

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SAS

Deberes legales. Pérdidas, insolvencia y aseguramiento

Abel Veiga Copo



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Colección Textos de Jurisprudencia



UR

Responsabilidad de administradores SAS

Veiga Copo, Abel

Responsabilidad de administradores SAS. Deberes legales. Pérdidas, insolvencia y aseguramiento /
Abel Veiga Copo. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.
viii, 156 páginas.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-492-5 (Rústica)

ISBN: 978-958-738-493-2 (Digital)

Derecho Privado / Derecho comercial / Empresas – Legislación / Quiebra / Deudor y acreedor / Responsabilidad
civil / Concurso de acreedores // I. Título / II. Serie.

346.078

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Julio 15 de 2014

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Responsabilidad de administradores SAS

**Deberes legales.
Pérdidas, insolvencia y aseguramiento**

Abel Veiga Copo



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2014 Editorial Universidad del Rosario
© 2014 Universidad del Rosario, Facultad de
Jurisprudencia
© 2014 Abel Veiga Copo

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

LIBRO RESULTADO DE INVESTIGACIÓN

Fecha de evaluación: 29 de mayo de 2014

Fecha de aceptación: 05 de junio de 2014

Las opiniones de los autores no comprometen la responsabilidad de la Universidad.

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Primera edición: Bogotá D.C., septiembre de 2014

ISBN: 978-958-738-492-5 (Rústica)

ISBN: 978-958-738-493-2 (Digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Losada

Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG

Diagramación: Martha Echeverry

Impresión: Estratégikamente Ltda.

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Contenido

I. Introducción.....	1
II. Deberes fiduciarios de los administradores.....	7
III. La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales. Una visión desde el derecho societario español	35
3.1. El momento exacto de detección de las pérdidas y su magnitud	38
3.2. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales	45
IV. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos	53
4.1. Sujetos del seguro: sociedad tomadora, administrador asegurado y acumulación de posiciones subjetivas	65
4.2. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de administradores	72
V. Administradores e insolvencia.....	79
5.1. Hacia la subordinación del crédito del administrador. El camino de la subordinación de socios y administradores por créditos respecto de la sociedad insolvente	92
5.2. La subordinación convencional	106
5.3. La subordinación legal. Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural.....	116
5.4. Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica	121

El presente libro de investigación es resultado de las actividades del autor como investigador asociado de la Universidad Sergio Arboleda, en desarrollo del proyecto titulado “Escenarios de interpretación y aplicación de las instituciones jurídicas societarias introducidas por la Sociedad por Acciones Simplificada” que se realiza al interior de la Línea de Derecho Mercantil Internacional del Grupo de Investigación en Derecho Privado (Registro Colciencias COL0036339) de la misma Universidad.

I. Introducción

No dispensa la SAS una normativa propia y específica que regule el régimen de responsabilidad de los administradores. No precisa, no define, no delimita. Simplemente remite al régimen general. Así se entiende sin lugar a dudas el dictado del artículo 27 de la Ley 1258 cuando expresa, y directamente aduce, que las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores, contenidas en la Ley 222 de 1995, serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. Enigmática remisión “si los hubiere” que circunscribe sin duda al administrador de hecho. Figura ésta poliédrica y presente en la realidad práctica a quien administra de hecho y quien de hecho administra.¹ Ámbitos y significantes éstos que caben bajo la noción genérica de administrador de hecho.

Por un lado, administradores aparentes o notorios, por otro, administradores ocultos o paralelos, mas, ¿cómo se exige la responsabilidad civil en que éstos pueden incurrir y dañar tanto a la sociedad como a socios y a terceros? ¿Cómo se exige esa responsabilidad a quien permanece oculto pero imparte las instrucciones? Nada asevera sobre el cómo desempeñaran su cargo ni con qué diligencia los administradores de la sociedad, tampoco del deber de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad. Del mismo modo, nada se dice sobre los requisitos subjetivos de quiénes serán y cómo administradores, como tampoco del estatuto de los administradores. Adviértase además que el artículo 22 de la Ley 222 no define ni conceptúa el término de administrador, simplemente se constriñe a ofrecer y enumerar las personas que o bien tienen

¹ Nos recuerda REYES VILLAMIZAR, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, 3ª ed., Bogotá, 2013, p. 148, cómo la Ley 222 introdujo principios muy sólidos en materia de administradores. A pesar de su escasa aplicación práctica, en estatuto se definió el ámbito de aplicación de las normas pertinentes, por medio de una delimitación concreta de los funcionarios que se sujetan a la regulación. Se establecieron por vez primera los denominados “deberes fiduciarios de los administradores”, se crearon deberes específicos para quienes cumplen funciones de administración y se definieron los términos y las condiciones en que pueden cumplirse las acciones individuales y sociales de responsabilidad.

o bien revistan semejante cualidad.² No son pocas las legislaciones nacionales que silencian cualesquiera requisitos, cualidades, capacidades o conocimientos de cara a ser administrador de una sociedad. Lo que no precluye éstas. Pericias y conocimientos, diligencia y salvaguardia del interés social se entrecruzan permanentemente en el quehacer de la administración societaria.³ Y en ellos, la información y el deber de informarse, como el de actuar con diligencia, impregnan la actuación y la decisión de los administradores.

Qué es racional y qué es razonable en la actuación del administrador es un parámetro inexcusable y que ayudará sin duda tanto a medir como a coherenstar la actuación diligente o no del administrador. Y ello amén del criterio erróneo y controvertido que durante mucho tiempo se postuló desde la Superintendencia Sociedades sobre si las funciones de los administradores debían o no constar en los estatutos sociales de la sociedad, más allá de la opción legal de no pocos ordenamientos de prescribimos y parametrarlos en sede legal.

La normativa de la SAS huye en este ámbito, aunque también en otros muchos, de dogmatismo, también de unidades conceptuales y de sistematicidad.⁴ Tributaria de cada legislación, pero sobre todo, de cada configuración

² Bien señala REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, I, Bogotá, 2011, p. 565, cómo el punto de vista positivo determina los únicos funcionarios a quienes se les aplica el estatuto de los administradores; por exclusión implica, también, que quienes no están expresamente definidos como tales, escapan al estricto régimen de deberes y responsabilidades a que están sometidos aquellos.

³ Afirma GALLEGU, “Título VI La administración de la sociedad, artículo 212. Requisitos subjetivos”, *Comentario de la ley de sociedades de capital* [ROJO/BELTRÁN (Dir.).], Cizur Menor, 2011, pp. 1502 y ss., p. 1503, que constituye un requisito de acceso al cargo ostentar la capacitación profesional y los conocimientos previos, técnicos o de otra índole adecuados a la actividad que en concreto vaya a desarrollarse, así como la pericia y la experiencia que razonablemente puedan exigirse a una persona que lleve a cabo las mismas funciones en el seno de la sociedad.

⁴ A la hora de configurar legalmente el régimen de deberes de los administradores, a propósito de la nueva ley de sociedades de capital española, RIBAS, “Título VI La administración de la sociedad, artículo 225. Deberes de diligente administración”, *Comentario de la ley de sociedades de capital* [ROJO/BELTRÁN (Dir.).], Cizur Menor, 2011, pp. 1608 y ss., p. 1609, señala que el marco que permite ordenar los deberes de los administradores se construye mediante un régimen de círculos concéntricos presididos por el deber de buena fe que rige en todo el ordenamiento y, en particular, en el derecho privado. Bajo la categoría de la buena fe se encuentra el círculo más reducido del deber de diligencia que gobierna la posición jurídica del deudor en el ámbito de la contratación. PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital*, Valencia, 2014, p. 269, se plantea si es diligente el administrador que contrató con un tercero contraparte sin comprobar su situación financiera, como también si lo es el administrador que sabe que la sociedad está en crisis o al borde mismo de la insolvencia. Así, sentencias del Supremo español llegan a ser contradictorias. Véase la STS de 17 de julio de 2001, RJ 2001, 5433, que considera negligente al administrador que estando él mismo en dificultades financieras, y no es crisis, contrató con

estatutaria interna, está la exigencia o no de revestir o investirse de la condición de socio, para ser administrador de la propia sociedad. Socios que pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, o a los cuáles se les puede exigir un umbral de capital o una temporalidad mínima en su condición de socio como requisito de cara a ser administrador. Requisitos sin embargo que no prejuzgan ni capacidad ni preservación del interés societario, así como tampoco la diligencia debida y necesaria del ordenado y leal empresario. Estamos precisamente ante una noción –el interés social, el interés de la sociedad– cuyos perfiles y sus múltiples aristas no han permitido, hasta el momento, un concepto único, claro, concluso y categórico.

Sin duda, las regulaciones más modernas han optado sin ambages por un enfoque y modelo profesionalizador o profesionalizante de los administradores. Unos administradores que han de responder conductualmente en su comportamiento de un modo profesional, honesto, riguroso y leal.⁵ ¿Debe considerarse actuación negligente la actitud desplegada por el administrador que no comprueba el grado de insolvencia de la contraparte a la hora de realizar un negocio jurídico y que acaba generando pérdidas para la sociedad?, o ¿qué decir igualmente del administrador que consciente y conocedor de la insolvencia, realmente incapacidad absoluta de pago de la sociedad, contrata sin embargo con un tercero en nombre de la sociedad?, ¿está cumpliendo sus deberes fiduciarios y legales?, ¿qué consecuencias depara semejante actuar?, mas ¿es diligente el administrador que no paga las deudas de la sociedad cuando consciente de las dificultades de ésta no lo advierte a los potenciales acreedores?⁶

tercero: “... todos cuyos presupuestos se producen en este caso, habida cuenta de que, según se indica en la sentencia de instancia sobre la conducta de los Administradores, *las recurrentes no se opusieron a unos contratos, pese a la defectuosa situación económica de la compañía*” (énfasis añadido).

⁵ Como afirma REYES VILLAMIZAR, SAS, cit., p. 152, se trata de un patrón de conducta que trae consigo una evaluación informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.

⁶ Como botón de muestra véanse de cara a perimetrar un esbozo del concepto de diligencia, sentencias del Supremo español como la de 11 de junio de 2001, o la de 16 de febrero de 2004. Así, en la STS de 11-6-2001 (RJ 2001, 5673): “... En el supuesto de debate, concurren los presupuestos indicados, toda vez que don José Antonio F. C. no ha desempeñado su cargo con ‘la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal’ como dispone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, y ha coadyuvado a la adopción y ejecución del acto lesivo, *al encargar la realización de diversos servicios de transporte y ocasionar un perjuicio a la sociedad actora por su falta de abono, con la consiguiente conexión entre su conducta y el daño, de manera que cabe reprocharle su despreocupación al no realizar el pago* por parte de la sociedad por él regida, en tanto que es el único Administrador de la misma y actuó en este caso

Cuándo entendemos que se produce una lesión a los intereses de la sociedad, y cuando toda lesión no atenta contra aquella, es un ámbito no exento de dificultades pero sí pródigo en teorizaciones y pronunciamientos jurisprudenciales. Lo cual implica saber a ciencia cierta qué es, cómo infiere, qué ataca esa lesión al interés, la lesión al interés social que, como dice la ya vieja sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de febrero de 1991, no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social; situación que, en segundo lugar, lleva o puede llevar aparejado de forma inmediata, el beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero. Corolario de lo mismo, irrumpe el nexo causal entre la lesión del interés social y el beneficio indicado. Tales presupuestos deben ser probados.

Y es esa exigencia de responsabilidad la que procederá, unas veces como responsabilidad por actos propios que persigue indemnizar el daño causado por el actuar ilícito de los administradores, ya sea a la sociedad o a los socios, ya a los terceros acreedores de aquélla, y que exige la prueba de los elementos típicos de toda acción de responsabilidad; esto es, además de la existencia de un daño patrimonial y de una conducta negligente, que, a diferencia de lo previsto en legislaciones societarias precedentes, no ha de ser necesariamente grave, sino que incluye también la culpa leve, desde el momento en que basta que los actos sean realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar

en su carácter de tal, es decir como órgano social y no como mero socio o como particular, por lo que ha generado la consiguiente responsabilidad” (énfasis añadido). Y en sentido exactamente contrario, el impago de facturas no es negligencia, como en la srs de 20-7-2001 (RJ2001, 6863): “...Y en cuanto a la negligencia del hoy recurrente, claro está que en un caso como el aquí examinado no basta con la pura y simple falta de pago parcial de las deudas sociales para acreditarla, porque si así fuera el administrador acabaría respondiendo siempre y en todo caso de las deudas sociales, incluso más allá de lo previsto en el art. 262.5 y la Disp. Transit. 3ª.3 LSA, y además esa responsabilidad sería retroactivamente exigible a todo administrador, siempre que no hubiera transcurrido el plazo del art. 949 ccom, aunque hubiera cumplido sus obligaciones legales y estatutarias y no se probara que hubiera faltado a la negligencia exigible según el art. 127 LSA. En suma, el solo hecho del impago de las deudas sociales no es por sí solo demostrativo de negligencia del administrador ni del nexo de causalidad directa exigido por el art. 135 LSA”. Podemos encontrar el criterio de que la falta de presentación de las cuentas anuales es negligencia y causa de daño, y por ello de condena, como sucede en la srs de 10-3-2003 (RJ 2003, 3755): “... La falta de presentación de cuentas anuales de la entidad en el Registro Mercantil respecto de las correspondientes al año 1993, en el cual se produce toda la actuación en el tráfico mercantil que origina el presente juicio; el daño –derivado del impago de la suma antes detallada por el incumplimiento del contrato, que ha sido reconocido por la propia sociedad codemandada–; y la relación directa entre aquélla y éste”.

el cargo; diligencia que no es otra que la de un ordenado empresario y de un representante leal, siendo preciso, igualmente, demostrar la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño causado.

De otra parte, a través de la exigencia, en su caso, de una responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad respecto de las deudas sociales, que no obedece a los mismos principios que la anterior, puesto que se trata de una responsabilidad por deuda ajena y no por actos propios, cuyo alcance no se identifica con el daño efectivamente causado sino con el importe de la prestación debida por la sociedad, que puede no ser coincidente con aquél, sin que, de otro lado, se exija la existencia de un nexo causal entre la acción del administrador y el impago del crédito al acreedor social.

Hablar de responsabilidad de los administradores implica partir de un presupuesto categórico, a saber, los deberes del administrador, los deberes fiduciarios, el desempeño de éstos. Y en este ámbito el análisis no se detiene, como tampoco lo hace la responsabilidad cuando estamos ante administradores de facto o de hecho. Un administrador que, como asevera la sentencia del Supremo español de 8 de febrero de 2008: “La característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino *la actuación en la condición de administrador* sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”.⁷

En el ámbito conceptual de administrador de hecho se eleva a elemento fundamental, una nota de habitualidad y permanencia del ejercicio efectivo de la función gestora, que no aparece taxativamente determinada en la ley pero que es implícita al término administrador. En este sentido, para ser considerado administrador de hecho es necesario que actúe habitual y continuadamente como tal. No puede bastar para ello una simple decisión ocasional por importante que ésta haya sido para el devenir social.

Noción esta novedosa en el derecho colombiano pero que no reguló la Ley 222 y sí introduce el artículo 27 de la SAS.⁸ Un desempeño profesional y

⁷ Énfasis añadido. Advierte LATORRE CHINER, “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, RDM, 2004, n° 253, p. 868, que solo puede venir dado por una verdadera participación en la administración, por un ejercicio real, positivo y efectivo de la gestión. Para la autora, la condición de administrador de hecho pasa porque se produzca una verdadera actividad de gestión reiterada o de cierta permanencia.

⁸ Señala REYES VILLAMIZAR, SAS, cit., p. 169, que en el artículo 27 SAS se reguló de modo explícito esta figura, mediante una consagración general que le otorga al juez societario suficiente discrecionalidad

objetivo. Estamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa, no objetiva ni tampoco cuasiobjetiva, y estamos además en el marco de una responsabilidad legal o preceptiva que no puede modularse ni atemperarse a través de los estatutos sociales.⁹ Una responsabilidad que es dable y por tanto exigible a cualquier tipo de sociedad mercantil de capital, respetando eso sí las peculiaridades intrínsecas y propias de cada tipo social. Una responsabilidad resarcitoria o indemnitaria que ha de diferenciarse nítidamente de la responsabilidad por deudas.

Conviene no identificar bajo concepto ni criterio alguno la responsabilidad por daños de la responsabilidad por deudas. En ésta, la sociedad se ve afectada por la inacción o actuación no diligente del administrador que ante las pérdidas no redujo capital, no disolvió ésta, o no instó el concurso de acreedores o procedimiento de insolvencia. Así, la responsabilidad por deudas, como *infra* veremos, no busca una indemnización *per se*. Al contrario, trata de extender e imputar esa deuda, ese perjuicio patrimonial a quienes teniendo culpa o responsabilidad en éstas, las causaron: los administradores. Por lo que se imputan al patrimonio propio y personal de los administradores, si se prueba que infringieron o incumplieron obligaciones y deberes de actuación. Una responsabilidad que cobra una doble dimensión, a saber, si ésta se dirige por los estrictos cauces societarios, y por tanto, la respuesta es societaria, o por los cauces procedimentales de la insolvencia, que suele llevar o abocar a la sociedad a la disolución y liquidación no societaria, sino concursal.

para definir cuándo procede la calificación respectiva. Enfatiza ese carácter novedoso de esta institución en el derecho local. En la página 178 asevera que la introducción en el derecho colombiano responde a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de “no administradores”, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a esta, a los asociados y a terceros.

⁹ Si el ámbito fuere de una responsabilidad objetiva, como bien advierte FARRÁN FARRIOL, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Barcelona, 2004, p. 161, entenderíamos como sistema de responsabilidad objetiva el que atribuye a una persona la obligación de indemnizar a otra, con independencia de que haya intervenido o no culpa o negligencia en el obrar de la obligada a indemnizar... el responsable solo puede exonerarse de la responsabilidad por culpa de la propia víctima, acto de tercero o fuerza mayor.

II. Deberes fiduciarios de los administradores

No cabe duda de que el comportamiento, la conducta, el cumplimiento, o por contra el apartamiento de los deberes que un administrador debe seguir en el ejercicio de la gestión y representación de la sociedad marcarán el umbral mismo de su posible responsabilidad o no. Diligencia, negligencia y en algunos casos conductas dolosas, marcarán estos derroteros. Deberes ínsitos al propio contrato de administración y que basculan entre el deber de diligencia y el deber de fidelidad.¹⁰ Una diligencia que no prescribe sin embargo que no actúe el administrador con un claro marco de libertad, marco que impregnará su actuación, sin miedo a actuar, sin reticencia ni obstáculos, asumiendo riesgos, lo que no empece a que pueda ser averso al mismo.¹¹

Una diligencia que se parapeta en la *business judgment rule*, es decir, aquel ámbito en el que los jueces no revisarán las decisiones si existe un “*honest and informed risk taking*”. Una actuación que se basa en un administrador que se informa antes de adoptar una decisión. Que existe igualmente un presupuesto racional, que no necesariamente razonable de su decisión y, finalmente, en que no existe contrariedad legal ni tampoco estatutaria, así como tampoco interés particular o personal del propio administrador. Así las cosas, podrá

¹⁰ Así el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que vela por esa orientación de administración profesionalizante, encuadra sus funciones, las tres primeras como atinentes al deber de diligencia y las cinco siguientes como correspondientes al deber de lealtad. Solo así hemos de entender enunciaciones de actuación claras respecto del deber de fidelidad tales como la del apartado 1º): desarrollo adecuado del objeto social, 2º) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, 3º) velar por que se permita el cumplimiento de las funciones del revisor fiscal. Arguye REYES VILLAMIZAR, cit., p. 157, respecto del primer numeral, que el hecho de que la SAS pueda tener objeto social indeterminado, no afecta en absoluto la aplicación de este deber de conducta. Aun en la hipótesis de objeto amplio, es evidente que puede hacerse un escrutinio de la conducta de los administradores ante la inactividad en el desarrollo de la explotación económica propuesta. Este deber de conducta puede aplicarse en aquellos casos en que los administradores emplean a la SAS como un simple vehículo para la realización de actividades ilícitas, como en las denominadas sociedades de fachadas.

¹¹ La Ley 222 afirma en su artículo 23, inciso 1º que los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

haber o existir un daño, mas ¿se puede exigir responsabilidad alguna a quién actúe conforme a estos parámetros, o lo que es lo mismo, dentro de ellos? Mas el marco dista de ser pacífico y aceptado por todos. Es más, el actuar cumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, o como algunos ordenamientos profieren, dentro de la diligencia exigible, ha producido sobre todo en la práctica de nuestros tribunales y pronunciamientos jurisprudenciales el juego del péndulo. En efecto, no puede ocultarse que la acción-reacción se produce cuando se quiere extender a todos los supuestos la inversión de la carga de la prueba, para así obligar al administrador a demostrar que no ha sido negligente, en lugar de que sea el demandante quien deba probar la negligencia, el daño y el nexo causal entre ambos que fundamentan la acción de responsabilidad.

Abonado o allanado el camino, no es difícil para que las cortes o tribunales supremas se pronuncien, en ocasiones llevando la responsabilidad civil del administrador al terreno de la apreciación objetiva.¹² Lo que a su vez acaba generando un nuevo impulso-reacción pendular, encontrándonos sentencias como la del Supremo español de 20 de junio de 2005 donde el tribunal arguye: “... este impago no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente por las deudas sociales”.

La negligencia en este desempeño, las actitudes y comportamientos, decisiones y acciones que causen daño marcarán una responsabilidad donde no siempre criterios legales, doctrinales, pero sobre todo, jurisprudenciales han sido unívocos, armónicos y seguros.¹³ Un marco es claro: la buena fe. Un tronco común y medular de todo el derecho privado, del que cuelga un deber de diligencia y de fidelidad de los administradores, pero también de

¹² Así, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de España de 29-12-2000 (RJ 2001, 354), STS de 30-01-2001 (RJ 2001, 1863) y STS de 29-03-2004 (RJ 2004, 1611).

