que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo para el interés social.* Y añade que para que se vulnere el referido deber de confidencialidad es preciso: 1) *Que la información se comuniquen o divulgue a terceros.* 2) *Que quien recibe la información no tenga derecho a ser informado.*

Véase también la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993*, que señala que las conductas que comportan una violación del deber de secreto por parte de los sujetos obligados son dos: la comunicación de la información confidencial a terceros, y la divulgación de la información confidencial.

La obligación de guardar secreto, incluso tras el cese del directivo en el cargo, se excepciona en aquellos casos en que la ley lo permita o requiera. Así, las excepciones afectan a aquellos supuestos en los que legalmente se permita su comunicación o divulgación a terceros y en los que se imponga la remisión de dicha información a la autoridad judicial o de supervisión.

En todo caso, la configuración legal actual del deber de diligencia de los directivos, en virtud del cual se establece el derecho-deber de informarse en el ejercicio de sus funciones puede motivar que, en ocasiones, el acceso a información sensible de la sociedad y, posteriormente, un mal uso de la misma, ocasione un perjuicio para el interés social de la entidad.

Además, el directivo debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluyen de esta obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de directivo, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de dirección u otros de análogo significado.

La previsión recoge el deber de abstención inherente a la condición de directivo -que se extiende a las personas vinculadas - y que se encuentra relacionado con el artículo 190.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, que prohíbe al socio -simultáneamente directivo- el ejercicio del derecho del voto correspondiente a sus acciones o

participaciones, cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, conforme al régimen establecido de imperatividad y dispensa.

El deber de abstención abarca tanto los conflictos de intereses directos como indirectos, aunque se excluye cuando el conflicto afecta al directivo en su condición de tal, como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración, como miembro de una comisión del consejo o su destitución como consejero delegado, u otros de análogo significado. En este sentido, a nuestro parecer, y como ya ha mantenido parte de nuestra doctrina, esta abstención debería ir más allá, y hacer que el directivo no obtuviera información alguna sobre la deliberación y voto de la cuestión que le afecte.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016 establece que el precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. en la redacción actual de la ley, también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La abstención del consejero en conflicto de intereses», en TOBÍO RIVAS, A. M., FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. y TATO PLAZA, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 306.

Igualmente, se impone al directivo el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, se establece que ha de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Lo relevante de este deber es que lo que se exige al directivo en cumplimiento de su deber de lealtad es adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. Este deber, aunque se contempla como obligación básica derivada del deber de lealtad en la letra e) del artículo 228, se desarrolla específicamente en el artículo 229.1, que contempla actuaciones en particular que el directivo debe abstenerse de realizar. Éstas son las obligaciones -salvo la prevista en la letra b) del artículo 229.1- que pueden dispensarse en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias. En efecto, la sociedad podrá dispensar algunas de estas prohibiciones en casos singulares autorizando la realización por parte de un directivo o una persona vinculada (en puridad, la autorización debe ir referida al directivo, ya que es él quien tiene el deber de lealtad).

2.2. *El deber de evitar situaciones de conflicto de interés*

La lista de conflicto de intereses entre la sociedad y los administradores es de carácter abierto, de forma que únicamente suponen una enumeración ejemplificativa de posibles conductas en las que el directivo infringiría el deber de lealtad. En todo caso, vamos a realizar un análisis pormenorizado de todas estas cuestiones.

EMBID IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter», en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1435.

En particular, las actuaciones que el directivo debe abstenerse de realizar, como concreción de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, son, en primer lugar, abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. La prohibición impide al directivo realizar transacciones con la sociedad - término deliberadamente amplio- por el conflicto que ello suscita entre el interés de la sociedad y el interés del directivo, salvo que se trate de operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia.

Respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley de Sociedades de Capital contiene otras prohibiciones específicas de autocontratación. Así sucede en relación con la concesión por la propia sociedad de asistencia financiera a sus administradores -artículo 162.1- y respecto al establecimiento o modificación de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y sus administradores -artículo 220-. En ambos casos, para su realización, deberá otorgarse autorización por la junta general.

BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 251, donde la autora muy acertadamente defiende al respecto:

Se trata de una manifestación de autocontratación y por eso lo que caracteriza a estas ventajas es que el administrador, al realizarlas, emite una declaración de voluntad por cuenta de la sociedad y otra por cuenta propia. La situación de conflicto de intereses en la que se encuentra el administrador que autocontrata tenderá a hacer prevalecer el interés propio sobre el interés de la sociedad por cuya cuenta contrata.