¹³ Señalaba ya en su momento ESTEBAN VELASCO, “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial, 1999, nº 24, p. 108, cómo el panorama era realmente desolador ante la ausencia de una mínima seguridad jurídica.

conducta colaborativa, de cuidado en la gestión de los negocios, informativa, leal y profesional.¹⁴

Un ordenado y leal empresario, comportamiento y prontuario de actuación *ad intra* y *ad extra* la sociedad que debe adecuarse al tipo jurídico-sociológico de la empresa, pero sobre todo a la preservación y promoción de los intereses de la empresa en el logro y desarrollo de su objeto social. Y es que, en suma, no debemos olvidar que toda responsabilidad tiene como origen el incumplimiento de una obligación, ya venga ésta establecida directamente por la ley, o se haya contraído voluntariamente mediante contrato, estatutos sociales, y entre las obligaciones establecidas por la ley está la de reparar el daño causado a tercero.¹⁵

La regulación no es otra que la que el Código de Comercio colombiano, que en su artículo 200 dispensa para el régimen general. Un artículo que a su vez sufrió una profunda revisión, afortunada, al menos si se tiene en cuenta su primigenia pero parca y sucinta regulación en 1995. En efecto, hasta ese momento, el régimen de responsabilidad que la norma pergeñó para los administradores se asentaba en lugares principales y comunes de la responsabilidad civil, tributarios sin duda de la dogmática genuinamente civil. Del mismo

¹⁴ Como bien afirma REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, cit., p. 588, el enfoque de la Ley 222 comprende un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así, las determinaciones que adopten los administradores deben cumplirse con una particular diligencia, que representa una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.

¹⁵ PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del administrador*, cit., pp. 27 y ss., analiza con claridad las diferencias entre la responsabilidad resarcitoria y la responsabilidad sancionadora. Elemento esencial de la responsabilidad resarcitoria, indemnizatoria o por daños es por lo tanto la producción de un daño, o conjunto de daños, a una o varias personas o a sus patrimonios, que ha de ser indemnizado o resarcido, aunque no se trate estricta y solamente de un daño de carácter patrimonial. Pero sin daño, obviamente, no hay responsabilidad resarcitoria. Por el contrario, en la responsabilidad que llamamos sancionadora no se exige daño concreto. El fundamento de la responsabilidad, en estos casos, está en la realización de un acto indebido –cabe igualmente en la omisión de un acto debido– por estar proscrito por la norma este comportamiento concreto. Luego, el presupuesto de la responsabilidad sancionadora es el incumplimiento de una norma y su consecuencia es la sanción, no la indemnización, aun en el supuesto de no haber causado daño alguno a tercero. Lo dañado aquí es, en primer lugar, el ordenamiento jurídico, el concepto de orden público, de donde se sigue una sanción o pena como corrección de los comportamientos desviados de la norma –no entraremos en consideraciones de orden penal, sino solo administrativo– que puede ser de carácter patrimonial –una multa– o de alcance estrictamente personal. En este caso el contenido de la responsabilidad no será la indemnización, sino el cumplimiento puntual de la sanción administrativa impuesta al infractor: se trata tan solo de corregir el comportamiento inadecuado, no de reparar un daño.

modo, la SAS no se ocupa ni preocupa de los deberes de los administradores. Sería la regulación de 1995 la que introduciría por vez primera los deberes fiduciarios de los administradores.¹⁶

Lealtad, fidelidad, diligencia, profesionalidad, atención, prudencia, vigilancia, secreto e información como basamento de una clave de bóveda principal, a saber, la buena fe. Buena fe objetiva, confianza, lealtad, pero también subjetiva, tanto en la relación de contenido de la obligación, como en su dimensión subjetiva, la de la lealtad, la reciprocidad y la probidad.¹⁷ Buena fe durante el transcurso de la relación jurídica, la que vincula al administrador con la sociedad y buena fe en el *ejercicio de sus funciones*.¹⁸ He aquí donde el control de la gestión societaria cobra toda su relevancia y protagonismo. No olvidemos sin embargo que la discrecionalidad, pero en suma, la propia autonomía de la posición del administrador en la sociedad debe y ha de convivir con la necesidad de tutela jurídica de la sociedad.¹⁹ Diligencia e información presiden el marco de actuación de todo administrador.²⁰ Buena fe de la que se

¹⁶ REYES VILLAMIZAR, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, 3ª ed., Bogotá, 2013, p. 148, afirma en este sentido que se crearon deberes específicos para quienes cumplen funciones de administración y se definieron los términos y condiciones en que pueden cumplirse las acciones individuales y sociales de responsabilidad. Regulación de diseño también reciente que a la postre hizo innecesario incluir una regulación nueva en la Ley 1258 de 2008.

¹⁷ Como bien nos recordaba REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil* [REGLERO CAMPOS (Coord.)], 2ª ed., Pamplona, 2003, p. 60, cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable.

¹⁸ Nos recuerda LAGO VILLARREAL, “La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas”, *Foro de Derecho Mercantil*, 2005, nº 7, p. 122, que es fundamental que los administradores actúen con los más altos estándares profesionales, que tomen riesgos y sean creativos pero que, al mismo tiempo, sean suficientemente prudentes y deliberen de manera correcta.

¹⁹ Así lo pone de manifiesto RIBAS FERRER, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid, 2010, pp. 347 y ss., quién nos recuerda además (p. 125) que el deber de lealtad surge como un recurso del ordenamiento dirigido a la protección del principal en caso de producirse conflictos de intereses en las relaciones de gestión. En este sentido, el deber de lealtad consiste en una obligación propia y esencial de las relaciones gestoras, que despierta sus efectos en los casos en que el gestor se sitúa en una posición de conflicto de intereses, estando obligado, en tal caso, a actuar en interés del principal y a abstenerse de realizar conductas interesadas.

²⁰ Como bien afirma PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital*, cit., p. 141, ambas, diligencia e información, constituyen el conjunto de deberes legales que podríamos denominar de gestión o de actuación interna en la sociedad, mientras que el deber de secreto junto a las prohibiciones establecidas conforman el desempeño correcto de la representación o actuación de la administración externa a la sociedad.

desgajan, dentro de los principios conductuales del deber de actuación, todos y cada uno de los deberes que han de observar y cumplir en el ejercicio de sus facultades y competencias los administradores societarios.

Lealtad que se desgaja y cobra autonomía respecto del deber de diligencia y que es especial al mismo tiempo respecto del resto de deberes. Un deber autónomo, propio y singular que vela por evitar y mitigar el conflicto de interés. Un deber que no se refleja en muchas normas societarias o no se hace nítidamente respecto de todo tipo societario, pero que parte de una premisa clara, a saber, no actuar interesadamente por parte de quién representa, gestiona y administra y hace cumplir la voluntad de la junta o asamblea, y, en segundo lugar, comunicar todo potencial conflicto que pueda surgir entre principal y agente, o lo que es lo mismo, entre el administrador y la sociedad.²¹

No cabe duda de que el desempeño diligente es el primer estadio o componente de la conducta que, en interés de la sociedad, es exigible a todos y cualesquiera administradores. No es desconocido en nuestro derecho la existencia a la vez que exigencia de una diligencia especial en el ejercicio de la actividad mercantil, habitualmente considerada como una actividad profesional y continuada en el tiempo. Profesionalidad y dedicación constituyen los epítomes de la diligencia del ordenado empresario,²² y lo verdaderamente esencial es determinar quién ha de ser el destinatario último de este deber de diligencia, o por mejor decir, del contenido del deber de diligencia. Habida cuenta de que el administrador se debe a la empresa que administra, que gestiona, primando en suma los intereses de ésta, el interés social, que no pueden supeditarse ni condicionarse a los intereses de terceros.

²¹ REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, cit., p. 591, afirma que el deber de lealtad implica, simplemente, la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte “los mejores intereses de la sociedad”.

²² PEREZ CARRILLO, “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *rds*, 2000, n° 14, pp. 275 y ss. Como bien lo afirma PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital*, cit., p. 142, la LSC reclama del administrador un comportamiento profesional, adecuado a la aplicación de la *lex artis* del gestor –aunque no la posesión y aplicación de conocimientos técnicos y específicos– sin incurrir, en términos generales, en dejación alguna en el ejercicio de sus funciones tanto de actuación directa como de actuación vigilante, y con especial atención a las normas que regulan genéricamente el ejercicio de la actividad mercantil. Las cosas han de hacerse con adecuación a la normalidad, no se exige brillantez especial pero tampoco se admite manifiesta incompetencia y menos aún desidia en el desempeño. Vid., igualmente, GROSS-BROWN, “Deberes de administradores en el derecho comparado: el deber de diligencia y el business judgement rule”, *rds*, 2011, n° 37, pp. 312 y ss.

Como bien se ha señalado, los deberes legales no componen ni afectan a la *lex artis* del administrador sino, en todo caso y de forma incompleta, a las exigencias éticas y a la responsabilidad social, ya que no en vano su enumeración e inclusión en la ley procede del campo ético y jurídico y no del estrictamente técnico profesional. Se corresponden más estos deberes con las reglas de actuación de la tecnoestructura para con su principal, con su actitud y honradez exigibles, que con la capacidad, aptitud y conocimientos precisos para el ejercicio profesional de las funciones de gestión.²³

El administrador subordina su interés a otro superior, el de la sociedad. Tiene legalmente prohibido actuar en contra del interés, en choque del interés de la sociedad. Un interés que predomina y marca los derroteros del comportamiento conductual y decisorio del administrador. Quien legalmente está constreñido a desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del interés social que las normas conciben como interés de la sociedad y que le vincula a respetar y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos sociales.

Y la *ratio* es clara. El administrador no puede obtener una ventaja, un beneficio propio que corresponde o debería corresponder en principio a la sociedad. Cuestión distinta es que la sociedad autorice, permita, descartada la inocuidad y el desequilibrio del conflicto, que el administrador actúe en interés propio y beneficio particular o personal. El agente, el gestor, el administrador en suma no puede prevalerse de su posición, de su conocimiento, de su información, de la planeación adquirida, pensada, implementada para y por la sociedad en beneficio propio, no pudiendo aprovecharse de oportunidades que no son suyas, sino de la sociedad y para la sociedad dentro del quehacer gestor diario. Todos los resultados, sobre todo los beneficios, corresponden dentro del marco de actuación de los deberes y competencias de los administradores a la sociedad. Exclusivamente a la sociedad, como corresponde igualmente tanto en el derecho civil como en el comercial, al mandatario y comisionista que actúa en nombre del mandante o comitente.²⁴

²³ Cfr. PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital*, cit., p. 140.

²⁴ De lo contrario, si el administrador pudiera obtener ventajas oportunistas de la gestión, el beneficio recibido resultaría ser una cesión no consentida de la riqueza del principal y, consiguientemente, se produciría un acto contrario a los fines del negocio. En ese sentido, RIBAS, "Artículo 226. Deber de lealtad", cit., p. 1622.

El administrador ha y debe informar a la sociedad, al resto de administradores sobre su situación de conflicto. Es el corolario lógico de la fidelidad hacia la sociedad y del respeto de las normas y deberes esenciales que corresponden a cualquier gestor de lo ajeno, de negocios ajenos. Informar sobre las situaciones que colisionan o de las que se espera un beneficio personal y propio. Informar sobre la perfección, ejecución y gestión de cualquier negocio, acto de contenido jurídico-económico. El administrador informa, recte, consulta a la sociedad ante un hecho, una decisión, un acto o actuación que potencialmente puede, de adoptarse y en beneficio propio y no de la sociedad, perjudicar a ésta. Evitar la colisión de intereses y la preeminencia del personal por sobre el colectivo de la sociedad definen los parámetros por los que transcurren en suma los ejes cardinales del deber de lealtad.

Legal y positivamente, el derecho de sociedades ha regulado y establecido por tanto la prohibición del aprovechamiento de oportunidades de negocio. Así, ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad, o ésta tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador. Conflicto de interés, pretensión patrimonial singular y oportunidad de negocio subyacen inequívocamente en el perímetro completo de lo que es el deber de lealtad del administrador para con la sociedad.²⁵

Como bien señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 18 de junio de 2012, lo que no está permitido a los *administradores* es aprovechar *oportunidades de negocio* de la empresa. Así, el artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital española nos dice que ningún *administrador* podrá realizar, en beneficio propio o de personas vinculadas, inversiones o

²⁵ RIBAS, "Título VI La administración de la sociedad, artículo 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio", *Comentario de la ley de sociedades de capital*, I [ROJO/BELTRÁN (Dir.)], Cizur Menor, 2011, pp. 1631 y ss., p. 1631, lo define como un tipo de situación de conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad, caracterizada por la realización de actos y negocios entre el administrador con terceros, usando para ello información obtenida en el ejercicio del cargo, con el fin de conseguir beneficios o ventajas que pertenecen a la sociedad. El conflicto de intereses se pone de manifiesto en la medida que el interesado utiliza información que sólo puede usar para desarrollar los fines sociales y no para su provecho propio. En este sentido, el administrador está sujeto a la prohibición de realizar oportunidades de negocio, mientras que la sociedad tiene un interés legítimo en su resultado.

cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que hayan tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubieran sido ofrecidas a la sociedad o ésta tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del *administrador*.

Es decir, la norma se refiere a *oportunidades de negocios* que se presentan a los *administradores* como consecuencia del desempeño de su cargo y que éstos pretendan aprovechar para obtener así un beneficio que, en principio, debería corresponder a la sociedad. En definitiva, a los *administradores* no les está permitido beneficiarse de una operación o de la ejecución de un *negocio* que corresponde a la sociedad y que puede ser realizada por ella. La razón es que, de actuar así los *administradores*, estarían infringiendo el deber de fiduciario de desempeñar su cargo buscando siempre el mayor beneficio para la sociedad. Todo administrador que realice o busque oportunidades propias de negocio queda supeditado y constreñido primero al cumplimiento del deber de lealtad para con la sociedad, y segundo, al régimen que las normas legales societarias establecen para el caso de conflicto.

Pero, ¿cuándo la oportunidad de negocio es de la sociedad y no del administrador cuando es precisamente éste el que las detecta, conoce y realiza? El límite no puede ser otro que el establecer como objeto de este conflicto únicamente aquellas operaciones y oportunidades de las cuales el administrador hubiere tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo que ostenta. Lo que a sensu contrario relativiza la prohibición y, por ende, el conflicto, si el administrador conoce, constituye o decide sobre ésta al margen total de la sociedad y sin interferencia en o sobre ella. Así, nada impide que paralelamente a la actividad y gestión de negocios ajenos, todo administrador pueda aprovechar oportunidades y negocios, pretensiones patrimoniales, sean sobre inversiones sean sobre cualquier otro tipo de operaciones sobre las que la sociedad es tercera y no tiene ni derecho ni expectativa alguna. Máxime si nada tienen que ver con el desarrollo del objeto social.

Marcar o no, trazar o no el interés legítimo de la sociedad en cualquier operación, sea de inversión, de transacción, de cambio, etc., marcará indefectiblemente el derrotero mismo del conflicto. No obra bien aquel administrador que es conocedor del interés de la sociedad o ejecutor de ese interés respecto de un determinado acto, proyecto, operación, inversión, etc., con lo que debe realizar los actos atinentes para lograr aquélla. No pueden chocar ni acoplar-

se intereses simultáneos de la sociedad y del administrador sobre un mismo bien, derecho o pretensión, máxime si la sociedad ya tiene ex ante un interés y una razón sobre éstos, lo que se reduce sin duda a un aprovechamiento que el administrador conoce como consecuencia directa de su condición de tal.

Igualmente, el administrador no puede aprovechar las oportunidades ínsitas a bienes de la sociedad. Cualesquiera que sean esos bienes, derechos, etc., el administrador *per se*, o por persona interpuesta y vinculada a él, no puede contratar con la sociedad. Antes bien, debe comunicar y notificar a la sociedad este extremo. Y ésta debe enjuiciar, examinar y valorar el potencial conflicto y pronunciarse, autorizando o rechazando la pretensión del administrador que, cuando comunica a la sociedad, tiene la intención de llevar a cabo. El conflicto surge sin duda cuando la oportunidad, la operación, el acto, el contrato, la inversión, es ofrecida a la sociedad o cuando la sociedad tuviere interés en ésta. De lo contrario, el administrador tiene expedito el camino. Si no hay interés en la sociedad, simplemente no hay conflicto ni el administrador transgrede sus deberes respecto de la sociedad.

Las normas prescriben reglas y pautas de actuación, por lo que condicionan y pautan la conducta exigible a los administradores de cara a mitigar y, en su caso, resolver, los conflictos de interés personal del propio administrador con la sociedad como para impedir que aquél se aproveche de ésta en su propio interés, soslayando el interés de la sociedad al que se debe.²⁶ El derecho de sociedades busca evitar que el administrador actúe, explote en beneficio propio, su posición en el seno de la sociedad. Sólo así se entiende que el administrador no pueda utilizar el nombre de la sociedad o la instrumentación de su cargo en sus relaciones patrimoniales personales (art. 227 LSC), para evitar tanto la vinculación del prestigio e imagen de la sociedad a la esfera de actuación privada y personal de quien la administra, como la utilización indebida del nombre y prestigio sociales en las transacciones personales.²⁷ Igualmente,

²⁶ Así, GALLEGO LARRUBIA, *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (presupuestos y ámbito de aplicación)*, Zaragoza, 2003, pp. 23 y ss.

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Pamplona, 2005, p. 180: esta norma pretende que el administrador no use o se ampare en el nombre de la sociedad o alegue su condición para sus propios negocios. En este mismo sentido, vid. LLEBOT MAJÓ, “Deberes y responsabilidad”, cit., p. 36: todos los actos de explotación de la posición de administrador realizados por los administradores con fines privados deben considerarse prohibidos cuando son empleados por el administrador para la satisfacción de un interés distinto al interés social y constituyen incumplimientos del deber de lealtad.

proscribe la realización personal de negocio al que se haya tenido acceso por consecuencia del desempeño de la administración (art. 228 LSC), ya sea ligada a los propios bienes sociales, o ya lo sea a ocasiones de negocio ofrecidas a la sociedad o que interesen a ésta.²⁸

Adviértase además que la sociedad puede tener un interés concreto y efectivo, o por el contrario, un interés más diluido y abstracto que no necesariamente aboca al conflicto, dado que puede decidir si lo adopta, ejecuta o no. Serán otros criterios, los de necesidad, capacidad, objeto social, financiación, conveniencia y oportunidad efectiva los que, a la postre, decidan o no la actuación y el conflicto en suma. Si la sociedad no aprovecha esa oportunidad, no actúa de buena fe si prohíbe que ésta la asuma el administrador si es inocua para ella. Así, la sociedad puede autorizar al administrador para que ejecute en nombre e interés propio la operación, el contrato, etc., al tiempo que debe razonar las causas por las que ésta no ejecuta o no interesa al negocio.

Es la sociedad como resultado de este deber de informar del administrador, deber anticipatorio, la que ha de valorar y juzgar si hay o no colisión de interés o daño directo a ella. Pues de no haberlo, nada obsta a que el administrador pueda adoptar, decidir y ejecutar ese acto, o pretensión patrimonial. Inequívocamente, la pretensión ha de ser patrimonial, pues difícilmente una ventaja o beneficio no patrimonial colisiona con los intereses de la sociedad. Es factible que la sociedad, incluso autorizando la actuación en beneficio propio del administrador, imparta no obstante ciertas condiciones o instrucciones. Por lo que directa e implícitamente está controlando el comportamiento del administrador en la realización de un negocio en interés propio y no social. Evitar y controlar el oportunismo del gestor sólo se alcanza desde la actuación ex ante. Sólo actúa de buena fe el administrador que, ante el potencial o eventual conflicto de interés lo comunica y lo anticipa a la sociedad.

Si ésta autoriza al gestor, presupone previamente que éste, diligente y de buena fe, ha informado y comunicado a la sociedad el alcance y contenido de la pretensión personal y particular para recabar de ésta la autorización pre-

Igualmente, URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* p. 979, quien sostiene que los administradores tienen vedado utilizar el nombre de la sociedad o su condición de administradores para la realización de operaciones por cuenta propia o a favor de personas a ellos vinculadas.

²⁸ SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores*, *op. cit.*, p. 181, cuando blasona como el deber de abstención del administrador, porque su actuación en tal hipótesis implica una falta de fidelidad al interés social.

ceptiva. No olvidemos que el administrador está vinculado, comprometido a gestionar los intereses de la sociedad o sociedades de las que eventualmente sea administrador, pero no los intereses y gestiones propias y singulares, con lo que de suyo amplía y se extralimita de los poderes conferidos. Rige en suma un implícito principio de prohibición no absoluto. Informa, comunica, la sociedad valora y, en su caso, autoriza o deniega. Todo administrador en situación de conflicto de intereses tiene el deber de comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudiera tener con el interés de la sociedad. Es evidente que el administrador afectado o concernido por éste se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiere.

¿Quid si esa información o el contenido de ésta es deficiente o incompleto, reticente o engañoso? Y esa autorización normalmente recae en el órgano de administración del que el administrador forma parte, salvo que expresamente y en los estatutos se hubiere establecido que el órgano dirimente de la controversia sería la asamblea o junta de socios.²⁹ Amén de que en ciertos supuestos, es la junta, la asamblea, la competente legalmente para resolver la controversia. Piénsese que el derecho de sociedades ha abrigado legalmente ciertos supuestos especiales de cese de administradores, tales como aquellos casos en los cuales los administradores o cualesquiera personas que, bajo cualquier forma, tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesaran en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general. Mas, ¿qué ocurre cuando hay otros administradores que han de decidir orgánicamente sobre el potencial conflicto y a su vez son personas interesadas? Ha de velarse en todo caso por la independencia tanto de actuación como de decisión de quienes deciden y dirimen la controversia, o la resolución nacerá viciada.

Como paralelamente la no injerencia e influencia mediata e inmediata del administrador que quiere aprovechar esa oportunidad, operación que, en todo caso, no puede resultar nunca onerosa para la sociedad, sino inocua. Así, la sentencia de la Audiencia de Valencia de 18 de mayo de 2009 dirime

²⁹ RIBAS, "Artículo 228", cit., p. 1634, señala que cuando la sociedad desestima la operación, la inversión, el rechazo de la operación, más que una causa objetiva de autorización, es una causa de supresión del conflicto que, en este supuesto, ya no necesitará ser autorizado. Advierte además que entre la desestimación de la operación y el origen de la oportunidad deberá mediar un plazo corto, puesto que de otra manera las circunstancias pueden haber modificado el interés de la sociedad en desarrollarla por su propia cuenta.

la controversia que se suscita entre sociedad y administrador por la adquisición de un inmueble por parte de éste, pese al previo interés mostrado por la sociedad, pero que ante la falta de liquidez y dificultades financieras no adquiere. El administrador, titular dominical de éste, lo ofrece al poco tiempo a la sociedad y a un precio superior al de adquisición. En primera instancia, el juzgado condenó al administrador por infracción de sus deberes fiduciarios, pero en apelación la sentencia de la Audiencia absuelve al administrador, sobre la base de que la sociedad tuvo la oportunidad y la desestimó, porque ni de hecho ni de derecho la iba a adquirir para sí. El Supremo confirma la posición de la Audiencia al ni siquiera admitir la casación de la sentencia.