La autorización para su dispensa en casos singulares deberá ser necesariamente acordada por la junta general si afecta a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del directivo dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), pp. 53-54.

En segundo lugar, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al directivo a abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de cómo tal para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad y oportunidades de negocio*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1996, p. 23; QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 960.

Así, los actos de explotación de la condición de directivo o de cualquiera de los elementos a los que la misma da acceso, realizados por el mismo con fines privados deben considerarse prohibidos cuando son utilizados por el directivo para la satisfacción de un interés distinto al interés de la sociedad.

En tercer lugar, también debe el directivo abstenerse de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. La autorización para su dispensa en casos singulares podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del directivo dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En cuarto lugar, el directivo tiene vedado aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, se entiende, en beneficio personal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012 señala que (...) el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad - en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación - determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe (...). Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido (...). Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad.

Esta previsión es consecuencia directa de la inclusión de los principios de gobierno corporativo en nuestro ordenamiento. Como en el supuesto anterior, la autorización para su dispensa en casos singulares podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden

respecto del directivo dispensado y, además, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

En quinto lugar, el directivo está obligado a abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. En este sentido, supone un conflicto de interés pues el administrador puede atender preferentemente a las personas de las que obtenga un incentivo retributivo, más allá de los propios intereses o de personas vinculadas. En este caso, la autorización para su dispensa en casos singulares deberá ser necesariamente acordada por la junta general.

LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1995, p. 117.

Por último, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador, a abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. La previsión contempla dos supuestos distintos. De un lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad. De otro lado, desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

No se requiere coincidencia plena entre la actividad realizada por la sociedad y la desarrollada por el administrador. Así se pronuncia, de forma acertada, BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 262.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 1988 consideró acertada para una sociedad anónima la norma estatutaria en virtud de la cual se prohibía a los socios, mientras ostentaran dicha condición, la dedicación a las mismas actividades que constituían el objeto social.

Esta obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en casos singulares, en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. A instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del directivo que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Sobre la cuestión de la dispensa en esta situación de conflicto de interés, véase la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008*, que fija como doctrina lo siguiente: *la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 SRRL, se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses.*

En la actualidad, como se puede apreciar del precepto, no sólo contempla la opción del desarrollo de una sociedad por parte del administrador, sino que es posible que realice las mismas actividades por cuenta ajena.

III. La responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia.

El análisis de la responsabilidad de los directivos en situaciones de proximidad a la insolvencia debe partir de la previsión que, al respecto, se hace en el artículo 19 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En este sentido, en las situaciones de insolvencia inminente, en su consideración dentro de nuestra normativa concursal, los administradores sociales deben tomar debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

En este contexto, véase el Considerando 70 de la misma norma, en virtud del cual se establece lo siguiente: *es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva.*

En nuestro ordenamiento concursal, a la hora de abordar la responsabilidad de los directivos, sólo contamos con la responsabilidad de estos representantes tras la finalización del concurso, esto es, la responsabilidad concursal o condena a la cobertura

del déficit concursal derivada de la calificación culpable del concurso. Para ello, partimos de la determinación normativa del concurso culpable, a tenor del artículo 442 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en virtud del cual *el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.*

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

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

Así se prevé, en concreto, a la hora de determinar la condena a la cobertura del déficit, en atención del artículo 456 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, de forma que, encontrándonos con varios sujetos condenados, *la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.*

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

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

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

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

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

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

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

En el contexto que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal Supremo 915/2019, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de junio, resuelve un recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, con el objetivo de determinar si para acordar la derivación de responsabilidad solidaria del directivo de una sociedad de capital, resulta necesario no sólo constatar una situación fáctica que habla a favor de la insolvencia de la sociedad y verificar que dicho administrador no ha cumplido los deberes legales a que se refiere el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital, sino también y, además, justificar la efectiva existencia de una causa legal de disolución de la sociedad. La Sentencia, al tenor del precepto, extrae dos valiosísimas conclusiones: 1. Ninguna mención se hace a la situación de insolvencia, sino a las causas de disolución de las sociedades de capital. Para ello, hay que enlazar nuestro derecho de sociedades con el derecho de la insolvencia; en este sentido, el artículo 2.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal distingue entre la insolvencia actual o inminente y, a partir de ahí, el deudor, en su deber de declarar el concurso, deberá

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

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

Por último, la crisis sanitaria del COVID-19 previó en nuestra práctica societaria y concursal una serie de medidas de carácter transitorio y temporal que pueden traer consecuencias para los directivos de sociedades de capital. En este sentido, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, estableció que hasta el 30 de junio de 2022 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Y, además, en lo concerniente a los ejercicios económicos de 2020 y de 2021, no se tendrán en cuenta las pérdidas en relación a la causa de disolución del artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital.