Administradores que desempeñarán su cargo como representantes leales en defensa del interés social, que, a pesar de la abstracción y la indefinición del término, no es sino el interés de la sociedad, agregado último de los intereses de los socios en sentido holístico, cumpliendo los deberes impuestos por la legislación pero también los estatutos societarios. Los administradores han de servir al interés social, sin olvidar el hipotético interés específico de cada uno de sus acreedores, pero sin que esto suponga en modo alguno velar simultáneamente por los intereses concretos de éstos en igualdad con los intereses sociales. No estamos ante intereses miméticos sino contrapuestos y finalmente distintos.³⁰ Lealtad significa, en cierto sentido, supeditación,

³⁰ Algunas resoluciones del Tribunal Supremo mantienen claramente que la diligencia sólo se debe a la sociedad, y no al tercero; entre ellas la sts de 27-7-2007 (RJ2007, 4708) y la sts de 30-5-2008 (RJ2008, 4166), que dice expresamente: “en el presente caso se evidencia que *una actuación beneficiosa para la sociedad administrada, adecuada a la diligencia del ordenado empresario y del leal representante, puede resultar perjudicial para el tercero*, es por ello que el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, al enunciar que los administradores responderán de los actos que lesionen directamente los intereses de los terceros, precisa que lo es ‘*no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes*’ que tienen por finalidad regular la actuación del administrador en el ámbito societario no frente a terceros –el administrador debe ser leal a la sociedad–, a la que ha de administrar como ordenado empresario, no a los terceros con quienes ningún vínculo mantiene –; y 3) Para que los administradores deban responder no es suficiente que su actuación, correcta desde la perspectiva interna, devenga a la postre dañosa para terceros. Es necesario, además, la existencia de una singular relación causal requerida por la norma y reiteradamente exigida por la Jurisprudencia: que la relación entre el daño y la actuación de los administradores sea ‘directa’. *De aceptarse tal expansión de la responsabilidad, los administradores pasarían prácticamente a ser responsables –garantes– de todas las actuaciones de la sociedad que, por unas u otras razones, resultaran ilícitas por su disconformidad con el ordenamiento jurídico y produjeran un perjuicio para otras personas. Y no es esto lo que establece la Ley.* En la actuación de los administradores sociales del caso no concurre una conducta fraudulenta o negligente en el ejercicio de su cargo que se conecte causalmente en relación directa, como exige el art. 135 LSA, con el perjuicio sufrido por la entidad actora. *Este perjuicio se deriva de la actuación de la sociedad, sujeto de derecho*

subordinación. Así, el administrador o administradores deben subordinar sus propios intereses, personales o particulares, en detrimento de los intereses de la sociedad, por mucho que, en no pocos casos, los administradores no sólo interpreten y representen esos intereses, sino que los prescriban y ejecuten habida cuenta del papel real y no meramente teórico que representa la junta o asamblea de socios.

Lealtad implica evitar el conflicto entre intereses distintos y divergentes, por lo que al subordinar uno al otro, implica de suyo, atenuar, mitigar y, en definitiva, prohibición de actuación en conflicto de intereses. Conflictos que irradian, o pueden hacerlo, la ilicitud del deber de lealtad, si ponen en riesgo o amenazan los intereses de la sociedad. Conflictos que evocan una contraposición de intereses, de pretensiones, de visiones y de decisiones, toda vez que es el administrador quien “decide” dado el claudicante papel de las juntas y asambleas de socios, y ejecuta esas decisiones con márgenes angostos *a priori*, al menos en los textos legales, para iniciativas y decisiones propias que no estén amparadas por la asamblea. Ese es el riesgo, la lesión del interés de la sociedad. Mas, ¿es evitable ex ante ese conflicto?, ¿cómo deben establecerse los límites en la actuación subjetiva y objetiva del administrador leal?, ¿qué cauces se activan o deberían hacerlo para sortear éste?, ¿debe exigirse un especial cuidado y diligencia del administrador para que esta colisión no llegue a manifestarse? ¿Hasta dónde debe llegar esa diligencia del representante leal?³¹

El interés de la sociedad puede en algunos supuestos conciliarse con los de un administrador que “interesa” en sus propios negocios, pero nunca cuando son antagónicos estos intereses o son onerosos o resultan gravosos para la sociedad. Los intereses de un administrador pueden significar al mismo tiempo la conciencia volitiva y causal intencionada de provocar y arrojar un

con personalidad jurídica autónoma, que, ante la alternativa que se encontraba, optó por dar satisfacción económica a una empresa en detrimento de otra, y la actuación de los administradores, como órgano de la sociedad, precisada de personas físicas para su operatividad jurídica, no se individualiza respecto del ente social, sino que se integra plenamente en la organicidad de la sociedad, que no es susceptible de una valoración individual, con secuencia de responsabilidad, independiente de por quién actuaron como representantes necesarios”.

³¹ RIBAS, “Artículo 226. Deber de lealtad”, *Comentario de la ley de sociedades de capital*, cit., pp. 1620 y ss., p. 1621, dice que el deber de lealtad consiste en una figura autónoma del deber de diligencia o cuidado y especial respecto de los deberes de fidelidad, diligencia y buena fe. Del deber de cuidado le diferencia la singularidad del supuesto desleal, concentrado exclusivamente en el ámbito del conflicto de intereses entre principal y gestor, junto a su régimen y sanción.

daño sobre la propia sociedad. Y al contrario, resultar inocuos y neutros para la sociedad que, si desestima la oportunidad o autoriza el aprovechamiento de una oportunidad de negocio para el administrador, no sufre daño alguno. Ahora bien, el que la sociedad no sufra daño de ningún tipo no impide que el acto, la operación, el negocio celebrado por el administrador no sea *per se* un acto desleal hacia ésta y una transgresión de la buena fe. El conflicto surge cuando *in potentia* se genera una situación de riesgo para la sociedad, de colisión de intereses distintos y no prioritarios en lo que debe ser la actuación del administrador en la gestión de la sociedad. Si el resultado o ejecución de un negocio, de una operación, de un comportamiento conductual del administrador, aunque no comporte o signifique una lesión o un daño efectivo para la sociedad, tampoco impide la censura y el repudio de éste y la conducta del administrador.

Cuestión distinta es cómo se va a censurar ese comportamiento y actuación y cómo se sancionará y por parte de quién. La situación cambia de parámetro cuando ese conflicto, ese riesgo *in potentia* se convierte en un daño efectivo a la sociedad y donde además es exigible una responsabilidad del administrador que resarza y restablezca éste. El interés de la sociedad no puede claudicar ante el obrar de un administrador interesado si la actuación de éste genera un daño directo o indirecto a ésta. Al contrario. Cobra sin duda todo su protagonismo el análisis y la escrutación de la intencionalidad del administrador. Lo volitivo, lo consciente, el ánimo, máxime si éste es un *animus nocendi*, o previsible y posible, no lo evitó o no aminoró en todo caso sus consecuencias dañosas.

No hay conflicto cuando no hay lesión, o cuando manteniendo criterios o posturas conductuales diferentes o antagónicas de un administrador respecto de la voluntad de la sociedad, del resto del órgano de gestión y representación, sólo acaba aportando una ventaja o beneficio para la sociedad.³² No todo conflicto provoca o está en condiciones de producir una lesión de los intereses de la sociedad. Es más, ¿quid cuando el coste o la remoción de

³² RIBAS, "Título VI La administración de la sociedad, artículo 229 Situaciones de conflicto de intereses", cit., p. 1638, asevera que en casos aislados, como pueden ser las conductas orientadas a otorgar liberalidades puras a favor de la sociedad, o los casos de cumplimiento de una obligación del administrador a favor de la sociedad, se puede considerar que el conflicto de intereses no existe a los efectos de aplicación de la norma. Igualmente, aquellas conductas interesadas que no tengan relevancia económica para la sociedad quedan excluidas de las situaciones de conflicto.

éste es más oneroso que la propia lesión o daño? Piénsese además cuando no siempre impera en la intencionalidad del administrador la búsqueda del beneficio en sentido oneroso y sí una prestación gratuita o equivalente, un *do ut des*, o una mera liberalidad. Medir, mensurar la marginalidad de un interés no siempre es fácil ni factible.

Refiere la normativa española de sociedades de capital que los administradores tienen el deber, no obligación de comunicar a otros administradores, consejo o no, o de haber administrador único a la junta general, cualquier situación de conflicto, y califica a éstos tanto directos como indirectos, que pudieren tener con el interés de la sociedad (art. 229 Ley de Sociedades de Capital). Conflicto directo es el que tiene como eje subjetivo al administrador que quiere buscar una oportunidad, ventaja o vínculo en provecho propio respecto de la sociedad, y su interés y conflicto indirecto es cuando entre la sociedad y el administrador aparece un tercero, una persona que se relaciona con la sociedad pero también con el administrador más allá de su condición de tal.

Tercero vinculado al administrador, bien por un vínculo personal, bien por un vínculo profesional normalmente colaborativo. Tercero que puede ser persona interpuesta respecto de la sociedad y que oculta los verdaderos intereses del administrador, que trata de aparecer como no interesado pero por cuya cuenta actúa el tercero para enervar los deberes de lealtad y otros fiduciarios respecto de lo que es una conducta desleal y transgresora del administrador en su relación con la sociedad. El tercero puede ser y de hecho, normalmente es, un gestor de negocios ajenos, en este caso, del administrador interesado. Evidentemente, el epicentro de esta actuación es la prueba de connivencia e interés mutuo del tercero y del administrador. Algo que el propio ordenamiento reacciona tanto en sede concursal como en sede societaria a través de un *numerus clausus* de presunciones y supuestos de lo que entiende como personas vinculadas o especialmente relacionadas con el administrador, bien por vínculo personal y familiar, bien por vínculo orgánico o societario. Es el administrador que se esconde, que se oculta, que trata de simular a través de un interpuesto una posición que con el deber de lealtad no podría asumir directa y abiertamente. Actuaciones en nombre propio, por cuenta propia y por cuenta ajena en la gestión de negocios se entrecruzan y solapan intermitentemente con una finalidad clara: transgredir la buena fe contractual y el deber de lealtad de quién se haya compelido por éste. Actuaciones que se ciñen, de un lado, al ámbito estricto contractual, de la perfección e interés por negocios jurídicos,

y de otro lado, a las oportunidades de negocio. Cualesquiera actos y objetos contractuales respecto de la sociedad, sean relaciones de cambio, de prestación de servicios, de crédito, de garantía, de seguro, de gestión, en cualesquiera de sus estadios o *iter*-contractuales perfectivos o tratos preliminares, constantes y de ejecución, son, directa o indirectamente a través de interpuesto ordenados, desarrollados e implementados por el administrador ante la sociedad.

El administrador tiene interés en esos negocios jurídicos y tiene la influencia de su posición en la sociedad, ya sea individual y aisladamente, ya sea en relación con el resto de coadministradores. Y al mismo tiempo, prevaliéndose de su posición y conocimiento, así como capacidad de decisión, el administrador no negocia directamente con la sociedad, sino que al pactar, transar, negociar cualquier tipo de acuerdos o actos o negocios jurídicos con tercero ajeno a la sociedad, transgrede sus deberes conductuales de comportamiento, fiduciarios respecto de la sociedad, y al mismo tiempo enerva y conculca normas de defensa de la competencia y, sobre todo, de competencia desleal. No puede ignorarse que la actitud y la transparencia o no en torno a toda esta situación en potencia conflictual del administrador, marcarán el derrotero pero también la responsabilidad en su caso, del propio administrador. No es lo mismo una actitud deliberadamente obstativa, oculta, confusa, reticente, llena de omisiones que una actitud en la que el administrador comunica lo que entiende como conflicto, revela en suma la posición que como gestor tiene ante un problema, una acción, una decisión concreta y que puede vulnerar y violentar un deber fiduciario de buena fe como es el de lealtad.

Comunicar e informar lo que se entiende como conflicto, el porqué, el sustrato y su esencia, la naturaleza, las características del negocio, la oportunidad, la ventaja, los esperados beneficios, así como la no competencia o conculcación de otros deberes, nada tiene que ver con la actitud silente y obstructiva que se produce cuando la comunicación se niega o se oculta intencionadamente.³³ Tal y como asevera la normativa española, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Así las cosas, los administradores de-

³³ Como bien señala RIBAS, "Artículo 229", cit., p. 1641, la comunicación del conflicto consiste así en una condición necesaria para que la sociedad suspenda la prohibición de actuar interesadamente en un particular supuesto, una vez que ha analizado el riesgo de lesión de sus intereses. La valoración positiva de la operación o la fijación de las condiciones y límites que considere necesarios, sólo puede hacerse una vez que se ha producido una comunicación plena de todas las circunstancias relevantes del caso.

berán comunicar, además, la participación directa o indirecta que tanto ellos como las personas vinculadas tuvieren en el capital de una sociedad, con éste, análogo o complementario género de actividad al que constituye el objeto social, y comunicaran igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Como aseverábamos *supra*, las situaciones en las que se producen operaciones vinculadas cobran dimensión y protagonismo en este ámbito, en función de que terceros realizan negocios o actos jurídicos que si fueren realizados por un administrador societario, serían no sólo desleales *in potentia*, sino también contrarios al deber de lealtad. Para la legislación societaria, y en esto la mimesis está de acuerdo con la legislación concursal a la hora de clasificar los créditos de la masa pasiva, son personas vinculadas o especialmente relacionadas:

- a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.
- b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.
- d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores, de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

La intencionalidad conlleva la constatación de un riesgo real, a saber, la incompatibilidad entre los intereses, sean estos concretos, lo sean abstractos de la sociedad, y los del propio administrador. Y esa constatación nos permitirá medir, mensurabilidad de la imputabilidad del daño causado a la sociedad, sea conscientemente, dolo, lo sea a través de una actuación meramente negligente por el administrador que interesa para sí lo que es objeto de su gestión, que conoce a raíz de ésta y que tiene la oportunidad como consecuencia de ser orgánicamente administrador de una sociedad mercantil. Transgrede la lealtad, la fiducia y confianza en suma, respecto de la sociedad y se prevale de su posición.

Cualquier administrador, ocupe la posición que ocupe en el seno de la sociedad y, de haberlo, en el consejo de administración, entre los cuatro grandes supuestos o tipos de administración que el derecho conoce, haya sido nombrado como haya sido nombrado, ratificado en su caso o no –por ejemplo, en los supuestos de cooptación– y aceptado su cargo, puede verse ante una situación conflictual y, por tanto, de pretendida incompatibilidad en relación con la sociedad en la gestión diaria del objeto social de ésta. Idéntica situación es parangonable respecto de administradores de hecho, administradores ocultos, cesados a los que se les exige igualmente el cumplimiento de la lealtad, etc., así como en relación con quien ante las vicisitudes de la sociedad misma puede gestionar ésta incurso en un supuesto de disolución.

Adviértase además que las normas societarias no se prodigan en exigir especiales condiciones o aptitudes para ocupar o ser nombrado administrador de una sociedad comercial o mercantil, si bien en ocasiones se residencia en los estatutos sociales la posibilidad de exigir alguna cualificación, cualidad o meramente la condición de socio, o al menos una cierta antigüedad, lo que no cohonesto ni precluye con la actitud y diligencia que es preciso desempeñar *per se* el cargo. Una lealtad que parte de un presupuesto claro, a saber, mitigar, anular el conflicto de interés. El administrador obra, y obra bien y rectamente si actúa en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses concurrentes de los socios y actuando como un representante legal de la sociedad. Un interés societario que se debe anteponer al propio interés personal, no comprometiendo el nombre de la sociedad, no creando situaciones indeseables de conflictos de interés y preservando el secreto o reserva en lo atinente a la sociedad e interés de ésta. Sobre un prontuario claro y básico, la buena fe, la evitación de conflictos de interés propios y particulares respecto de

los de la propia sociedad, en suma, en el devenir mismo de la consecución del objeto social.

Rigor y profesionalidad en definitiva, en aras de una diligente gestión y decisión. La amplitud de competencias, pero también de facultades que las normas irrogan a los administradores, sólo se contrapone y contrapesa a la vez, a través de un particular régimen de responsabilidad que se aboca a la exigencia del resarcimiento por los daños patrimoniales que profieran por su actuar negligente o no correcto y que causen a la propia sociedad, a los socios o determinados socios o grupos de ellos, sindicados o no, así como a terceros. La incorrección en el desempeño de sus deberes y competencias, así como facultades, la irregularidad en la implementación de éstas, aboca de un lado a la exigencia de responsabilidad civil, con un claro carácter resarcitorio, pero de otro lado, a la exigencia igualmente de responsabilidades administrativas, fiscales, penales, etc.

Piénsese a título de ejemplo la infracción por parte de los propios administradores de ciertas normas que regulan el régimen de acciones o participaciones propias, la autocartera, o si la propia sociedad tiene sus acciones, sus valores, admitidos a negociación bursátil. En estos casos cobra protagonismo la responsabilidad administrativa y la sanción. Qué decir, además, cuando el campo de actuación roza e infiere en el delito societario o socioeconómico. Así las cosas, y por lo que ahora nos ataña, los presupuestos de la responsabilidad de los administradores, sean éstos de derecho, lo sean de hecho, cuestión que no ejemplifican ni numeran muchos ordenamientos jurídicos, surgen bien en relación por los daños causados sea a la sociedad, sea respecto de los socios o en relación con los acreedores sociales, por los actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales, bien como consecuencia de los daños que causen por los actos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.³⁴

³⁴ URÍA/MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho mercantil*, I, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 913, afirman que en ocasiones se ve una especie de responsabilidad profesional del administrador que entraría en juego en ausencia de culpa. Cabe entender que el simple hecho de incumplir una ley o los estatutos, implicará, de una forma u otra, un mayor o menor grado de negligencia. Para QUIJANO, "Título VI La administración de la sociedad, artículo 236. Presupuestos de responsabilidad", *Comentario de la ley de sociedades de capital* [ROJO/BELTRÁN(Dirs.)], Cizur Menor, 2011, pp. 1691 y ss., p. 1692, se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa, matizada por algunos elementos que agravan su exigibilidad, que toma de la doctrina general de la responsabilidad civil común los presupuestos materiales que la desencadenan, y del contexto societario en el que se inscriben las especialidades en materia de ejercicio de las acciones para exigirla, la acción social, si el perjuicio recae sobre el patrimonio de la sociedad; y la individual, si ha habido lesión directa del patrimonio personal de socios o terceros.

El administrador no pecha con las consecuencias de todo o cualquier daño. No asume una responsabilidad objetiva, tampoco cuasiobjetiva. Así las cosas, *a priori*, no responde como consecuencia del deterioro patrimonial o el mal resultado económico que la sociedad pueda experimentar *per se*. Cuestión distinta son las decisiones, los actos, los comportamientos que pudieran incidir directamente en ese resultado y que pudieron haberse evitado, reducido o mitigado. Todo administrado tanto *ad intra* como *ad extra* asume una obligación de medios, de administrar, de gestionar, pero no de resultado.³⁵ Una asunción que es asegurable, dado que estamos ante una responsabilidad asegurable. Una aseguración que tendrá como punto cardinal la concreta delimitación del riesgo asegurable, los límites del dolo en el actuar del administrador, y que puede contratar, cuenta propia, cuenta ajena, tanto el administrador *per se* como la propia sociedad.

Lealtad que atenúe el conflicto, pero lealtad entendida no como transgredir el interés de la sociedad, sino como seguir y preservar éste respecto del conflicto de intereses. Lealtad que no es sino un apéndice principal del deber de cuidado y diligencia.³⁶ Deber de lealtad que se deslinda y separa del de fidelidad, habida cuenta de la relación de especialidad de aquél sobre éste. Igualmente, especialidad sobre el deber de diligencia, dado que éste compone e integra la categoría genérica del deber de conducta exigible a todo el derecho contractual o de obligaciones. Buena fe, diligencia, fidelidad y lealtad componen lo que metafóricamente se ha denominado círculos concéntricos.³⁷

³⁵ QUIJANO, Artículo 236, cit., p. 1692, sostiene que esto no excluye que su responsabilidad esté configurada, por razones evidentes de equilibrio con el volumen de poder y el ámbito de competencia que ostentan, con más rigor que la responsabilidad subjetiva común, teniendo en cuenta tanto la pauta de diligencia profesional y los deberes que les son exigibles, como la forma solidaria en que respondan, con presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba exoneratoria.

³⁶ RIBAS, Art. 226, cit., Cizur Menor, 2011, pp. 1620 y ss., p. 1621, insiste en que el deber de lealtad consiste en una figura autónoma del deber de diligencia o cuidado y especial respecto de los deberes de fidelidad, diligencia y buena fe. Del deber de cuidado le diferencia la singularidad del supuesto desleal, concentrado exclusivamente en el ámbito del conflicto de intereses entre principal y gestor, junto a su régimen y sanción. Del deber de fidelidad le separa su relación de especialidad, en la medida en que el deber de lealtad, junto con el deber de diligencia o cuidado, son las dos especies que componen el género de los deberes de fidelidad aplicables a las relaciones de gestión.

³⁷ De esta manera, RIBAS, Artículo 226, cit., p. 1621, le ha calificado como círculo concéntrico amplio, donde se encuentra en el deber de buena fe, el resto de deberes por capas, dependiendo directamente el deber de diligencia. De mayor a menor grado: buena fe, diligencia, fidelidad y lealtad son conceptos dependientes por este orden e íntimamente relacionados por el mismo principio que los regula y preside.

Ese es el prontuario, en suma, en la gestión de los administradores, aderezado sin duda con toda una panoplia ingente, pero no receptiva, de códigos de buena conducta, donde lejos de anclarse en normas preceptivas, la mayoría de las legislaciones nacionales han optado por un mero carácter dispositivo. Y es la conculcación de estos deberes, la trasgresión de la buena fe, la que desemboca en un particular régimen de responsabilidad de los administradores que tiende a buscar objetivamente la reparación del daño patrimonial sufrido, sea por una actuación dolosa, sea por una actuación negligente de sus deberes, daño que puede irrogarse directamente a la sociedad, a los socios o, en su caso, a terceros.³⁸ Son los deberes de los administradores, y es su quebranto o transgresión, lo que a la postre se erige en fundamento de la responsabilidad de éstos, por lo que al mismo tiempo se convierten en el parámetro o pauta de comportamiento conductual y acción del administrador en el ejercicio y desempeño de su cargo como tal.³⁹

Una responsabilidad que dimana en torno de unos presupuestos claros, a saber, de un lado, por los actos que sean realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, y de otro lado, por los daños causados por actos u omisiones contrarios tanto a la ley como a los estatutos de la propia sociedad.⁴⁰ En suma, la lealtad, diligencia e información son requeridas exclusivamente para con la sociedad y los asuntos sociales o de interés para ésta, excluyendo cualquier otro interés parcial o particular. Adviértase eso sí una premisa básica y principal, a saber, la actuación del administrador implica adoptar decisiones, acciones y actuaciones, lo que no elimina el riesgo de la incertidumbre empresarial.

³⁸ Como bien recuerda URÍA/MENENDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho mercantil*, I, 2ª ed., Cizur Menor, 2006, p. 981, se trata de una responsabilidad de los administradores que, al tener un claro carácter indemnizatorio, podría calificarse de civil y que es distinta, por tanto, de la responsabilidad administrativa, fiscal o penal a que puede dar lugar su actuación al frente de la sociedad.

³⁹ Véase con mayor profundidad la aportación de FONT GALÁN, "El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales", *RDS*, 2005, nº 25, pp. 71 y ss., pp. 73 y ss.

⁴⁰ Para URÍA/MENENDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., p. 982, estamos ante un criterio de imputación; es decir, actos realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo, que deben conectarse con los deberes que la ley impone a los administradores y que se condensan en la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Por lo que cualquier incumplimiento, aunque sea meramente negligente, de este nivel de diligencia legalmente impuesto, generará la pertinente obligación de resarcimiento por los daños patrimoniales causados a la sociedad.

O lo que es lo mismo, la actuación del administrador no significa imponerle o imputarle una responsabilidad *per se* por los daños que puedan subvenir a la sociedad como consecuencia de la ejecución de decisiones previamente adoptadas. Al contrario, implicaría trasladar el riesgo de empresa a la persona que administra y gestiona, desde que acepta el cargo, y que en éste se encuentra ínsita la capacidad de decidir y hacerlo, sino la de determinadas decisiones que trasgrediendo y conculcando los deberes legales generan un daño.⁴¹ Así las cosas, el administrador debe anteponer el interés social a cualquier otro, con la excepción única del deber de secreto ante las autoridades, y ésta sólo en el marco legal de las obligaciones en superior interés. El corolario lógico no es otro que partir de un axioma claro: en efecto, lo que la ley tutela y realiza es el interés de la sociedad, único y exclusivo, siendo abocada la diligencia del administrador a la protección de dicho interés y ningún otro.⁴² El interés social se compone precisamente de la suma e interacción de todos los intereses presentes —partícipes, interesados, afectados y patrimonio social—, pero no con la preeminencia de un interés particular de un acreedor o un socio por sobre el interés común. El interés social se protege mediante la protección del interés conjunto, no a través de la protección de los intereses particulares. Una noción, sin embargo, compleja, mediatizada y convulsa, que no debe identificarse con el interés de los socios. Hay teorías que incluso han preconizado soluciones intermedias: maximización o creación de valor, que buscan el equilibrio entre el interés de los gestores o administradores y el interés de los socios.⁴³

⁴¹ En parecidos términos, LLEBOT MAJÓ, “Deberes y responsabilidad de los administradores”, *La responsabilidad de los administradores* [ROJO/BELTRÁN (Dirs.)], Valencia, 2005, pp. 28 y ss.

⁴² No le falta razón a FONT GALÁN, “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *rds* n° 25, 2005, pp. 71 y ss., p. 89, quién tras analizar el deber de fidelidad, dice que el interés social es *el bien jurídico protegido por éste y por todos los demás deberes*. Lo cual lleva a considerar que la fidelidad al interés social viene a ser una razón ética que se impone como valor normativo estructurante de cada uno de los deberes en particular y del sistema jurídico que los vertebraba.

⁴³ PRADES CUTILLAS, cit., p. 132, sostiene que finalmente se llegará a una solución de compromiso, en la que el interés social será la “creación de valor”. De esta manera, se concilian el interés de propietarios y gestor. El de los primeros, beneficiarios últimos del rendimiento económico de la sociedad, se satisface de forma directa y a corto plazo, a través de la remuneración por la vía del dividendo, o indirecta y a medio plazo, por intermedio del aumento de valor de cotización en el mercado, en las sociedades abiertas, y en las cerradas por el incremento de su valor teórico como consecuencia de la constitución de reservas. El interés del gestor, por cuanto su prestigio y su remuneración, tanto presentes como futuros, dependerán de la apreciación de la empresa como resultado de su gestión, que a su vez estará en relación con el fortalecimiento de la estructura económica de la sociedad. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El interés

Como es sabido, la nota diferenciadora de las sociedades de capital está en la ausencia de responsabilidad de los socios o propietarios del capital por las deudas sociales. Y en esto la SAS no es la excepción. Prácticamente en todo caso, aunque hay excepciones, la responsabilidad por las deudas que no resulten cubiertas con el patrimonio social se traslada de los propietarios a los administradores. Pero, ¿quid con aquellos hechos, decisiones, actos que dañan a la propia sociedad, a los socios o a los terceros cuando la falta de diligencia, la probidad, la buena fe, la ausencia de lealtad y el conflicto de interés son los protagonistas?, ¿cuándo y quién está legitimado para una acción social de responsabilidad o una, en su caso, individual? Así, la responsabilidad abre dos frentes por dos cauces diferentes: de un lado, la responsabilidad ordinaria o de gestión-administración, y de otro lado, la responsabilidad conocida como extraordinaria, formal u objetiva, derivada del incumplimiento de la obligación formal de disolver la sociedad en determinadas circunstancias, entre ellas la existencia de pérdidas, pero donde la línea roja o fronteriza con una situación concursal enrevesa aún más un complejo y delicado *puzzle*.⁴⁴ Así las cosas, toda responsabilidad nace del incumplimiento de una obligación, ya venga ésta establecida directamente por la ley, o se haya contraído voluntariamente mediante contrato, estatutos, etc., y entre las obligaciones establecidas por la ley está la de reparar el daño causado a tercero.⁴⁵

Responsabilidades que en los últimos tiempos y a la hora de apreciar el nexo causal, han llevado a una vacilante jurisprudencia a revertir la inversión

social y los varios intereses presentes en la sociedad cotizada”, *RDM*, 2002, nº 246, octubre-diciembre, p. 1653 y ss., por su parte, aduce cómo mientras en el primero interés social es sinónimo de interés de los socios, en el segundo éste se contraponen al de los gestores para determinar el interés social mediante el equilibrio entre ambos.

⁴⁴ En su estudio de más de cuatrocientas sentencias del Tribunal Supremo de España sobre responsabilidad civil de los administradores, el profesor PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del gestor en las sociedades de capital*, cit., p. 19, señala que el conjunto de los datos obtenidos demostrará cómo la norma que criticamos, el actual artículo 367 de la LSC, está presente y justifica legalmente más del 70% de los pronunciamientos condenatorios de los administradores sociales al pago de las deudas de la sociedad. Es pues indudable su influencia en el marco de la actividad empresarial, al condicionar la actitud del administrador en las situaciones de crisis económica de la organización, en la única dirección adaptativa que la norma permite: el cese de la actividad, y con éste la constante y acelerada destrucción de empleo.

⁴⁵ REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Pamplona, 2003, p. 60, donde asevera que cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable.

de la carga de la prueba, llegando en algunos pronunciamientos a establecerse una suerte de obligar al administrador a demostrar que no ha sido negligente, en lugar de que sea el demandante quien deba probar la negligencia, el daño y el nexo causal entre ambos que fundamentan la acción de responsabilidad ordinaria. En España se ha llegado al extremo de que existan pronunciamientos del Tribunal Supremo que han llevado la responsabilidad ordinaria al umbral de la apreciación objetiva.⁴⁶

Tampoco han faltado, más recientemente, resoluciones contrarias a tales excesos; así por ejemplo ha llegado a pronunciarse el TS (STS 20-6-2005, RJ 2005, 6425): "... este impago no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente por las deudas sociales".

Es probablemente el tema de la responsabilidad de los administradores sociales por pérdidas o deudas de la sociedad, una de las cuestiones más debatidas y quizás también más trilladas y, sin embargo, nunca resuelta del todo tanto por parte de doctrina como por parte de jurisprudencia, en ocasiones demasiado timorata. Por todos es sabido que la existencia de pérdidas, mejor dicho, pérdidas cualificadas, y por tanto graves, llevaba en el Código de Comercio español a la disolución de la sociedad por la pérdida entera del capital (así el artículo 221.2º del cdc). Si bien tal aserto estaba pensado y regulado para las sociedades personalistas, *recte*, colectivas y, en su caso, comanditarias. En ellas no hay un capital social o cifra mínima que juegue como suma de retención a favor de los acreedores de la sociedad. La garantía patrimonial de los acreedores no sólo son los bienes presentes y futuros de la sociedad, su sombra abarca y alcanza al patrimonio de los socios, si bien de un modo subsidiario, solidario, personal y, en todo caso, provisional.

La cuestión cambia en el supuesto de sociedades capitalistas o corporativas. En efecto, en no pocos ordenamientos jurídicos se establece como causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en medida suficiente, pero, ¿qué es y hasta dónde

⁴⁶ Así, véanse entre otras y a título ejemplificativo las STS de 29-12-2000 (RJ 2001, 354), STS de 30-01-2001 (RJ 2001, 1863) y STS de 29-03-2004 (RJ 2004, 1611).

llega esa medida suficiente? Como es fácilmente adivinable y sin entrar ahora en disquisiciones formales sobre si el valor patrimonial, el contable o el razonable de la empresa son los más idóneos o no para cuantificar la magnitud de las pérdidas contenidas en las cuentas anuales de las empresas, el momento exacto para determinar la cuantificación y alcance de las pérdidas, y por tanto de las deudas sociales, es la clave tanto para determinar el devenir inmediato de la sociedad, bien sea a través de una operación societaria de saneamiento, no sólo contable o nominal sino también real y efectivo, bien a través de una disolución social o judicial y consecuentemente de una extinción de la sociedad y su personalidad jurídica, bien, a través de la iniciación de un procedimiento concursal de insolvencia en el que el ordenamiento societario se queda a extra-muros. Sirva como adelanto que es posible y factible, por tanto, la disolución sin concurso o insolvencia de la sociedad, mas la realidad nos muestra que los administradores no disuelven tempestivamente la sociedad, no acuden a los propios mecanismos societarios que infieren en el capital social, a través de las operaciones de aumento o de reducción de capital, o en su caso, una operación acordeón. ¿Hasta dónde llega esa responsabilidad en quien debió mitigar esa situación así como activar los mecanismos pre pérdidas, pre insolvencia en tiempo y sazón?, ¿qué ha y debe de entenderse por diligencia exigible de los administradores?,⁴⁷ ¿estamos ante una responsabilidad objetiva?, ¿hasta dónde

⁴⁷ Contundente la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3736), cuando conceptuó esa diligencia exigible de cara a la determinación de la responsabilidad del administrador, señalando: "... Tampoco este motivo puede ser estimado, y ello por las siguientes consideraciones: a) El precepto invocado, art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, establece la responsabilidad de los administradores 'frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores por daños causados por malicia, abuso de facultades o negligencia grave'; conceptos de hecho que la Sala de instancia no estimó probados (Fundamento de Derecho 3.º), y para reclamar tal responsabilidad la misma Ley exige (art. 80, párr. 1) 'previo acuerdo de la junta general', hecho que no consta acreditado en los autos respecto de la petición reconvenional. b) La apreciación de culpa o negligencia grave no sería suficiente por sí para declarar la responsabilidad del administrador, sino que *la ley exige además la causación de un daño, y que este daño se acredite suficientemente, y aunque la 'malicia' o la 'negligencia grave' requiere apreciación de hechos y la prueba de la relación causal entre la conducta del administrador y el daño* [ss. 3 de abril y 13 y 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990\2690 y RJ 1990\9050) y 10-10-1991 (RJ 1991\6909), entre otras], *la prueba de la existencia de este último es ineludible, y no se ha logrado en el caso ahora en litigio*, no sólo en cuanto al daño material, sino también en cuanto a los daños morales a que se alude en el motivo. Siendo en esta hipótesis inútil derivar a consideraciones de culpa subjetiva o no, ya que el precepto del art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere al concepto clásico de la culpa, que recoge el art. 1104 del Código Civil, y no es aplicable al supuesto debatido la nueva Ley de Sociedades Anónimas, de 22-12-1989 (arts. 133 y 134), que habla simplemente de actos realizados por los administradores 'sin la diligencia con la

alcanza esa culpa?, mas ¿quién es el perjudicado por los daños? No cabe duda de que los distintos ordenamientos han ido paulatinamente adjetivando, pero también, hasta cierto sentido, endureciendo esa responsabilidad de los administradores, exigiendo o prescribiendo como solidaria cuando estemos ante órganos pluripersonales, ampliando la diligencia exigible y además reduciendo las posibilidades de exoneración o elusión de la responsabilidad por parte de los administradores, con lo que a la postre hemos asistido a un mayor rigor en la exigencia de responsabilidad de los administradores.⁴⁸ Y ello en aras de una mayor exigencia de profesionalización del administrador en el desempeño de su función. Hete aquí que cobran toda su virtualidad expresiones como “sin la diligencia debida” o la “diligencia exigible” que han sido el corolario de no pocas normas societarias.⁴⁹ Profesionalización y diligencia técnica en quién está llamado a gestionar, dirigir, ejecutar las decisiones de la junta y llevar el día a día societario.⁵⁰ Ahora bien, ¿a quién y para quién es exigible esa diligencia, sólo respecto de a la sociedad, o también en relación con cualesquiera

que deben desempeñar el cargo; concepto, por otra parte tampoco acreditado en esta litis. Sin que, por último, sean en absoluto vinculantes las apreciaciones del Juez de 1ª instancia que se citan en el recurso, cuya sentencia fue revocada por la recurrida” (énfasis añadido).

⁴⁸ En la retrospectiva que respecto de la legislación anterior realizan BROSETA/MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, 6ª ed., Madrid, 2006, p. 427, llegan a afirmar que el efecto ha sido “... trayendo como consecuencia un considerable aumento del rigor respecto del sistema que establecía la ley de 1951”. Así, MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores* [ROJO-BELTRÁN (DIRS.)], Valencia, 2005, p. 56, afirma que habiéndose incrementado el rigor en la exigencia de responsabilidad, el ejercicio del cargo de administrador implica para su titular la asunción de una elevada dosis de riesgo.

⁴⁹ RIBAS FERRER, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid, 2010, p. 171, señala que el ordenamiento establece un modelo de diligencia profesional o técnica. El modelo del artífice se corresponde con la competencia y pericia en las reglas técnicas y conocimientos específicos de una profesión, oficio o arte. El estándar de diligencia señalado se proyecta particularmente en las llamadas obligaciones profesionales, en las que el deudor es un experto que se dedica de manera habitual a la prestación de determinados servicios cuya actividad exige la aplicación de los conocimientos o técnicas propias de la profesión.

⁵⁰ Conforme, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Cizur Menor, 2006, p. 128, cuando afirma: “Se le exige al administrador una competencia profesional acorde con la función que desarrolla”. PRADES CUTILLAS, cit., p. 129, sostiene que en la redacción actual del artículo 236 y su remisión a los deberes del administrador, se configura específicamente el alcance de la responsabilidad del administrador con relación a la sociedad administrada, como responsabilidad derivada del contrato entre el administrador y la sociedad. Es decir, que se trata de una responsabilidad contractual, específica y determinada, consecuyente del contrato entre la sociedad y el administrador, asumido por éste en el momento de aceptar el cargo para el que resulta nombrado por la junta.

terceros, acreedores, socios, etc.? ¿A quién se exige esa lealtad?⁵¹ Sin duda, nada se antepone a los intereses de la sociedad, priman en todo caso, pero no por ello quedan reducidos a una inerte posibilidad el resto de intereses.⁵² En definitiva, debemos tener presente que, entre administrador de una sociedad y acreedor no existe relación contractual alguna; en cambio ésta sí existe entre administrador y sociedad y entre acreedor y sociedad.⁵³

⁵¹ PRADES CUTILLAS, cit., p. 128, acierta cuando asevera a propósito del nuevo encuadramiento de la ley de sociedades de capital, que refunde los textos de anónimas y limitadas, como la LSC ha suprimido la referencia a la representación leal en esta formulación, para incorporarla al deber de lealtad en la defensa del interés social. Por tanto, lealtad, diligencia e información son requeridas exclusivamente para con la sociedad y los asuntos sociales o de interés para la sociedad, excluyendo cualquier otro interés parcial o particular. Más aún, teniendo en cuenta que el antiguo deber de fidelidad se establecía expresamente *con fidelidad al interés social*, que ahora se predica como lealtad, y que la ley cuando dice interés social, añade y aclara taxativamente *entendido como interés de la sociedad*. Igualmente, son claras las referencias al interés social o interés de la sociedad en lo relativo tanto al deber de secreto como a las prohibiciones de utilización indebida del cargo. Incluso es de destacar la insistencia en la expresión *interés social*, cuyo sentido se ha determinado y concretado previamente, según hemos visto.

⁵² Tributarias de entender unidireccionalmente esa diligencia respecto de la sociedad y no respecto de terceros, son las sentencias del Tribunal Supremo español, como la de 27-7-2007 (RJ2007, 4708) y la STS de 30-5-2008 (RJ2008, 4166) que reza: "... en el presente caso se evidencia que *una actuación beneficiosa para la sociedad administrada, adecuada a la diligencia del ordenado empresario y del leal representante, puede resultar perjudicial para el tercero*, es por ello que el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, al enunciar que los administradores responderán de los actos que lesionen directamente los intereses de los terceros, precisa que lo es '*no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes*' que tienen por finalidad regular la actuación del administrador en el ámbito societario no frente a terceros –el administrador debe ser leal a la sociedad–, a la que ha de administrar como ordenado empresario, no a los terceros con quienes ningún vínculo mantiene-; y 3) Para que los administradores deban responder no es suficiente que su actuación, correcta desde la perspectiva interna, devenga a la postre dañosa para terceros. Es necesario, además, la existencia de una singular relación causal requerida por la norma y reiteradamente exigida por la Jurisprudencia: que la relación entre el daño y la actuación de los administradores sea 'directa'. *De aceptarse tal expansión de la responsabilidad, los administradores pasarían prácticamente a ser responsables –garantes– de todas las actuaciones de la sociedad que, por unas u otras razones, resultaran ilícitas por su disconformidad con el ordenamiento jurídico y produjeran un perjuicio para otras personas. Y no es esto lo que establece la Ley.* En la actuación de los administradores sociales del caso no concurre una conducta fraudulenta o negligente en el ejercicio de su cargo que se conecte causalmente en relación directa, como exige el art. 135 LSA, con el perjuicio sufrido por la entidad actora. *Este perjuicio se deriva de la actuación de la sociedad, sujeto de derecho con personalidad jurídica autónoma*, que, ante la alternativa que se encontraba, optó por dar satisfacción económica a una empresa en detrimento de otra, y la actuación de los administradores, como órgano de la sociedad, precisada de personas físicas para su operatividad jurídica, no se individualiza respecto del ente social, sino que se integra plenamente en la organicidad de la sociedad, que no es susceptible de una valoración individual, con secuencia de responsabilidad, independiente de por quién actuaron como representantes necesarios" (énfasis añadido).

⁵³ Así lo atestiguan con contundencia sentencias como la del Supremo de 3 de abril de 1990 (RJ 1990, 2690).

Sujetos de la responsabilidad se entrelazan en un plano axial donde, de un lado están la sociedad, los socios y los acreedores sociales, todos sujetos activos, y de otro, los administradores de derecho y de hecho en tanto sujetos pasivos de la responsabilidad. Aquellos legitimados para el ejercicio de la acción social de cara a restaurar el daño impetrado al patrimonio social, y respecto de éstos, los administradores que responden, carga e inversión de la prueba, de ese daño infligido. Todos los administradores responden por igual, si bien los criterios de imputación y de exoneración, la posición específica de cada administrador en el órgano de gestión o administración, sus capacidades de decisión así como sus funciones y caracteres dentro de éste modularán las consecuencias. Administrador que puede ser, no lo olvidemos, una persona jurídica. Pero también el socio único de una sociedad, sea ésta unipersonal o no. El que ha cesado pero cuyo cese no se refleja aun registralmente, etc., supuestos todos que rozan lo fáctico y que se agravan ante aquellos administradores que ejercen sin estar nombrados o habiéndolo sido en su momento pero caducado o concluido su periodo de administración siguen decidiendo directa o indirectamente en la sociedad. Qué decir igualmente de grupos de sociedades en los que el órgano de administración de la sociedad matriz o la sociedad dominante imparte instrucciones, exige determinadas acciones o actuaciones o impone directamente la adopción de ciertas decisiones a la sociedad o sociedades dominadas. Situación fáctica y real que ha llevado a prodigar soluciones procesales lejanas de la justicia material y atrapadas por un abuso cuasi místico de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.⁵⁴

⁵⁴ Véase la acertada crítica de GIRGADO PERANDONES, “La responsabilidad de la matriz de una empresa de grupo por las deudas de sus filiales en Derecho Español. Situación legislativa y actuación de los tribunales”, *RDM*, 2003, n° 247, p. 80, cuando hace una crítica a la aplicación automática del levantamiento del velo por parte del Tribunal Supremo, que a su juicio, supone un riesgo muy elevado al sustituir el sistema legal imperante en nuestro ordenamiento por la asunción por los tribunales de funciones propias de otros sistemas jurídicos que no corresponden al nuestro y, por tanto, no les competen. El problema radica en la falta de fundamento razonado de la aplicación del levantamiento del velo y la simpatía por esta solución de los tribunales laborales; y apunta la necesidad de: un estudio que permita a los tribunales superar un recurso excesivo a la técnica del levantamiento del velo.