En la redacción original, respecto del ejercicio económico de 2021, se planteaba lo siguiente: Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.

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

En este sentido, no hay que olvidar que la responsabilidad del directivo surge respecto de las obligaciones sociales surgidas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución. Causa legal de disolución que queda inoperante durante estos ejercicios económicos pero que, sin duda, podría devenir con posterioridad. Y es aquí donde puede devenir el incumplimiento de los deberes de los directivos de cualesquiera sociedades de capital.

Está claro que el administrador no va a incurrir en la presunción de culpabilidad del artículo 444.1º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, por haber incumplido el deber de solicitar el concurso, pero no se ha determinado que finalmente el concurso pueda ser calificado como culpable. Todo ello en cuanto a la eterna duda si las obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución se refieren al nacimiento o a su devengo.

ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58 (2020), 13 pp., donde se analizan estas dos importantes sentencias en función de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales a tenor de contratos de tracto sucesivo y concurrencia de la causa legal de disolución. Tal y como se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, aunque el contrato se celebre con anterioridad a la causa legal de disolución, la obligación de pago, estipulada en el propio contrato, puede generar responsabilidad, tanto por el incumplimiento, así como por los intereses de demora.

Podemos concluir, por tanto, que esta norma transitoria y temporal podrá generar, sin duda alguna, responsabilidad de los directivos a tenor del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, antesala, en gran medida, de situaciones de preinsolvencia o insolvencia de las entidades a las que representan.

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

IV. Conclusiones.

Los directivos societarios deben buscar y velar, en todo momento, el mejor interés de la sociedad. Éste es el paradigma claro que se encuentra en nuestro Derecho de sociedades en el desarrollo actual de los deberes de diligencia y de lealtad de los directivos de sociedades de capital. Como hemos tenido oportunidad de abordar, la reciente reforma, en este sentido, del contenido del deber de diligencia es todo un acierto en la cuestión que nos ocupa.

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

Es aquí donde el órgano de dirección puede eludir responsabilidad en el marco del derecho de sociedades, ya que, por el momento, no se ha llegado a la declaración del concurso, momento en el que se encontraría en situación de proximidad a la insolvencia. Será, por tanto, en este preciso momento en el que los directivos societarios, más allá

del interés social o de la empresa, deberá también hacer frente a los intereses de los acreedores, paradigma de su nueva responsabilidad en situaciones de proximidad a la insolvencia.

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

Al hilo de esto, y en el ámbito de la moratoria concursal, nos encontramos con las actuaciones que tienen que estar adoptando los directivos a fin de reducir e incluso eliminar su responsabilidad como consecuencia de esta medida. Sin duda, y por desgracia como está sucediendo, nos hemos encontrado *empresas zombies* que no hacen nada para evitar la insolvencia y, como consecuencia de ello, los directivos societarios no buscan revitalizar la situación económica de la sociedad a la que representan. Veremos, sin duda, en los próximos años, resoluciones jurisprudenciales dispares en este sentido.

V. Referencias bibliográficas

ALCOVER GARAU, G., «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58 (2020), 13 pp.

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

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

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

BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231», en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 241-280.

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

CAMPUZANO, A. B. y MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal», *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17 (2018), pp. 47-69.

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

EMBED IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C., «Artículo 127 ter», en ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBED IRUJO, J. M. y GORRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1427-1445.

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

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

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

GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La buena conducta de los administradores sociales en la preinsolvencia», *Diario La Ley*, 2021, 18 pp.

LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1995.

MOLINA HERNÁNDEZ, C., «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317 (2020), pp. 243-280.

- «Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo», *La Ley Mercantil*, núm. 39 (2017), 15 pp.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad y oportunidades de negocio*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 1996.

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

PULIDO BEGINES, J. L., «Información, (Artículo 529 *quinquies*)», en Prendes, P. Martínez-Echevarría, A. y Cabanas, R. (dirs.), *Tratado de Sociedades de Capital. Tomo II, Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital (Arts. 317 a final)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 1108-1121.

QUIJANO, J., «El funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas (reglas legales, recomendaciones y autorregulación)», en JUSTE, J. y ESPÍN, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando

Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 237-262.

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

QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 915-990.

RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2004.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La abstención del consejero en conflicto de intereses», en TOBÍO RIVAS, A. M., FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. y TATO PLAZA, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 293-307.

VELOSO CARO, J., «El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 427-466.