III. La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales. Una visión desde el derecho societario español

La magnitud o cuantificación de las pérdidas marcará la procedencia, que no la alternatividad, de una u otra solución. O solución societaria, o solución concursal. Si la sociedad sufre unas pérdidas que la sitúan en la antesala misma del presupuesto objetivo del concurso, los administradores de la sociedad no deberán solicitar el acuerdo de disolución a la junta, sino instar el procedimiento de insolvencia. La inminencia de ésta no tiene por qué obligar a los administradores a solicitar la disolución, sino el concurso. Éstos cumplen y cumplen bien con sus funciones y deberes legales de diligencia si instan el concurso y no la disolución en caso de insolvencia inminente. Sólo si no es procedente el concurso, procederá la disolución de la sociedad, mas si lo es, lo que procede es el concurso, sea éste actual o inminente y no la disolución y ulterior liquidación de aquélla. Y el administrador que ante la magnitud y contingencia de las pérdidas insta el concurso y no la disolución, que ya no procede, actúa bien y enerva la exigibilidad de la responsabilidad solidaria del 262.5 y 105.5 de la Ley de Anónimas y Limitadas respectivamente. La sanción civil del artículo 262.5 LSA, hoy tras la reforma de la Ley de sociedades de capital, artículo 367, no se desata por no instar el concurso, sino por no disolver en tiempo la sociedad cuando lo que procede es precisamente el acuerdo de disolución.⁵⁵ La *ratio* de tal responsabilidad no hay que buscarla muy lejos, antes al contrario, la finalidad no era otra que la de erradicar la per-

⁵⁵ Sobre esta procedencia de no alternatividad vid. las reflexiones de PERDICES HUETOS, “La responsabilidad de los administradores por deudas sociales a la luz de la Ley Concursal”, *Indret* 3/2005, p. 3; también PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo de apertura de concurso de acreedores”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, p. 87, que apunta esta alternatividad.

versa práctica de disoluciones de hecho o de *facto* de sociedades que cerraban sus puertas de un día para otro. De ahí que no quepa parificar la “sanción” que se establece como consecuencia en el ordenamiento societario por no instar la disolución, con la establecida en el concurso, si bien y de un modo absurdo como veremos *infra*, ambas soluciones, ambas responsabilidades se igualan en el caso de una sociedad limitada.

La cuestión es que el administrador o administradores discernan realmente qué procede y qué no procede para la sociedad. Es evidente que si las pérdidas han generado una situación de insolvencia lo procedente es solicitar el concurso. No estamos ante causa de disolución alguna, por lo que no debe entrar en juego el mecanismo abierto en el artículo 262 de la Ley de Anónimas. Éste sólo se configura como solución societaria, si bien extintiva de la personalidad jurídica. Ahora bien, en una vuelta de tuerca más, esa procedencia puede nivelarse o graduarse, pues en ocasiones será obligatoria, y en otras posible. No es lo mismo la insolvencia actual que la insolvencia inminente.

Es indudable que en el caso de insolvencia actual lo que no procede es la disolución societaria, y por ende, no hay incumplimiento del deber legal de los administradores por no convocar la junta disolutoria. La obligación es otra: instar el concurso, esa es la carga legal. Y de no hacerlo, el administrador no va a responder conforme al criterio del artículo 262.5 o 105.5 de las leyes anónimas y limitadas, respectivamente, sino que generará una presunción de culpa grave a la hora de calificar la insolvencia (art. 165 Ley Concursal), activándose la posibilidad de exigir la responsabilidad por el residuo, es decir, un complemento de responsabilidad a los administradores de la sociedad. La sanción no es societaria, es concursal. Y si procede el concurso, las soluciones como también las responsabilidades son las que marque el procedimiento de insolvencia. Y esa responsabilidad parte de una presunción de dolo o culpa grave cuando el deudor, o en su caso sus representantes legales, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.⁵⁶ Así las cosas, la Ley Concursal en aras de anticipar la solución concursal y mitigar el daño y déficit patrimonial, establece el deber de instar el concurso. Anuda una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en el concurso a la inactividad de quien

⁵⁶ Sobre el significado y caracterización de la presunción vid. *in extenso*, GARCÍA-CRUCES, “Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave”, *Comentario de la Ley Concursal*, II (ROJO/BELTRÁN (Dirs.)), Madrid, 2004, pp. 2535 y ss.

correspondía ser diligente. Será cargo de éste o sus representantes acreditar que el incumplimiento del deber de solicitar el concurso obedece a un motivo o causa suficiente. También incumpliría el administrador si meramente solicita pero no acompaña documentalmente la situación financiera o guarda una mera e indolente actitud pasiva.

La responsabilidad de los administradores es diferente y hasta cierto punto se atempera en función del camino emprendido por la sociedad. Ahora bien, si esos caminos son diversos, las soluciones también habrán de serlo, lo que no impide criticar la extrema severidad con que en función de la solución se pretenda exigir la responsabilidad de los administradores. Es un disparate exigir una responsabilidad mayor en sede societaria por no disolver la sociedad que sufre pérdidas cualificadas, que la que se exige en la Ley Concursal ante una insolvencia de la sociedad. Una responsabilidad que poco o nada tiene que ver con las acciones de responsabilidad social o individual que se cohonestan en los artículos 133 a 135 de la Ley de Anónimas. Responsabilidad que, como veremos, dimana de un hecho objetivo –repare el lector que no hablamos de responsabilidad objetiva–, a saber, el no cumplimiento de los deberes legales de los administradores de la sociedad que, ante pérdidas, no son capaces de reaccionar cuando lo que procede es la disolución, liquidación y extinción definitiva de la sociedad.

Responsabilidad que no es objetiva ni extracontractual, sino que tiene una dimensión distinta: la sancionadora, la punitiva, en la justa medida y proporcionalidad a la desidia y dejadez de la administración. No ha de olvidarse que en fase prelegislativa la disposición final vigésima de la Ley Concursal española, que modificaba precisamente la Ley de Anónimas, sobre todo en sede de disolución, a la hora de regular y adaptar el artículo 262.5 sobre la responsabilidad de los administradores, ha sido una de las disposiciones que más modificaciones experimentó en fase parlamentaria.

Los interrogantes se multiplican, y lo hacen porque la existencia de pérdidas, cualificadas, va a provocar, ante la parquedad y poca claridad del legislador, un torrente de dudas y problemas jurídicos en el orden societario que ni la doctrina ni una vacilante y timorata jurisprudencia han sido capaces de aclarar. Sirva como botón de muestra las dudas que surgen, por ejemplo y en primer lugar, a la hora de determinar el momento o *dies a quo* en que los administradores tienen el deber legal de convocar junta, y convocar significa celebrar efectivamente; en segundo lugar, también se cierne la duda sobre si

es alternativo o no convocar junta para adoptar el acuerdo de disolución a partir de ese plazo bimensual, o por el contrario, para remover la causa de disolución, es decir, si el plazo de dos meses desde la existencia de las pérdidas es inexorable y, por lo tanto, el único tiempo habilitante para adoptar medidas paliativas a las pérdidas, o por el contrario, éstas pueden adoptarse en la misma junta que en teoría tiene una única finalidad: la disolución; en tercer lugar, surge también la duda de si el administrador es suficientemente diligente instando la declaración concursal y no la causa de disolución cuando la insolvencia es manifiesta y actual o incluso inminente. ¿Se le puede exigir responsabilidad societaria o únicamente la que concursalmente proceda en estos casos? En cuarto lugar, ¿cabe un cumplimiento tardío en la convocatoria de la junta, como así parece reconocerlo la jurisprudencia más reciente?, ¿hasta dónde llega la inactividad de un administrador que a pesar de no haber convocado en tiempo y forma la junta para acordar la disolución, sí negoció el crédito de algunos acreedores, ofreciendo canje por acciones, daciones en pago, reducciones de capital con ulteriores aumentos y una posible solución concursal? No cabe duda de que si hay que ser rígidos, o por el contrario demasiado laxos, la jurisprudencia del Supremo se ha encargado de dar buena nota. Sirva como contraste la sentencia de 23 de febrero de 2004 que rechaza una interpretación rígida y literal de la norma, tolerando y no puniendo la convocatoria extemporánea de la junta transcurrida más de dos meses de plazo y la sentencia extremadamente apegada a la letra del artículo 262, formal y rigorista de 16 de diciembre de 2004.

3.1. El momento exacto de detección de las pérdidas y su magnitud

En busca del responsable

Es indudable que determinar y radiografiar el pasivo de una sociedad en un momento dado abre un abanico de posibilidades diversas para la sociedad. El saber si las pérdidas sobrepasan o no unos determinados umbrales, no sólo afecta al derecho corporativo de la sociedad; todo lo contrario, su proyección se yergue por encima de la propia sociedad y las normas sociales. La diligencia o la falta de ésta por parte de los administradores, así como su pasividad, lacerante y exacerbada en ocasiones, puede abocar a una extinción de la sociedad en

peores condiciones que las que en realidad estatuye la propia ley de anónimas y limitadas.

En efecto, si un administrador ante los primeros síntomas de iliquidez de la sociedad reacciona en tiempo y forma, es fácil sanear y salvar la empresa, si es que interesa salvarla o reflotarla. Ahora bien, si tras el primer balance de situación o comprobación de la sociedad, o lo que es lo mismo, las cuentas provisionales que se elaboran en el primer trimestre, y que evidencian síntomas inequívocos de iliquidez, o en el peor de los casos de una insolvencia absoluta, los administradores no reaccionan ni conforme al derecho de sociedades, ni conforme al ordenamiento concursal, su responsabilidad se agrava extraordinariamente.⁵⁷

Pero la cuestión es, ¿qué debe primar, la seguridad jurídica, —y donde la ley no distingue, tampoco aclara nada, no lo hagamos nosotros—, o por el contrario, un sentido de la realidad más previsor y anticipador que ante los primeros síntomas de pérdidas pueda el administrador reaccionar a través de las herramientas que le proporciona el derecho de sociedades y la contabilidad, o el derecho de las insolvencias? ¿Acaso ignora un administrador la posibilidad, en cuanto presupuesto objetivo del concurso, de solicitar el concurso ante una insolvencia inminente?, ¿acaso no es conocedor de las cuentas y el declive patrimonial de la sociedad desde esos balances de situación, sin necesidad de esperar al cierre del ejercicio y la formulación de las cuentas definitivas?, y si no está al tanto de la situación económico-patrimonial ni busca el asesoramien-

⁵⁷ Por ahí se encamina el fundamento jurídico sexto de la sts de 16 de diciembre de 2004 cuando asevera: "... hay que coincidir con la doctrina mayoritaria cuando acepta que el plazo para la convocatoria de la Junta General para la disolución de la sociedad debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación". Ahora bien, nada nuevo, ya con anterioridad habían postulado idénticos extremos las sts de 30 de octubre de 2000 y 20 de julio de 2001. En nuestra doctrina una de las voces que antes se han postulado a favor de que existe causa legítima para la disolución desde el mismo instante en el que los administradores conocieron o hubieran debido conocer la existencia de las pérdidas, BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 116 y ss. En contra ROJO FERNÁNDEZ-RIO, "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, p. 1459 y ss., para quien si los administradores formularan sus cuentas antes de que finalicen los tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, se deberá estar a la fecha de la formulación, mas si por el contrario, infringiendo el deber legal de formulación oportuna, dejan transcurrir ese plazo de tres meses (art. 171.1 LSA) sin redactar las cuentas anuales, el *dies a quo* para la convocatoria de la junta sería el último día del plazo para esa formulación en tiempo.

to preciso ¿por qué no ha de responder de su falta de diligencia? Ahora bien, ¿un primer balance trimestral que arroja pérdidas implica en todo caso que no pueda en sucesivos trimestres ser mejorado?, ¿es que un acreedor, socio o la propia sociedad no puede exigirle la responsabilidad social del artículo 133 de la ley de anónimas ante esa inactividad?

No cabe duda que hoy por hoy no puede negarse la concurrencia de causa de disolución de la sociedad cuando los administradores, en cualquier momento del ejercicio, y por tanto, sin necesidad de esperar a su cierre, conozcan o debieran conocer, pues se presume un mínimo de diligencia legal, la existencia del desfase o desequilibrio patrimonial de la sociedad. Así lo han venido a reconocer dos sentencias del Supremo español de 30 de octubre de 2000 y 16 de diciembre de 2004.⁵⁸

La sociedad bien puede aminorar las pérdidas, mas no en todo caso. Hay un límite, la oportunidad, o por mejor decir, la procedencia de solicitar la declaración de concurso, pues en ese caso no opera causa de disolución alguna, sino su supeditación a la normativa concursal. Si bien hemos de cuestionarnos si la reducción de capital debe o no situarse en el mismo plano que el acuerdo de disolución, es decir, si existen pérdidas, pérdidas cualificadas, los administradores tienen dos meses para convocar junta para que acuerde la disolución de la sociedad, única y exclusivamente con esa finalidad. Y si este es el dictado de la norma, ello significa o puede al menos significar que ese intervalo de tiempo hasta antes de convocar la junta, también podría acordar otra medida que busque la remoción de la causa, las pérdidas. Pero ¿pueden en el seno de la propia junta optar por una medida distinta y alternativa a aprobar el acuerdo de disolución?

Tomar partido por una u otra postura conduce inevitablemente a soluciones antitéticas. Es cierto que la ley de anónimas no establece margen alguno a la alternatividad, antes bien, parece que impone a los administradores el deber de convocar la junta para la disolución de la sociedad dentro del plazo

⁵⁸ URÍA/MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho mercantil*, en URÍA-MENÉNDEZ, I, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 1094, recuerda cómo la determinación de las pérdidas, del importe de éstas se hará en atención al contenido de las cuentas anuales, sin perjuicio, lógicamente, del derecho de los accionistas a impugnar el acuerdo de aprobación de dichas pérdidas cuando no reflejen exactamente la situación económica de la sociedad. Es más, nada impide el que la Junta General reconozca la existencia de esta causa de disolución con anterioridad a la terminación del ejercicio social en curso, a través de un balance confeccionado al efecto.

de dos meses desde que concurra la causa, previendo una posibilidad: tratar de remover la causa de la disolución durante ese tiempo que media entre el hecho concurrente y a la postre generador de la responsabilidad y la efectiva celebración de la junta, que bien puede frustrarse en su devenir inmediato. Pero pronto surge el interrogante: ¿se liberan del deber legal de disolver aquellos administradores que buscan sanear la situación patrimonial de la empresa a través de una reducción de capital con anterioridad a la obligación de convocar? Reducción, eso sí, de imposible ejecución material en tan exiguo plazo. Para el Supremo parece que únicamente es viable que todo el proceso de reducción, o de reducción y aumento simultáneo, tenga lugar dentro de ese plazo de dos meses, transcurrido el cual únicamente cabe la disolución de la sociedad.

Así, el fundamento jurídico tercero de la STS de 16 de diciembre de 2004 viene a señalar que “... si la causa de disolución subsiste durante más de dos meses desde su acaecimiento, los administradores han incumplido el deber del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que implica que tal deber no se incumplirá si la causa de disolución desaparece antes del término bimensual, pues desaparecido el requisito previo del deber no hay tal deber y menos incumplimiento del mismo”.

Hasta cierto punto sorprende la dureza y maximalismo del Supremo.⁵⁹ A nuestro juicio, si los administradores en ese plazo que antecede a la celebración de la junta son capaces de remover la causa deficitaria, ésta queda removida.

Es cierto que la Ley Concursal ha ido más allá de las modificaciones necesarias en la Ley de Anónimas, añadiendo algunas que vienen a significar una subordinación del derecho societario al hecho de si se solicita o no el concurso. En efecto, cuando concurra la situación de pérdida de la mitad del capital social, a no ser que éste o bien aumente, o bien se reduzca en la medida de lo necesario, los administradores podrán solicitar la declaración concursal,

⁵⁹ Con buen tino, BELTRÁN, “Las pérdidas y la responsabilidad de los administradores”, cit., p. 414, busca una posición de equilibrio. De esta manera, si bien la ley no permite entender cumplido el deber de los administradores con la simple decisión interna de reducir capital, dado que requiere la convocatoria de junta general, tampoco exige expresamente que la medida alternativa a la disolución haya sido completada dentro del plazo de dos meses. Así las cosas, la convocatoria de la junta general dentro del plazo legal es suficiente para entender cumplido el deber, aunque la remoción efectiva hubiera tenido lugar con posterioridad. La sanción es fruto del incumplimiento del deber de convocar, no porque no se obtenga la remoción de la causa de disolución.

pudiendo incluso cualquier accionista requerir a éstos para que convoquen junta general si, a su juicio, existe causa legítima para el concurso, conforme reza el artículo 262.2 - III LSA. Ahora bien, no estamos preconizando que quien tenga la *potestas* para solicitar el concurso sea la junta, en cuanto órgano soberano, sino los administradores. Lo que no empece la conveniencia de oír a la junta y obtener además su *placet* que, sin ser obligatorio, sí es aconsejable. La norma no dice en ningún momento que los administradores de una sociedad anónima deban *en todo caso* convocar junta para someter a los socios una cuestión estrictamente material y técnica como es la de instar el procedimiento de insolvencia. Como bien se ha dicho, la competencia para decidir es material, no meramente procesal, y por tanto el único órgano competente es el de administración, incluso ante insolvencia inminente.⁶⁰

No olvidemos que el concurso no abre por sí solo la disolución y ulterior liquidación de la sociedad con la extinción de la personalidad jurídica, mas sí lo hace la apertura de la fase de liquidación concursal. No olvide el lector que el artículo 260.2, expeditivo y contundente, amén de claro en este punto, establece la disolución automática de la sociedad con la apertura de la fase liquidatoria concursal. Es y será la resolución judicial que abra la fase de liquidación la que contenga la declaración de disolución si ésta no estuviera acordada, tal y como establece el artículo 145.3 de la norma concursal que, de facto, viene a establecer una causa de solución de pleno derecho en la que no hace falta el concurso legítimo de la junta general.⁶¹ Sobra aclarar que liquidación social nada tiene que ver con liquidación concursal, una ni se yuxtapone ni presupone la otra. La primera se aboca a la extinción legal de la persona jurídica, con la eliminación de todas sus relaciones jurídicas con terceros. La concursal busca la satisfacción de los acreedores. Y esa satisfacción va a implicar que desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años

⁶⁰ Conforme PERDICES HUETOS, "La responsabilidad de los administradores por deudas sociales", cit., p. 7.

⁶¹ Sobre esta apertura de liquidación concursal versus liquidación social vid., entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, "Art. 145. Efectos sobre el concursado", en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, II, Madrid, 2004, pp. 2346 y ss.

anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea suficiente para satisfacer todas las deudas. Paralelamente, la Ley Concursal prevé el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores del concurso tendrán acceso y derecho de asistencia y voz en las sesiones de juntas y consejos. Asimismo, los administradores del concurso podrán entablar la acción contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad anteriores a la declaración del concurso, y, de modo subsidiario, los acreedores las entablarán una vez aprobado el convenio o la liquidación del patrimonio social. Y así como procede el embargo contra administradores sociales, también se evacuará de oficio o rogado respecto de los bienes y derechos de los socios en cuantía suficiente cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para la satisfacción de todas las deudas. Embargo que puede ser sustituido por aval de entidad de crédito.

La reducción de capital no procede cuando la sociedad está inmersa en una situación de insolvencia, y no ante una situación transitoria en el mejor de los casos de iliquidez. Y ante la disyuntiva entre reconocer una causa de disolución por pérdidas graves y proceder a la declaración de concurso, no hay alternatividad posible: procede la declaración de concurso. En caso contrario, la sociedad en tanto persona jurídica, si no quiere verse abocada a la disolución y liquidación, habrá de aumentar o reducir el capital social en la medida necesaria, realizando incluso una operación acordeón de simultánea reducción y aumento de capital. Una vez que el patrimonio cubra la mitad del capital social, pues ese y sólo ese es el límite legalmente establecido para proceder a la disolución de la sociedad, toda vez que así lo ratifique la junta general en cuanto órgano soberano, se reestablece la viabilidad de la sociedad, aun cuando el reequilibrio financiero no sea óptimo e incluso exacto.

Así las cosas, si la previsión de pérdidas sociales, cuando no su existencia, se puede subsanar dentro de la propia sociedad y con operaciones netamente societarias, no procede el concurso de ésta, por lo que, en cierta medida, esas operaciones que no buscan sino el saneamiento y equilibrio patrimonial conta-

ble de la sociedad, son operaciones de índole preconcursal. Ahora bien, cuando la insolvencia es actual, e incluso cuando es inminente, el derecho de sociedades cede protagonismo al derecho de las insolvencias. Y así debe ser y ha de serlo. Y por lo que ahora atañe a la centralidad de esta ponencia, la responsabilidad de los administradores, y, en su caso, socios, sobre todo en sociedades personalistas, es diferente tanto en su configuración estructural como en su alcance. Pensemos incluso en aquellos tipos sociales capitalistas o parapetados en el *intuitu pecuniae*, pero en los que el *intuitu personae* tampoco cede protagonismo, en los que legal o incluso estatutariamente se prescribe que sólo asumirán la condición de administradores los socios de la sociedad. En efecto, si ante la existencia de pérdidas cualificadas, pérdidas graves, los administradores no actúan procurando la disolución de la sociedad y, recuérdese que en sede de anónimas la causa de disolución por pérdidas graves no es una causa de disolución que opera *ipso iure* o de pleno derecho, sino que es una causa legítima *ex lege* que necesita a mayores la concurrencia de la voluntad societaria, la junta general, para aprobar la disolución de la sociedad, los administradores incurrirán en una responsabilidad solidaria por las deudas sociales que se originen desde ese momento. Cuestión sobre la que volveremos de inmediato. Por el contrario, si los administradores solicitan la declaración de concurso, para lo que no es necesario la convocatoria de la junta general ni decisión al respecto de ésta, eluden la responsabilidad tan grave que establecen los artículos 262.5 de la Ley de Anónimas y 105.5 de su homónima de limitadas. Lo que no empece la concurrencia de responsabilidad de éstos conforme a los parámetros del artículo 172 de la Ley Concursal si el concurso es calificado como culpable.

En todo caso, los administradores responderán del residuo pasivo no cubierto por el patrimonio de la sociedad concursada. Cuestión distinta es la concurrencia o paralelismo sucesivo de ambas responsabilidades, societaria y concursal. Si las pérdidas ya no sólo provocan una disolución, sino que el concurso y la pasividad de los administradores es total, surgirá no sólo la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de promover la disolución de una sociedad todavía no insolvente, con la que dimane como complemento de residuo ante la masa pasiva. No sería descabellado pensar en aquellas sociedades que con pérdidas ni se reduce ni aumenta capital, llegando éstas a superar la mitad de capital social, pero sin estado de insolvencia. No hay acuerdo de disolución, ni siquiera se llega a plasmar esa posibilidad, por lo que los administradores ni siquiera convocan junta a los dos meses.

Transcurridos diez meses desde la constatación de las pérdidas, la sociedad está ya en insolvencia y se abre el concurso, sea necesario, sea voluntario. Se produce, qué duda cabe, una acumulación de responsabilidades, societaria y concursal, aquella consistente en la responsabilidad por las deudas surgidas tras la causa de disolución, la otra, consistente en la responsabilidad de residuo de cualesquiera otras deudas de la sociedad.⁶²

Cuando concurre una posible causa de disolución, como es la situación de pérdidas cualificadas o graves, y una situación de insolvencia, aquélla cede ante ésta. La protección de los acreedores ya no la puede dispensar el derecho de sociedades, que ha fracasado, sino las normas concursales que, en principio, y sólo en principio, parten de un principio más utópico que real, de *par condicio creditorum*. Un principio que no pasa de ser una mera idea valor y donde la proporcionalidad y la paridad están reñidas.

3.2. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales

Como hemos señalado anteriormente, la concurrencia de pérdidas graves no opera *per se* con efectos taumatúrgicos, antes bien, es necesario el acuerdo social de disolución o, en su defecto o ante su imposibilidad manifiesta por voluntad obstructiva de la junta general, la disolución judicial de la sociedad. Y entre estos dos extremos han de moverse los administradores de la sociedad si no optan por la solicitud del concurso. Los administradores, por tanto, tienen la obligación de convocar junta general en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de disolución. Así las cosas, lo que han de solicitar los administradores, siempre que no sea procedente el concurso, dado que las pérdidas no han generado todavía una situación de insolvencia, ni actual ni tampoco inminente, de la junta convocada *ad hoc* y de acuerdo con los artículos 262.1 y 262.2 I de la Ley de Anónima (art. 367 LSC), la disolución de la sociedad, y ante la negativa de aquélla o la adopción de medidas paliativas o meramente distractivas cuando ya no corresponden, habrán de solicitar la disolución judicial de la sociedad de conformidad con los parámetros del ar-

⁶² Sobre la problemática de coordinar una y otra responsabilidad vid. ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 del proyecto de ley concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en *Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, Madrid, 2002, pp. 193 y ss.

título 262.4 de la Ley de Anónimas, hoy artículo 366 de la Ley de Sociedades de Capital. Establece este artículo la obligación de que los administradores soliciten la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. Recuérdese que otra de las causas de disolución reguladas en el artículo 260 de la Ley de Anónimas (hoy art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital) es la paralización de los órganos sociales, de facto de la junta general, nunca del consejo de administración al ser factible la remoción de los administradores.

La solicitud de la disolución habrá de formularse en el plazo de dos meses. Los administradores gozan de un plazo bimensual para convocar y celebrar la junta general, y cuando ésta no se haya constituido, o cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiere adoptado, los administradores deberán procurar la disolución forzosa por la vía judicial.

Los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales si concurriendo la causa de disolución no logran, o bien el acuerdo necesario de la junta general, o en su defecto y ante la renuencia, pasividad o imposibilidad de un acuerdo por paralización en la capacidad de decidir del órgano soberano, la decisión judicial que reemplace a aquélla. Ahora bien, de un modo alternativo al acuerdo social de disolución, siempre es viable alcanzar un acuerdo de remoción de la causa de disolución aprobando un aumento o una reducción de capital en la medida necesaria.⁶³ Pero, ¿cuándo comienza el cómputo o el *dies a quo* bimensual? No puede haber otra solución, al menos ante la existencia de pérdidas cualificadas, que el tomar como *dies a quo* la fecha en que los administradores detectaron, o debieron detectar que es peor, las pérdidas patrimoniales, o lo que es lo mismo, el grave desequilibrio económico financiero.⁶⁴ Y es a partir de ese preciso momento, y no el de exteriorización

⁶³ Sobre esta alternatividad, vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “El artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas: sobre el plazo de dos meses y los efectos del convenio concursal. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 23 de febrero de 2004”, *ADCO*, 2004, nº 2, pp. 83 y ss., p. 94, para quien la convocatoria de la junta debería realizarse bien para que la sociedad se disolviese, o bien, adicional, voluntaria y alternativamente, para que la Junta General de dicha sociedad acordase la ampliación o reducción del capital. Asimismo, precisa cómo la última opción de la alternativa es voluntaria, ya que la ley sólo obliga a que el administrador convoque junta de disolución, no junta de enervación de la causa disolutoria.

⁶⁴ A favor de esta interpretación, entre otros, y con particular autoridad ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1462 y ss.

al cierre de las cuentas, cuando empieza a correr el plazo de dos meses para convocar la junta general que acuerde la disolución. Como fácilmente puede sospechar un avezado lector, el talón de Aquiles es probar la fecha a partir de la cual los administradores conocían semejante circunstancia. Y si entre esa prueba, por muy difícil que sea, o la certeza de una fecha fija o cierta pero engañosa, a la postre hubiéramos de optar, será sin duda preferible decantarse por aquélla, la del momento exacto o a partir del cual los administradores deberían haber conocido la gravedad de las pérdidas.⁶⁵

Un plazo bimensual que separa la responsabilidad solidaria de los administradores de una adecuada diligencia en el cumplimiento de los deberes y funciones de administrar. Por todos es sabido que existe un plazo legal de tres meses contados desde el cierre del ejercicio para formular las cuentas anuales (vid. art. 253.1 Ley de Sociedades de Capital). Fecha inequívoca cuando menos, lo que no obsta para hacer pechar al administrador con la propia responsabilidad cuando debió detectar la existencia de pérdidas con mayor antelación. Y máxime cuando para cierto tipo de sociedades se elaboran balances trimestrales de comprobación u otro tipo de balances que constituyen un auténtico banco de pruebas sobre la viabilidad financiera de la sociedad.

Así las cosas y de cara a asegurar la efectividad de la disolución, la ley de anónimas establecía en su artículo 262, como ahora sigue haciendo en el mismo sentido el art. 362 la Ley de Sociedades de Capital, una secuencia clara una vez que concurre la causa de disolución que no tiene efectos automáticos. Primero, la necesaria celebración de la junta general en un plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa prevista. Cuestión distinta es determinar el momento exacto de esa causa. En segundo lugar, y siempre y cuando el acuerdo de disolución no sea posible lograrlo en el seno de la junta general, sean cuales sean los motivos y las causas.⁶⁶ Y, en tercer lugar y de cara

⁶⁵ No le falta razón a RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “El artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas”, cit., p. 100, cuando asevera que en este punto debe ponderarse qué es preferible: la seguridad jurídica que proporciona estar a una fecha fija o la mejor protección del tráfico comercial que implica exigir la actuación del administrado a partir de la fecha de su conocimiento diligente de las pérdidas, conocimiento que, como consecuencia de los avances de la técnica, cada día puede tener lugar con mayor prontitud. Esos avances a los que el autor hace el guiño no son sino la información financiera digital y los avances de la electrónica contable.

⁶⁶ Véase la sts de 15 de mayo de 2000 que declara la subsistencia de causa de disolución por pérdidas graves, a pesar de haberse adoptado un acuerdo de reducción y de aumento de capital, operación acordeón, pero con un quórum inferior al exigido en los estatutos de la sociedad.

a lograr la efectividad de la disolución, el legislador apuesta por el medio o remedio más expeditivo: la responsabilidad solidaria por las deudas sociales a los administradores que no cumplen con sus deberes legales. En este caso, procurar la disolución de la sociedad. Ante la negativa o la mera dilación de la junta general, la diligencia mínima de los administradores debe buscar caminos alternativos o, en este caso, suplementarios.

Es obvio que aun a pesar de incurrir en responsabilidad solidaria, la administración societaria bien puede no convocar la junta general, y los socios o cualquier accionista pueden requerirles para que lo hagan o, sumado el capital necesario, solicitar del juez la convocatoria de una junta, siendo necesarios los *quorums* reforzados del artículo 193 de la Ley de Sociedades de Capital. La junta se pronunciará sobre la disolución, pudiendo aprobar acuerdos que supongan la revocación de la causa que la provoque, como por ejemplo y ante pérdidas graves, cuando éstas sobrepasan la mitad del capital social, un aumento de capital, pero no aquellas medidas que no van destinadas a erradicar tal situación de desequilibrio patrimonial. La junta no es competente para solicitar la declaración de concurso, si bien no estaría mal que se pronunciase como respaldo a la decisión de los administradores de instar el concurso voluntario.

Ante la paralización directa o indirecta del órgano deliberante, cualquier socio, incluso cualquier interesado, y por tanto un acreedor, está legitimado para solicitar la disolución judicial de la sociedad en caso de imposibilidad de adoptar un acuerdo en el seno de la junta, o adoptar una decisión contraria precisamente a la disolución. Ahora bien, ¿por qué un interesado, un acreedor optará por solicitar la disolución judicial de la sociedad y no instar un concurso necesario?, ¿acaso no se irrogaría si es un acreedor ordinario y en aras de evitar el tan temido *timing problem*, un privilegio general por el 25% de su crédito?, ¿sabe realmente el acreedor, el socio la verdadera situación económico-patrimonial de la sociedad?

En consecuencia, la administración no sólo está facultada para instar en su caso la disolución judicial de la sociedad, antes bien, está obligada a hacerlo en el plazo de dos meses desde la celebración de la junta cuando ha adoptado un acuerdo contrario a la disolución, o incluso desde que no se celebró, si quiere eludir, al menos *a priori*, la asunción de la responsabilidad solidaria que establece el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital y anterior artículo 262.5 de la Ley de Anónimas. Repare el lector que siempre puede eludir esta responsabilidad la administración, aun no instando la disolución

judicial, si solicita el concurso voluntario de la sociedad, siempre y cuando la gravedad de las pérdidas, de las deudas sociales, provoque una situación de insolvencia. Son pues varios y sucesivos los remedios que tiene en todo caso la administración para eludir tal responsabilidad, una responsabilidad que no se acomoda con el régimen ordinario de responsabilidad de los administradores, tanto respecto de la sociedad como en relación con los socios y terceros por los daños que éstos causen como consecuencia de actuaciones abusivas o negligentes. Cuestión bien distinta será determinar los motivos y las causas últimas de las pérdidas cualificadas o deudas sociales.

Es pacífico en la doctrina entender la configuración de esta responsabilidad por deudas sociales como una suerte de sanción penal o civil impuesta a los administradores ante el incumplimiento de sus deberes. En este caso, promover la disolución de la sociedad ante la concurrencia constatable de pérdidas cualificadas. Como bien se ha dicho, por activa y por pasiva, esta suerte de responsabilidad no presupone la causación de un daño efectivo a los acreedores ni a la insuficiencia patrimonial de la sociedad, ni tampoco a la existencia de una actuación dolosa o culposa de los administradores, pues esos daños ya los purga tanto la acción social como la acción individual de responsabilidad. La responsabilidad solidaria que ahora nos ocupa se vehicula por una falta de diligencia en la actuación eficaz y eficiente de los administradores en promover la disolución de la sociedad, lo cual abocará a su liquidación y ulterior extinción. Es suficiente con acreditar la concurrencia de una causa de disolución, en este caso de las pérdidas graves, para activar la exigibilidad de esta responsabilidad.⁶⁷ Es evidente que la prueba será hartamente compleja y dificultosa. Y una responsabilidad, la solidaria por deudas sociales, no enerva la otra, la responsabilidad por daños causados bien a la sociedad, bien a los socios, bien a terceros.

Hasta cierto punto, no es descabellado pensar que tal responsabilidad, que si bien opera ante el incumplimiento de cualesquiera causas de disolución, tenga mejor asiento en los supuestos de pérdidas cualificadas. En efecto, esta responsabilidad va unida a una finalidad clara y evidente de protección y tutela de los acreedores sociales, que tienen expedito el camino para dirigirse bien

⁶⁷ Sirvan como botón de muestra en nuestra jurisprudencia las siguientes sentencias del Alto Tribunal: 16 de julio de 2002, 23 de octubre de 2002, 12 de febrero de 2003, 17 de junio de 2003, 17 de noviembre de 2003 y 16 de diciembre de 2004.

contra la sociedad –la cual no tiene ni tendrá muchos visos de solvencia–, o bien contra los administradores causantes de semejante retardo. Una responsabilidad que espolea a aquellos administradores que no se caracterizan ni por su eficiencia ni por su sentido de la realidad, al no ser capaces de adoptar las medidas necesarias y suficientes que erradiquen tal situación. Unos administradores que no han sido capaces de mitigar las pérdidas, no han sido diligentes para reestructurar y sanear financieramente a la sociedad, y no redujeron ni aumentaron el capital cuando las pérdidas afectaban al patrimonio, al ser éste inferior al capital social, ni tampoco procuraron la disolución y extinción de la sociedad. Con esta desidia, permitieron operar a una sociedad que de facto no estaba saneada ni a la larga era solvente.

Es sabido que toda sociedad que haya experimentado pérdidas y no tenga debidamente cubierto el capital social puede proceder a una reducción voluntaria del capital, en aras de buscar el restablecimiento financiero. La cuestión cambia y por tanto la reducción es preceptiva.

Llamaba la atención la diferente respuesta que para la sociedad limitada había ideado el legislador en la regulación de 1995. Aquí la situación es más compleja, sin que hallemos motivo alguno para comprender tal regulación, dejando al margen diferenciaciones o pruritos absurdos entre un tipo social y otro, dado que para supuestos análogos las soluciones son diversas. La paradoja viene de la mano por la redacción del artículo 105 cuando parifica el procedimiento necesario para adoptar el acuerdo de disolución con el que se ha de llevar a cabo para instar la solicitud del concurso. En efecto, si en el caso de la anónima el administrador puede directamente solicitar el concurso, sin que al respecto se pronuncie la junta, ahora en sede de limitadas, los administradores tienen la carga legal de convocar la junta en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso de acreedores. De este modo, la competencia para decidir la solicitud del concurso ante pérdidas graves o cualificadas es de la junta. De no procederse así, se activará la responsabilidad social de los administradores por todas las deudas sociales. Expeditivo amén de elocuente era el artículo 105.5 hoy 362.5 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando asevera que el incumplimiento de la obligación de convocar junta general o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad, determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales.

Con semejante redacción, al margen de la exorbitante sanción que supone parificar el procedimiento de disolución con el necesario para el concurso, parece que los administradores no tendrían capacidad para instar el concurso como forma de cumplimiento alternativo a la convocatoria de la junta. Creemos, en nuestro modesto entender, que la solución no puede estar muy alejada de la dispensada para la anónima. Los administradores ante una insolvencia actual deben, si quieren eludir el régimen de responsabilidad del artículo 172.3 de la norma concursal, solicitar la declaración del concurso sin necesidad de convocar junta. Por el contrario, si esas pérdidas abocan a una insolvencia inminente, que no actual, entrará en juego el artículo 105, por lo que los administradores sí deberían convocar la junta para promover el acuerdo de disolución o instar el concurso.

IV. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos

Es evidente que la aceptación del cargo de administrador no sólo está asociada a parámetros retributivos, sino y con el correr del tiempo, y máxime teniendo en cuenta la cultura reclamatoria ante el daño una vez superadas las rémoras del coste-beneficio-responsabilidad de embarcarse en tal aventura, a la cobertura de los distintos riesgos que dispense una póliza de responsabilidad civil. La definición y delimitación del riesgo asegurable es vital en este punto, como lo es también el aseguramiento de actos incorrectos o negligentes imputables al administrador. Es pacífico el aseguramiento de supuestos de responsabilidad derivados de acciones u omisiones culposas, negligentes o imprudentes. Acciones todas ellas que, de un modo u otro, implican el incumplimiento total o parcial, defectuoso o negligente, de un deber legal en el desarrollo y ejercicio de las funciones propias de administrar. A ello ha de unirse una batería no menor de errores de hecho y de derecho no intencionados, declaraciones inexactas, deslealtades, etc.⁶⁸ Será esencial, en suma, una ordenada y realista elaboración de la póliza, donde la necesaria e imprescindible concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas delimitadoras se convertirá en el nervio mismo de tal seguro.⁶⁹

Es sabido que la Ley de Anónimas incorpora un régimen de responsabilidad civil, bien social o respecto de la sociedad, bien individual tanto respecto de socios como respecto de terceros acreedores, que se desata por los daños causados por aquéllos, ya por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Pero

⁶⁸ Sobre este particular y con especial énfasis RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, Cizur Menor, 2002, pp. 257 y ss.

⁶⁹ Sobre esta labor de redacción desde la concreción, claridad y sencillez ya nos pronunciamos en VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, Granada, 2005, 1ª ed., pp. 137 y ss.

al margen de estos casos, supuestos estrella sin duda y prototípicos, también se depurará responsabilidad por supuestos más específicos y que se anudan a incumplimientos o infracciones de ciertos deberes. Entre ellos la responsabilidad por la no promoción del acuerdo disolutorio. Supuesto susceptible que duda cabe de asegurarse bajo este tipo o modalidad de seguro. La no promoción de la disolución cabe perfectamente bajo el paraguas del riesgo de responsabilidad asegurable. Era pacífico en la doctrina entender que el supuesto de responsabilidad solidaria del artículo 262.5 y 105.5 LSA y LSRL es distinto en lo cualitativo de la responsabilidad social de los artículos 133 a 135 LSA. Si bien la doctrina dominante entiende que en aquélla se trata de una responsabilidad sanción por incumplimiento de una obligación legal cuya exigencia no requiere ni la prueba del daño ni de relación causal entre aquél y la conducta de los administradores, en cambio respecto de la responsabilidad social estamos realmente ante una responsabilidad indemnización por daños.⁷⁰ La regulación de la Ley de Sociedades de Capital establece desde 2010 una armonización regulatoria de ambas regulaciones o tipos societarios.

Esta dualidad en la caracterización de la responsabilidad no es secundaria para su aseguramiento, dado que en la medida que la responsabilidad esté o no desvinculada del daño, es más o menos viable su aseguramiento. Si sólo se considera sanción y no daño, su proximidad con los ilícitos administrativos y penales tiene una menor conexión con un seguro de daños, es decir, sería utilizado como argumento contrario para su asegurabilidad.⁷¹

Pese a la carencia de una completa construcción dogmática de esta categoría de responsabilidad sanción o sanción civil, no dudamos de su carácter asegurable.⁷² Estamos ante una responsabilidad civil de carácter personal,

⁷⁰ La doctrina en este punto es unánime, como también lo es la jurisprudencia. De ahí que no la citemos innecesariamente. Destaca no obstante una posición mantenida *ad hoc* por CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia, 2000, p. 118, para quien el supuesto de responsabilidad regulado en el 262.5 se caracteriza como un caso de responsabilidad por daños, existiendo claramente un nexo de causalidad, a saber: el que une a la conducta de los administradores, es decir, la falta de promoción tempestiva de la disolución, con el daño originado, el derecho de crédito lesionado a un acreedor en caso de insolvencia.

⁷¹ Sobre este punto véanse las reflexiones de RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 241.

⁷² Como acertadamente ha señalado MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid, 1997, p. 311, la sanción civil se sitúa en el punto de conjunción entre el interés general y el interés particular y que difiere tanto de la pena privada –consti-

como también lo es o la tiene la responsabilidad civil prevista en los artículos 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital, antiguos arts. 133 a 135 de la LSA. Ambas son asegurables. Esta responsabilidad civil, que no es sino la plasmación de una sanción por el incumplimiento de una carga legal tempestiva, cumple amén de una función estrictamente compensadora, otras funciones como la preventiva y la aflictiva. No sólo repara o indemniza el daño, también imputa un deber, una obligación, una carga legal debida y no realizada por acción u omisión.⁷³

Tampoco es ni será obstáculo para la asegurabilidad de la responsabilidad dimanante de la no promoción tempestiva de la disolución el hecho posible y previsible de que la sociedad tenga pérdidas. El riesgo de empresa es precisamente ese, el éxito o el fracaso de la actividad empresarial. Pero lo que se asegura en este supuesto de responsabilidad solidaria no es el riesgo de que la empresa pueda tener pérdidas cualificadas, sino el riesgo de que los administradores no cumplan con la carga legal de promover en tiempo y forma el acuerdo de disolución necesario, sea éste orgánico, sea judicial.

Es verdad que el riesgo de disolución o negligencia de disolución es más bien pequeño en el ámbito de la sociedad cotizada o gran sociedad. No en cambio en pequeñas y mediana sociedades, más bien de gestión cerrada o estrecha. La antiselección de las aseguradoras llega al extremo de excluir precisamente este riesgo para pequeñas sociedades. Lo cual es lícito pues no desnaturaliza el contrato de seguro.

Los administradores asumen obligaciones y deberes de actividad, no de resultado. No responden de esas pérdidas, de ese riesgo de empresa, inasegurable desde un punto de vista técnico. Responden eso sí de su conducta, del incumplimiento de sus deberes, pero no por las decisiones empresariales aunque éstas sean erróneas y lleven al fracaso a la sociedad. Si la sociedad sufre pérdidas

tuye una medida aflictiva patrimonial conminada por la ley y aplicada por la autoridad judicial – como de la sanción penal, dado que la parte privada que tiene la iniciativa para su aplicación es también la que obtiene la ventaja patrimonial que deriva de ésta. Para este autor se sitúa así en un punto entre la pena convencional y la sanción penal, dado que no cumple una función únicamente sancionadora o aflictiva, sino también la de proporcionar ventajas a quien se legitima para exigir la responsabilidad por el incumplimiento de una carga legal.

⁷³ Agudamente, RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 242, señala cómo la desvinculación de la responsabilidad respecto de la producción de un daño efectivo no significa que ésta pierda su carácter de responsabilidad civil ni tampoco que adquiera el carácter personalísimo que tienen las sanciones penales y administrativas que, en principio, excluye su asegurabilidad.

como consecuencia de su propia actividad, más o menos dinámica, es un riesgo que ni asume una aseguradora ni por el cual responde un administrador. Ello no impide que la causa de las pérdidas dimanen de una decisión equivocada, manifiestamente arriesgada o errónea. Unas decisiones que entran dentro del ámbito del ejercicio de las funciones y deberes de administrar. Cuestión distinta es cuando la decisión es deliberada y dolosamente dañina por parte del administrador, con la clara intención de perjudicar y dañar a la sociedad, al margen de lo que es el ejercicio razonable y la mesura en sus deberes legales.

Por todos es sabido que la sociedad, sea capitalista, sea por el contrario personalista, prime en mayor o menor medida el *intuitu personae*, el *intuitu pecuniae*, sea de gestión cerrada o estrecha, familiar, o por contra sociedad cotizada y abierta, necesita de sus órganos para actuar, para proyectarse en el tráfico en las relaciones jurídicas y económicas.⁷⁴ Quién use y cómo use en la esfera externa la razón social y represente a la sociedad traerá sus consecuencias, primero respecto de la propia sociedad, segundo y por vía de responsabilidad, respecto del administrador, directivo, consejero, etc. Dejamos ahora al margen la relación orgánica, relación de dependencia y las siempre confusas fronteras, interesadamente confusas y confundidas, entre el consejero y el alto directivo, relación laboral especial, o incluso la de aquellos que mantienen, cuando coinciden en la misma persona u ostenta la denominación de consejero delegado y director general. Sin ir más lejos véase la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2009.

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros foráneos, no existe un deber legal de asegurar la responsabilidad civil de los administradores, lo que no empece a que ésta sea una de las cuestiones más delicadas y a la vez

⁷⁴ Una retrospectiva evolutiva de esta responsabilidad y su aseguramiento puede encontrarse en CASTRESANA SÁNCHEZ, “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], Madrid, 1994, pp. 629 y ss. SÁNCHEZ CALERO, “Evolución de la responsabilidad civil de la empresa y su aseguramiento”, *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], Madrid, 1994, pp. 15 y ss., p. 24, afirma que el módulo general de diligencia tradicional del “*bonus pater familia*” –válido para una sociedad preindustrial– no resulta aceptable cuando la actividad económica e industrial tiene una difusión creciente y en la que opera el empresario ofreciendo bienes y servicios al mercado. Aparece así una pauta de diligencia mucho más rigurosa, ya que estamos ante una actividad profesional. De manera que ese comportamiento ha de medirse teniendo en cuenta la conducta de un ordenado empresario en el campo de la actividad económica de que se trate. Surge de este modo, no solo un incremento de la diligencia que ha de examinarse en relación con el causante del daño, sino también a la hora de efectuar la valoración de su comportamiento.

que más preocupan a quien es designado y acepta como administrador, pues las condiciones en cómo acepte y las verdaderas funciones que desempeñe, así como el grado de lealtad para con la sociedad, serán determinantes de una exigencia de responsabilidad o no.⁷⁵

El seguro de responsabilidad civil de administradores tiene un carácter voluntario, carácter que no empece que prácticamente todos los administradores gocen de esta cobertura. Una voluntariedad que casa o tiene que hacerlo con la selección y antiselección del riesgo por parte de la entidad aseguradora y donde la selección adversa desempeña un papel destacado. ¿Qué información, qué riesgo real se declara y cuál es la actitud a posteriori sobre ese riesgo asegurado y garantizado por el administrador que puede desvirtuar y desconfigurar él mismo yendo más allá de la lealtad y buena fe contractual?⁷⁶ Como es sabido,

⁷⁵ Vid., entre otros, la aportación de VIÑUELAS SANZ, “Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal”, *Anuario Facultad de Derecho UAH*, 2010, vol. III, pp. 371 y ss., p. 372, sobre la voluntariedad del seguro, así como la posibilidad de que pueda preverse convencionalmente mediante disposición estatutaria o por acuerdo de la junta general su establecimiento. La autora trae a colación cómo la tramitación parlamentaria de la ley 6/2005, de 22 de abril, planteó la imposición de la obligación de contratar un seguro a favor de los administradores de sociedades cotizadas. Por su parte, en un estudio que analiza la posible responsabilidad profesional como consecuencia de la crisis financiera y las hipotecas *subprime*, traza una divisoria entre los seguros D&O y E&O, ésta última referida a errores y omisiones por los que han de responder civilmente los profesionales. HOLT, “Subprime and Credit Crisis Investigations: What Constitutes a Claim for The Purposes of Professional Liability Insurance?”, *Conn. Ins., L.J.*, 2012, vol. 18-2, pp. 585 y ss., p. 590, señala en este sentido: “D&O insurance, which was developed after the 1929 stock market crash, is intended to cover the cost of indemnifying and defending a corporation’s directors and officers for wrongful acts committed while carrying out their corporate responsibilities. In contrast, E&O insurance provides more general coverage for defense costs arising from wrongful acts committed by the corporation and its employees. Generally, the insurance company’s duty to defend a policyholder is activated when a lawsuit is initiated. If the allegations in the complaint support a cause of action that falls within the scope of the policy, coverage is triggered. Whether the policy will cover the costs associated with responding to and defending against a government or regulatory investigation depends, of course, on the actual language of the policy. D&O and E&O insurers do not share a common form, so policies vary from carrier to carrier. While most policies share similar conditions and exclusions, insurance companies have developed their own terms and wordings over the years. What may seem like a trivial difference in the wording of a key term could make all the difference with regard to the policy’s coverage”.

⁷⁶ Evocativo el artículo de ROMANO, “What Went Wrong with Directors’ and Officers’ Liability Insurance?”, *Del. J. Corp. L.*, 1989, vol. 14, pp. 27 y ss., p. 30, la autora dice que cuando los tribunales reescriben un contrato de seguro, el precio de los seguros que las aseguradoras perciben no habrá sido conmensurado con el riesgo que ellos actualmente calibran. Serán necesarias primas más altas sobre nuevas pólizas, con términos idénticos a los viejos, pólizas más baratas, para compensar al asegurador ante el nuevo riesgo añadido por los tribunales: “To the extent that the losses are within the insured’s control [or knowledge], [...] the news risks being placed on insurers may be so difficult to assess as to

la propia sociedad, bien sea a través de las normas estatutarias, bien a través de un acuerdo de la junta general, en defecto eso sí de disposición estatutaria, fija las garantías que los administradores deberán prestar o los releva de esa prestación. Así las cosas, ¿qué mejor garantía que la cobertura de un seguro de responsabilidad civil con una amplia suma asegurada?

La práctica del seguro de responsabilidad civil de directivos y administradores ha mimetizado sus clausulados, contenidos y experiencias de la práctica norteamericana, donde este seguro se ha desarrollado extraordinariamente.⁷⁷ El paroxismo llega a que en no pocas ocasiones se produce una reproducción literal del clausulado con referencias explícitas a legislaciones de aquel país.

La pauta es que la propia sociedad capitalista suscribe y negocia la póliza, en nombre propio y por cuenta de sus administradores. Negocia y delimita, condiciona y contornea los límites de cobertura, los supuestos de inclusión y exclusión. La sociedad es tomadora del contrato de seguro. *El dominus negotii*. Asegura el riesgo de responsabilidad del administrador. Y ese administrador o alto directivo lo es de su sociedad, de sus filiales, e incluso en los condiciona-

be uninsurable, which could lead insurers to withdraw from the market". Véase igualmente SIEGELMAN, "Adverse Selection in Insurance Markets", cit., p. 1233, donde el autor destaca cómo el activismo judicial durante la década de los años ochenta sobre la responsabilidad de administradores y directivos ha ido creando y asentando una nueva doctrina legal sustantiva sobre la responsabilidad de los administradores, más amplia, más extensiva y con mayor oportunidad respecto de la década anterior. El exceso de interpretaciones judiciales ha terminado por que los tribunales blasonen riesgos ex post donde se discute si entran o no dentro del riesgo cubierto.

⁷⁷ Sobre el origen, evolución del régimen de responsabilidad de los administradores y su aseguramiento, tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho comparado, Vid., sobre todo, RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujeto, interés y riesgo)*, Pamplona, 2002, pp. 19 y ss., quien ofrece una completísima bibliografía extranjera. ÁVILA VILLEGAS, "El seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O)", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, pp. 11 y ss., p. 12, apunta cómo la crisis de 1929 marca el punto de partida del nacimiento de las pólizas de seguros de responsabilidad civil para administradores y directivos. El aumento de acciones de responsabilidad contra los administradores interpuestas por accionistas, así como la posición jurisprudencial contraria a que las sociedades afrontaran los gastos de defensa judicial, provocó el nacimiento de los primeros seguros. Véase también la importante aportación que realiza IRIBARREN, "La extensión de la cobertura D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad", *ADCO*, 2006, nº 7, pp. 83 y ss., donde analiza la responsabilidad de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad en el seno de un procedimiento concursal, lo que significa necesariamente que ha debido declararse en un momento anterior a la condena de los administradores el concurso de la sociedad. Hecho éste que puede producir efectos sobre el contrato y consiguientemente afectar la cobertura de la responsabilidad concursal de los administradores de la sociedad.

dos de las aseguradoras, de aquellos altos cargos designados en sus sociedades participadas. Así serán normales cláusulas del tenor, genéricas en su redacción, de cobertura subjetiva que señalen:

Los Administradores y Directivos de la Sociedad titular de la póliza, especificada en las Condiciones Particulares, y cualquiera de sus Sociedades Filiales. También aquellas personas físicas designadas que ejerzan en una Sociedad Participada un cargo de Administrador o Directivo.

Lo cual no obsta a que sea el propio administrador, al menos en algunos tipos sociales, el que personalmente tenga que hacer frente a una franquicia de un determinado tanto por ciento.⁷⁸ Franquicia no obstante que genera cuando menos ciertos problemas de incertidumbre e inseguridad, dado que habría que establecer su ámbito concreto de extensión respecto de la responsabilidad *ad extra* de los administradores, hasta qué punto la obligación de franquicia pende sobre los administradores y no sobre la propia sociedad en cuanto tomadora, o problemas más determinantes como el establecimiento de un umbral mínimo de la franquicia en supuestos de responsabilidad solidaria. Sin duda, su finalidad es prevenir anticipadamente la responsabilidad, algo que, sin embargo no la evita.

⁷⁸ Así, por ejemplo, en el derecho societario alemán, la ley sobre adecuación de las retribuciones de los miembros de la dirección, de 5 de agosto de 2009 (*Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung*) brindó un nuevo párrafo al parágrafo 93 de la *Aktiengesetz*, por el que se establece que deberá contratarse una franquicia del 10% del siniestro, franquicia que en todo caso no puede ser inferior a una vez y media la remuneración fija anual del administrador, de tal modo que el asegurado en este seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos, el propio administrador o directivo, soportará una parte del daño, la no cubierta económicamente a expensas de la franquicia. A este respecto véase el interesante análisis que lleva a cabo KOCH, "Einführung eines obligatorischen Selbstbehalts in der D&O-Versicherung durch das Vorst AG", AG, 2009, n° 18, pp. 637 a 647. Autor que además reflexiona sobre la polémica levantada en Alemania a propósito de este añadido y que no pocos cuestionaron por ser una intromisión a la libertad de contratación consagrada en el artículo 12 de la Norma Fundamental. En otra arista del problema, pero también de la polémica, se argüían igualmente problemas de discriminación al aplicarse únicamente a administradores de anónimas y no al resto de tipos societarios así como de seguros de responsabilidad civil profesionales. A juicio del autor, no se extendería esta obligación de franquicia a aquellos administradores que lo fueran del consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*) así como tampoco a altos ejecutivos o directivos.

No puede olvidarse, empero, que en los últimos años se ha producido una suerte de agravamiento del régimen de responsabilidad de los administradores, modulado en cierto modo tanto por causas endógenas como por causas exógenas. Paralelamente, los códigos de buen gobierno y esa etiología ética de la persona jurídica han introducido un nuevo debate entre el gobierno corporativo y el seguro, así como los límites de los deberes de los administradores.⁷⁹

Así, a la tradicional responsabilidad por daños causados en el ejercicio del cargo, que en el texto refundido de Anónimas sí apreció un salto cualitativo y cuantitativo respecto de la legislación anterior, dado que entre otros extremos ante la culpa leve de los administradores se invirtió la carga de la prueba, ampliándose la legitimación para el ejercicio de la acción y se cercenó todo atisbo de convalidación del acto o actuación por parte de la junta, se une además el siempre polémico y desdichado artículo 262.5 de la Ley de Anónimas, retocado y trastocado una y otra vez, la última a propósito de la Ley Concursal.

El legislador español de sociedades de capital, tras la reforma de 2010, en su artículo 236 –anteriormente eran el 133 y el 69 en su dualidad anónima/limitada– establece una responsabilidad de los administradores por el daño causado por actos contrarios a la ley, a los estatutos sociales, o por los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Deslindar el grado de esa diligencia en el desempeño de sus competencias se convierte en una cuestión crucial. Es cierto que en los viejos esquemas de la Ley de 1951, artículo 79, el administrador respondía por el daño causado a la sociedad, a los socios y a los acreedores por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En esta regulación, hoy ya precluida, el régimen de responsabilidad de los administradores adolecía de una suerte de excepción del principio general de responsabilidad por culpa, sin que se mencionase la infracción de normas, ley, estatutos, etc. Ahora se amplían los ámbitos de responsabilidad de los administradores, aumentan igualmente los supuestos que acarrearán responsabilidad y se facilita su ejercicio. Sirva así de ejemplo cómo la propia Ley de Anónimas de 1989 redujo precisamente el umbral para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que en la normativa abrogada era de un 10% y ahora se reduce a la mitad. Si a ello le unimos el evitar una excesiva onerosidad del litigio o demanda de los accionistas

⁷⁹ Sirvan como botón de muestra, los seguros que cubren la responsabilidad civil de administradores sociales, el *risk management* y la crisis financiera. Así, véase la aportación de ROSE, “Regulating Risk by Strengthening Corporate Governance”, *Conn. Ins. L. J.*, 2011, vol. 17:1, pp. 1 y ss.

a los administradores, las cosas se facilitan. No en vano algunos ordenamientos sí han previsto expresamente la posibilidad de obtener el reembolso de las costas judiciales hasta el límite de la indemnización obtenida por la sociedad.⁸⁰

Ya no sólo se trata de tener una más o amplia o no cultura de la reclamación, o si se prefiere, del coste-beneficio-responsabilidad de entablar una demanda, también de atesorar en mayor o menor medida cierta cultura jurídica. La mayor o menor predisposición de un ordenamiento a permitir o tolerar la cultura de la litigiosidad, es sin duda el principal elemento que tener en cuenta. Y ello con independencia del cambio de tendencia jurisprudencial que en este ámbito ha sido sumamente significativo, al socaire de las reformas societarias de la responsabilidad, pues no hay que ignorar que si no se hubiese ampliado el círculo de legitimados, aumentado igualmente los supuestos de responsabilidad, así como eliminado la especificidad de la culpa, nada de esto sería hoy posible. Tampoco este aseguramiento.

Así las cosas, se ha llegado a un punto de no retorno en el que hay que balancear si el rigor, progresivo y creciente, excesivo quizás, quizás no, en la exigencia de responsabilidad de los administradores, no obliga a hacer cada vez más necesario que surjan figuras como este seguro de responsabilidad civil, o incluso, o en su defecto, que muchos profesionales se vean detraídos de aceptar un puesto en un consejo de administración. Hasta dónde llega o dónde está el límite en la responsabilidad de los administradores es un interrogante aún sin respuesta y que muchos se hacen. El giro en cierto modo copernicano que supone en el ámbito de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades que marcó la nueva regulación de anónimas, hizo que crecieran exponencialmente las acciones de responsabilidad contra ellos, así como el aumento vertiginoso de su riesgo de responsabilidad, con lo que el camino para una nueva simbiosis, necesaria, entre seguro y responsabilidad estaba trazado.

Es evidente, en suma, que el seguro se convierte en el instrumento más racional para combatir el rigorismo elevado en la exigencia de responsabilidad, lo cual no significa que se cubra todo, pues cómo se cubra el riesgo y hasta dónde, es una cuestión antialeatoria que dirimirán las propias aseguradoras.⁸¹

⁸⁰ Sobre este extremo y para mayor exhaustividad, véase RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, cit., p. 22, nota 11.

⁸¹ En parecidos términos se pronuncian FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-

Y lo será en aquellos ordenamientos en los que las normas societarias han profundizado y agravado el régimen de responsabilidad, y lo será menos en aquellos otros en los que se limita la responsabilidad de los propios administradores, así como las consecuencias patrimoniales de ésta a las que tendrían que hacer frente los administradores de no hacerlo la sociedad. Senda ésta que han trazado no pocos ordenamientos jurídicos de estados norteamericanos mediante mecanismos tales como las normas *self-executing* o la *corporate indemnification*.

De otra parte, el administrador responderá solidariamente por todas las deudas sociales cuando de concurrir causa de disolución no la hubieren promovido, sea socialmente, sea judicialmente, máxime en supuestos de insolvencia. Es la responsabilidad que algunos han adjetivado de sanción que se reguló en los artículos 262.5 de Anónimas y 105 de Limitadas y, que, sin solución de continuidad y como mera armonización sistematizadora pero no nueva regulación, se recogió en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital.⁸²

Y al lado de estas responsabilidades clásicas, civiles y si se quiere, aunque no corresponda, mercantiles, surgen nuevas responsabilidades de índole penal, tributaria, administrativa que igualmente son exigidas a los administradores de sociedades. Adviértase que nada empece que como objeto y titular de la reclamación se activen demandas que procedan no sólo de terceros (proveedores, clientes, administradores concursales en caso de insolvencia, competidores, autoridades fiscales, seguridad social, etc.), sino también de partes pertenecientes a la propia empresa (el titular del seguro de D&O, otros asegurados de la póliza de D&O, filiales, empleados, etc.). Nuevos riesgos que nada tienen que ver en su naturaleza con la genérica responsabilidad civil, pero que configuran directa e indirectamente unas pautas de actuación y, en su defecto, de responsabilidad.

Incrementados sustancialmente los riesgos, aumentado exponencialmente el número de demandas o litigios, dado el coste-beneficio-responsabilidad de la demanda, las aseguradoras antiseleccionarán muy bien qué riesgos cubren

societaria”, en *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital* (J&A GARRIGUES ABOGADOS), Madrid, 1996, pp. 1-55, p. 48.

⁸² Sobre este particular ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en VEIGA COPO, “La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales”, *Derecho de sociedades*, Congreso Unijés 2007, Barcelona, 2008, I.

y cuáles no, así con qué limitaciones. Pues ¿acaso una aseguradora no puede exonerarse de cubrir el riesgo de una multa impuesta a un administrador, y por ende, a la sociedad como consecuencia de una infracción tributaria o administrativa?

Generalizada la cobertura asegurática de la responsabilidad civil de los administradores y directivos, la pregunta se centra en si aquélla, la responsabilidad civil, mitiga su función preventiva al asegurarse o no, así como si verdaderamente cumple una función compensatoria de cara al perjudicado. En cierto modo, los administradores y directores, y por ende, la sociedad, que tiene cubiertas las consecuencias económicas de una mala actuación de sus administradores es indudablemente más dinámica, al no estar tan atenazada por su aversión al riesgo. Teorías como la de agencia y la de la cartera han ayudado a allanar el camino a la contratación de este seguro.⁸³ La aversión al riesgo del administrador no es la misma que pueda tener el accionista que diversifica su cartera. El administrador no puede diversificar esa cartera que no tiene, pero sí el riesgo de su puesto, de su capital de gestión, humano y burocrático. Asimismo, puede gestionar con mayor dinamismo, si no se siente atenazado por el riesgo de una responsabilidad culposa no asegurada. Es lo que se ha denominado como maximización de su utilidad.⁸⁴

Si ha sido tradicional plantearse la mutua interferencia que puede tener la contratación o cobertura de la responsabilidad civil a través de este seguro, con la actuación del propio administrador que se sabe cubierto o al menos garantizado por patrimonio ajeno, en efecto, ¿cómo incide el seguro en el comportamiento y grado de diligencia del directivo o administrador?, ¿actuaría igual, decidiría del mismo modo o se comportaría de tal modo si no tuviese esta cobertura garantoria? Y a sensu contrario, ¿sabiendo que existe

⁸³ Ambas perfectamente tratadas en el espléndido artículo de CAMPÍ VARGAS, “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *RDM*, 2003, nº 249, pp. 981 y ss., pp. 986 y 987, para quien el seguro sería un mecanismo idóneo para alinear los intereses de la propiedad y el control, configurándose sino como sustitutivo, sí por lo menos como mecanismo complementario al *monitoring* de los directivos por los accionistas.

⁸⁴ Así, nuevamente, CAMPÍ VARGAS, “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos”, cit., p. 991, establece en dos los objetivos que debe cumplir este seguro: garantizar de un lado, una política de dirección beneficiosa para la empresa sobre la base de una asunción de riesgo adecuado, sin que a su vez el dinamismo haga disminuir en los administradores el cuidado necesario en el ejercicio de su actividad. A tal efecto, la solución más adecuada pasa necesariamente por la correcta delimitación del objeto de la cobertura del seguro.

un contrato de seguro, exigirían los terceros o serían más proclives a exigir la responsabilidad pertinente? O lo que es lo mismo, ¿sabiendo que hay un patrimonio ajeno responsable, declararían los jueces esa responsabilidad que quizás no se hiciese en igual intensidad de no mediar un contrato de seguro de responsabilidad civil? Capital sin duda se convierte el desmenuzamiento de dos coordenadas claves, a saber, seguro y deberes de los administradores. En efecto, ¿qué impacto tiene en el seguro la transgresión de los deberes de diligencia y de fidelidad del administrador de cara a la cobertura asegurativa? Piénsese además que en la práctica jurisprudencial la lógica es la de cierta indulgencia ante los comportamientos imprudentes de la administración societaria. En cambio, no sucede lo mismo cuando se conculca el deber de fidelidad, donde se exige una más rigurosa responsabilidad por fraude, donde la nota de la severidad contrasta con la permisividad del anterior deber.

El seguro no limita ni amplía la responsabilidad, tampoco su exigibilidad; cumple la función que tiene que cumplir. El administrador va a responder exactamente igual de su actuación negligente o imprudente estando asegurada esta responsabilidad como si no lo está. Sus consecuencias respecto de la sociedad, socios y acreedores, así como otros terceros, será exactamente igual, si bien modulada en el aspecto económico de la indemnización, dado que *a priori* no tiene que hacer frente a la totalidad de ésta, si bien ello no implica tampoco y *per se* que sea la propia asegurada la que haga frente a la totalidad del daño, pues habrá que analizar el ámbito de cobertura, las exclusiones en la delimitación del riesgo, los límites de la suma asegurada, la actuación negligente o dolosa del asegurado, así como la existencia frecuentemente de franquicias, etc.

No por estar cubierta la responsabilidad los administradores serán menos diligentes o arriesgarán más, y no porque exista, acreedores, terceros, socios e incluso sociedad se dirigirán a una aseguradora por que sí. La intencionalidad del asegurado, del administrador juega una importante baza, pero no hasta al punto de que toda actuación quede cubierta o goce de una exoneración. O concurren las causas, los presupuestos de exigibilidad de la responsabilidad, o no porque haya un seguro responderán en todo caso administrador y aseguradora. No se olvide la inasegurabilidad del dolo, de la mala fe en la actuación del administrador, así como la amplia gama de exclusiones que a buen seguro antiseleccionarán las aseguradoras. De igual modo, la suma asegurada establecida por la aseguradora desempeñará un papel crucial en la selección de los

riesgos, pues limitando la cuantía todo administrador sabe que su irresponsabilidad puede acarrearle además hacer frente a parte de las indemnizaciones, y ello con independencia de que además sea normal en los condicionados el establecimiento de ciertas franquicias a las que en todo caso ha de hacer frente el propio asegurado administrador y que en suma constituyen uno de los mejores acicates para que no reflejen sus ámbitos de diligencia, lealtad y prudencia en la gestión y administración de la sociedad.⁸⁵

No ha de olvidarse además que tal y como rezaba la propia Ley de Anónimas de 1989 en su artículo 134, y por remisión a ésta del propio 69 de la ya derogada de sociedades limitadas, el acuerdo de promover la acción social de responsabilidad o de transigir, determinará la destitución de los administradores afectados.

4.1. Sujetos del seguro: sociedad tomadora, administrador asegurado y acumulación de posiciones subjetivas

Los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos cubren la responsabilidad civil de sujetos que orgánicamente o jurídicamente están vinculados a la propia sociedad. Se asegura la responsabilidad en que hayan podido incurrir en el ejercicio de las funciones propias de la administración social tanto los administradores como los directivos vinculados a la sociedad por una relación laboral especial. Probablemente, esta asunción cumulativa de ambos se debe a la importación, en cierto sentido, en barbecho, que se hizo de la práctica y los condicionados norteamericanos, que no sólo cubrían a los dos sujetos: *directors* y *officers*, sino que además respondían civilmente de conformidad con parámetros análogos, algo que sin embargo no es predicable, ni tampoco puede serlo, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto societario como laboral.

Por todos es sabido que la responsabilidad civil exigida a los administradores, consejeros en suma, se vehicula a través de las normas societarias, ahora unificadas en la regulación de sociedades de capital (arts. 236 y ss. de la LSC). Así, para el caso de anónimas, eran el viejo artículo 133 y el 135 del cuerpo legal. En cambio, la responsabilidad del alto directivo, vinculado por una relación laboral, especial eso sí, responde ante terceros bajo los paráme-

⁸⁵ Así, entre otros, RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 40; también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Responsabilidad de los administradores de sociedades", cit., p. 54.

tros de la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 y la del 1903, por la que el directivo, gerente, factor, o comoquiera que se le denomine, responde además por la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando* de sus dependientes, responsabilidad en suma por hecho ajeno. Responsabilidad además que es exigible también o puede serlo, por la propia sociedad a la que le vincula no una relación orgánica, pero sí laboral especial.

Responsabilidad en clave interna del administrador respecto de la sociedad, reintegración en suma del patrimonio societario. Responsabilidad externa del administrador respecto de socios y terceros acreedores con la finalidad de reintegro, resarcimiento del daño individual que han sufrido socios o terceros. La sociedad buscará un resarcimiento cuando el administrador le haya causado un daño, daño que se produce por una actuación negligente, contraria a la ley, a los estatutos sociales, infringiendo los deberes y pautas de conducta, lealtad y diligencia.

Para las pólizas al uso y en uso, la descripción de persona asegurada puede ir desde el laconismo más parco, hasta el punto de entender por tal quién es a su vez persona asegurada y la sociedad, hasta la prolijidad de una enumeración que incluye: cualquier persona física que haya sido, sea o llegare a ser durante el periodo de seguro: a) administrador y directivo de la sociedad; b) consejero no ejecutivo del tomador de la póliza; (c) administrador, consejero, alto cargo, directivo, patrono, *trustee*, gerente, miembro de la junta directiva o cargo equivalente en una sociedad participada a petición expresa de la sociedad; d) *shadow director* de la sociedad, de conformidad como se define en la sección 251 de la Companies Act 2006 del Reino Unido, cualquier modificación posterior de esta norma, o según cualquier otra ley similar en jurisdicción; e) un empleado de la sociedad que haya recibido autorización por parte de la Financial Service Authority del Reino Unido (FSA), de cara a realizar algunas de las funciones de control denominadas como *significant influence functions* en la sociedad, de acuerdo con la sección 59 de la Financial Services and Markets Act 2000 y su actualización posterior.

Es cierto que la práctica ha extendido este seguro, sobre todo en las grandes sociedades corporativas capitalistas con capital admitido a negociación bursátil. Pero nada obsta sin embargo a que toda sociedad, tanto de capital como también personalista, pueda contratar un seguro de responsabilidad civil. Es cierto que la especial fisonomía de las sociedades personalistas hace que la figura no se prodigue, máxime cuando la propia estructura administradora responda al

régimen de administración legal consagrado en el artículo 129 del Código de Comercio, en el que de facto todos los socios colectivos son administradores.

Normalmente, el tomador del contrato de seguro es la propia sociedad capitalista, lo que no impide a que pueda ser el propio administrador quien contrate el seguro directamente en su doble condición de asegurado y tomador.⁸⁶ La dicotomía contratación en nombre y por cuenta propia, en nombre propio pero por cuenta ajena, se da también en este ramo de seguros. La diferencia es si la contratación es por cuenta propia o por cuenta ajena, individual o colectivamente. Es cierto, además, que la práctica del seguro conoce supuestos en que las aseguradoras se niegan a concertar seguros individualizados de administradores, por lo que solo cabe un seguro colectivo en el que la sociedad actúa en nombre propio y por cuenta ajena de la totalidad de sus administradores y directivos. Imaginémos la heterogeneidad de las posibles coberturas, así como también sus manifiestas carencias si cada uno de los administradores del órgano de administración de la sociedad contratase una póliza individual de responsabilidad y no con la misma aseguradora ¿Qué se cubriría en unos casos y qué en otros, así como cuáles serían los umbrales máximos? Queda ahora al margen la vieja polémica de si al pagar la sociedad unas elevadas primas por el aseguramiento de la responsabilidad en que puedan incurrir sus administradores, incurre o no en derroche o despilfarro. Evidentemente, el pago de la prima aunque lo realice el tomador sociedad se puede enmascarar de muchas formas dentro del concepto amplio de retribución de los administradores, pero de lo que no cabe duda es que junto al interés directo que los propios administradores tienen en salvaguardar, en la medida de lo posible, su propio y personal patrimonio de reclamaciones por daños, la sociedad sí tiene un interés explícito y distinto en la contratación de ese aseguramiento. Interés diferente, pero no contrapuesto al propio y específico de cada administrador.⁸⁷ Pero ambas po-

⁸⁶ Sobre este extremo véase en la literatura jurídica alemana al analizar las relaciones jurídicas entre la responsabilidad y el seguro D&O, la aportación SCHMITT, *Organhaftung und D&O Versicherung. Zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung*, Múnich, 2007, p. 100, cuando asevera “Die D&O-Police wird stets zwischen dem Versicherer und dem (Anstellungs) Unternehmen geschlossen. Der Versicherungsschutz entfaltet sich jedoch nicht unmittelbar zugunsten des Unternehmens: gedeckt sind ausschliesslich der versicherten Personen, die Mitglieder der Leitungsorgane”.

⁸⁷ No en vano se ha argüido que esos intereses de la sociedad irían desde la propia salvaguardia del patrimonio social que, sin duda se podría ver afectado por una negligente actuación de los administradores, así como otros que serían la de atracción al cargo de administrador de aquellas personas más competentes y capacitadas. Una aproximación en CALBACHO LOSADA, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*

siciones contractuales no están perfecta y plenamente diferenciadas. El único interés que interesa a efectos del seguro es el del administrador y, en su caso, del alto directivo, que teme exponer su propio patrimonio personal a la acción de responsabilidad civil por un daño causado a un tercero en su actuación cuando menos negligente. No se pueden confundir los planos de la sociedad tomadora con los del administrador asegurado. La propia sociedad tiene acción social de responsabilidad, no lo olvidemos, respecto de los administradores, siempre que exista acuerdo de la junta general. Pero también, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de los administradores y directivos, la tomadora, esto es, la sociedad persona jurídica, viene obligada por el condicionado del seguro de responsabilidad civil a asumir la cláusula de reembolso de la compañía.⁸⁸

Y si la contratación del seguro es un acto o negocio jurídico voluntario, dado que en norma ninguna se exige su obligatoriedad, ¿quién decide su contratación por parte de la sociedad: la junta general o el órgano de administración, que es sobre quien recae tamaño beneficio o garantía? Y el problema es otro, además, dado que si el pago de la prima se entiende que forma parte de la retribución de los administradores (¿qué sucede entonces si no hay retribución porque la administración se entiende gratuita?), será el órgano competente el que tenga asignadas las funciones retributivas, pero ¿y si es la sociedad matriz de un grupo de sociedades la que contrata una póliza global para todos los administradores y directivos del grupo, decide sólo ella, el órgano competente en fijar la retribución?⁸⁹ Si entendemos que forma parte del sistema de retribución de los administradores, el órgano es el mismo que fije la retribución a los administradores, pero si ésta no forma parte de la retribución, será competente el propio órgano de administración en tanto

contra los administradores de la sociedad anónima (doctrina y jurisprudencia), Valencia, 1999, p. 568. Para FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O)*, Granada, 1998, p. 53, la sociedad tiene interés en gozar de la garantía aseguradora sobre el margen de actuación de su órgano de administración.

⁸⁸ Sobre este punto, vid. la aportación específica de LANGE, “Die Company-Reimbursement-Klausel in der D&O-Versicherung”, *VersR*, 2011, n.º 10, p. 429, donde además de reconocer que esta cláusula de reembolso de la compañía es internacionalmente un típico objeto de cobertura del seguro D&O, el artículo desgana toda la operatividad de la cláusula cuando estamos ante sociedades matrices y filiales y se reactiva el reembolso. Para mayor profundidad véase el estudio monográfico de IHLAS, *D&O- Directors & Officers Liability*, 2.ª ed., Berlín, 2009, pp. 323 y ss.

⁸⁹ Sobre este particular ya se pronunció en su momento entre otros, PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, 1999, pp. 247 y ss.

que desarrollaría una competencia de gestión. Es cierto, no obstante, que el ordenamiento societario español distingue la profusión que sí hace, hacía en el artículo 66.3 de la Ley de Limitadas respecto del órgano encargado de fijar la retribución de los administradores y el silencio más elocuente en sede de anónimas que, en todo caso, recaerá en la junta general, de no existir nada previsto estatutariamente, la competencia.

Y paralelamente, dado que el tomador del seguro en cuanto *dominus negotii* está obligado a realizar todos los deberes y contraprestaciones respecto de la aseguradora, mas ¿acaso no son los propios administradores asegurados los que actúan por cuenta de ésta? Son los administradores los que tienen en definitiva que dar cuenta y cumplir con la amplia amalgama de obligaciones y deberes del contrato, tanto precontractuales como el deber de declarar el riesgo de cara a la antiselección de éste por parte de la aseguradora, así como los propiamente contractuales desde la agravación del riesgo, su disminución, el pago de la prima, con todas las posibilidades de rescate, reducción, anticipo, prenda, etc., comunicar el siniestro, y todo lo relacionado con las circunstancias de éste, el deber de salvamento, la comunicación de seguros múltiples, etc., pero ¿qué ocurre cuando es la propia sociedad la que ejerce la acción directa ante la aseguradora, cómo actúa?, ¿puede renunciar la sociedad al ejercicio de esta acción social al haber pagado la prima, o por el contrario, carece de fundamento tamaña renuncia? No alcanzamos a comprender aquellas posturas que preconizan la renuncia anticipada de la acción social de responsabilidad en el caso de que sea la sociedad la tomadora del contrato y que pague la prima del seguro. Condicionar o encadenar tamaña consecuencia jurídica es un auténtico disparate y ariete en todo caso para una actuación caprichosa por parte de los administradores.

Como bien se ha señalado en nuestra doctrina, la contratación del seguro por la sociedad no puede interpretarse como voluntad de no exigir responsabilidad, sino al contrario, como reforzamiento de las posibilidades de obtener resarcimiento en caso de responsabilidad social de los administradores.⁹⁰ Y entre los perjudicados, cómo no, la propia sociedad tomadora del contrato de seguro.

Respecto de la posición o asunción de la figura de asegurado, ésta recae sin duda en la figura del administrador de la sociedad. Extensible en virtud

⁹⁰ Cfr. RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, cit., p. 103.

de la amplitud subjetiva de la póliza y del condicionado a los directivos y altos ejecutivos. Problemática especial suscitó en otros ordenamientos la posibilidad de si la propia sociedad tomadora podía ser al mismo tiempo asegurada. En este supuesto sería la propia sociedad la que asumiría la obligación de indemnizar a los administradores por los fastos o daños que les hubiere supuesto la exigibilidad por parte de terceros de su responsabilidad. Es lo que se conoce en la práctica anglosajona como la *corporate indemnification*, que no hace sino reducir o limitar los supuestos de responsabilidad de los administradores.⁹¹

La sociedad adquirirá un grado mayor o menor de compromiso indemnizatorio respecto de los administradores, modulado sin duda por la actuación de buena fe de éstos, así como la trascendencia de la actuación o la conducta respecto de los intereses societarios. Resarcimientos de gastos que pueden limitarse a un umbral máximo y en los que una parte estará copada por los gastos de defensa jurídica. Hasta cierto punto late una cuestión nunca resuelta del derecho de sociedades de si éstas deben resarcir o compensar a sus administradores de todos los daños que el ejercicio de representación y gestión de la sociedad les acarrea.

¿Qué sucede con las demandas entabladas contra los administradores exigiendo una responsabilidad civil?, ¿asume inicialmente los costes la sociedad, queda a expensas del fallo o de la firmeza de éste?, ¿se resarce todo, hasta dónde llega la cobertura del seguro de responsabilidad civil?, mas ¿qué sucede cuando la que acciona es la propia sociedad anónima o limitada ejercitando su acción social de responsabilidad?, ¿quién cubre o soporta esos gastos judiciales?, ¿debe quedar todo subsumido bajo el paraguas de gastos anexos a la obligación del cargo?, ¿y si el cargo de administrador no fuese retribuido, hasta qué punto puede acarrearle al propio administrador un coste? No debe confundirse y menos equipararse lo que de suyo no es homogéneo. En efecto, una cuestión es la retribución de los administradores y otra bien distinta tratar de compensar o resarcir los detrimentos patrimoniales que supone el ejercicio y desarrollo de su cargo.

Asegurado en puridad es el administrador de la sociedad o los administradores. Dejemos ahora al margen tanto la posibilidad de que también lo

⁹¹ Obligada la cita o referencia a RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, cit., pp. 135 y ss., que analiza con gran profundidad y excelente bibliografía esta modalidad de cobertura.

sea la propia sociedad como los supuestos legales y posibles también de un aseguramiento conjunto de la responsabilidad civil. Será asegurado quien efectivamente y de derecho ejercite funciones de administración en la sociedad. Es el ejercicio del cargo, el desempeño de la función de directivo, alto ejecutivo, consejero o administrador el que otorga el perfil y estatus de administrador. Quién, cómo y desde cuándo ostenta la condición de administrador es algo que debe quedar muy claro en la cobertura del seguro.

Y quizás la mejor opción es una descripción o designación genérica mediante referencia explícita al cargo y no una referencia subjetiva con nombres y apellidos, de tal modo que esto supondría una vinculación claudicante y siempre dudosa respecto de saber en qué momento el asegurado deja de ser administrador o no de la sociedad. Repare el lector que el nombramiento de administrador adquiere eficacia desde el momento en que se acepta el nombramiento, no antes. Pero no olvidemos también que la plena oponibilidad de la aceptación de administrador nace cuando ésta se inscribe en el Registro Mercantil y se publica en su Boletín Oficial, momento en el que el nombramiento y aceptación del cargo es verdaderamente oponible a los terceros de buena fe, y no a los que adolecen de ésta, el propio administrador nombrado y quien le nombra.

Lo verdaderamente importante a efectos de cobertura es saber a ciencia cierta si tal persona ostentaba realmente la condición de administrador en el momento en que se produjo el hecho desencadenante del daño. Ahí radica el límite de la cobertura o por el contrario de la total exoneración por parte de la aseguradora. Es normal además que en la descripción genérica que usualmente se emplea en la redacción de estas pólizas se haga incluso referencia de cara al futuro, a todos los que sobrevinidamente lleguen a desempeñar el cargo de administradores. Cargo el de administrador que en caso de un grupo de sociedades se hace genérico y omnicompresivo, salvo que específicamente se pacte lo contrario a todos los administradores del grupo, tanto de la sociedad matriz como de las filiales o participadas.

Ahora bien, dada la amplitud y el tono genérico en la delimitación-descripción de la persona asegurada, así como una permisividad en ocasiones pasmosa donde se extiende la cobertura al administrador de hecho, hemos de cuestionarnos realmente si tiene sentido asegurar en una póliza de administradores y directivos a un administrador paralelo, a quién de facto administra la sociedad. ¿Debe primar la protección de la apariencia y seguridad jurídica

ante quién administra de hecho?, ¿y respecto de quien de hecho administra convirtiéndose en un administrador en la sombra, acaso no se extiende a éste la responsabilidad de la administración? En nuestro ordenamiento responden los dos, tanto el administrador de hecho como el de derecho, y ante ambas responsabilidades ¿igualmente debe extenderse la cobertura y garantía del seguro? La lógica del seguro se proyecta respecto de quién actúa legalmente, no de hecho, o al menos así debería ser, y la razón es clara, que actúe diligente pero sobre todo sin miedo, en el ámbito de la toma de sus decisiones y gestión. ¿Acaso debe responder un administrador cuando no ha sido informado convenientemente por quién realmente dirige, administra y gestiona una sociedad? No actúa irresponsablemente quién actúa conforme a una base racional, aunque no necesariamente razonable. Esta es la premisa y la lógica en suma de la *business judgement rule*.

4.2. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de administradores

Como ya hemos analizado, el entrelazamiento entre riesgo, siniestro y daño se hace más evidente en los seguros de responsabilidad civil. Determinar el momento exacto de cuándo estamos ante siniestro en un seguro de responsabilidad civil no es una tarea sencilla ni tampoco ha sido pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, como hemos visto. Y aquellos presupuestos tan dispares para entender cuándo existe daño, si en el momento en que éste se verifica, en el momento en que es exigible la indemnización o cuando se produce en este caso el efectivo menoscabo, proporcionará sin duda nuevos elementos de discusión. La propia práctica asegurativa distingue en sus clausulados en la dimensión temporal de cobertura periodos de seguro y periodos adicionales de notificaciones, pero también emplea términos como periodos informativos con diferentes duraciones y tantos por cientos de primas adicionales predeterminadas. Franjas temporales de cobertura pura durante la constancia del riesgo y por tanto de su cobertura asegurativa, más franjas temporales que, en el fondo, son manifestación de cláusulas *claims made* ante supuestos de responsabilidad civil y reclamaciones más allá del período de vigencia, pero sin que exceda de unos límites o umbrales predeterminados en la póliza o en el condicionado.

Para un administrador asegurado que es demandado, el daño como tal en su interés, que no es otro que no ver mermado o reducido su patrimonio para

hacer frente al resarcimiento de terceros, se producirá cuando efectivamente se vea obligado a satisfacer la indemnización. En efecto, en el momento en que el asegurado viene obligado a indemnizar los daños que con su gestión y administración ha ocasionado o infligido a un tercero, es cuando se grava su propio patrimonio. Esa es su deuda, deuda resarcitoria, deuda de responsabilidad.

Delimitar el riesgo en un seguro de responsabilidad civil exige primeramente saber deslindar qué o en qué supuestos puede existir responsabilidad de los administradores en su actuación. Y a los efectos que ahora nos interesan, saber concretar cuál es esa responsabilidad civil, si bien el administrador también puede caer en una responsabilidad penal, fiscal, sanciones administrativas, etc., pero que probablemente son siempre objeto de exclusión expresa en estos condicionados. Ello no empece para que a la hora de delimitar el riesgo objeto de cobertura, las pólizas o clausulados partan primeramente de una cobertura objetiva amplia, al menos en cuanto a lo que se entiende como persona asegurada.

De hecho, es frecuente encontrarse con cláusulas de estilo que señalan: “el asegurador abonará a o en nombre de las personas aseguradas cualquier pérdida que se derive de cualquier reclamación presentada por primera vez contra las personas aseguradas durante el periodo de seguro o, de ser aplicable, durante el periodo adicional de notificación”, otras son quizás más confusas aseverando: “el asegurador se obliga a pagar en nombre de cada persona asegurada toda pérdida de cada persona asegurada resultante de una reclamación por un error de gestión de dicha persona asegurada”. Adviértase que más allá del laconismo de los significantes, en la descripción del riesgo se emplea hasta tres veces la expresión genérica *persona asegurada* y que en la propia póliza se define al asegurado i) como cualquier persona asegurada y ii) como la sociedad. Incluyen también los condicionados cláusulas de estilo donde se recoge taxativamente el reembolso a la sociedad, es decir, en aquellos supuestos en los que la sociedad mercantil hubiere indemnizado a las personas aseguradas de acuerdo con la legislación aplicable respecto de pérdidas que se deriven de cualquier reclamación presentada contra las personas aseguradas. Lo mismo acaece en la cobertura a la sociedad por reclamaciones por operaciones de valores, así como de quiénes ocupen cargos en sociedades participadas, es decir, que hubieren ejercido o durante el periodo de seguro comiencen a ejercer un cargo de administrador, consejero, consejero no ejecutivo, directivo, alto cargo,

patrono, *trustee*, gerente, miembro de la junta directiva o cargo equivalente en una sociedad participada.

La responsabilidad civil de los administradores venía delimitada legalmente tanto en la ley de anónimas como también en la de limitadas, hoy en la Ley de sociedades de capital de 2010, en los artículos 236 y siguientes, deslindándola entre responsabilidad social o respecto de la sociedad, y responsabilidad individual respecto de socios o consocios y terceros acreedores, incluso acreedores involuntarios. En cierto sentido la delimitación del riesgo en este seguro se hace teniendo en cuenta la responsabilidad que nace del hecho dañoso, del hecho, actuación, decisión que causa un daño a tercero y que es indemnizable. Una responsabilidad que es exigible por los daños causados por los administradores por actos contrarios a la ley, a los estatutos de la sociedad o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Asimismo, la propia normativa de anónimas viene salpicada a lo largo de su articulado de supuestos de responsabilidad de los administradores, piénsese así en los supuestos de acoso y contrato realizados en período de sociedad en formación cuando se exceden los administradores de las competencias o facultades por mejor señalar conferidas, o la propia responsabilidad que dimana por reembolso de las acciones suscritas por persona interpuesta en aquellos supuestos de autocartera. Qué decir igualmente de la siempre enrevesada y polémica responsabilidad de los administradores del artículo 367 Ley de Sociedades de Capital.

Y si el riesgo asegurado es la responsabilidad civil, ínsita a éste suele ir también la defensa jurídica del administrador asegurado respecto de las pretensiones patrimoniales de terceros, acreedores, socios o la propia sociedad que acciona y exige la responsabilidad del administrador. Las aseguradoras a la hora de delimitar el riesgo, y por tanto antiseleccionarlo, concretarán y tendrán en cuenta una multiplicidad de hechos y factores, tanto cuantitativos, como cualitativos, el propio hecho generador en sí, ámbitos territoriales y espaciales, etc. Bajo un holístico y evocativamente genérico término o expresión de “actos incorrectos” o “errores de gestión”, las aseguradoras ofrecen como evento siniestral pérdidas que significan cantidades de las que los asegurados deban legalmente responder respecto de un tercero por los daños y perjuicios pecuniarios causados por esos actos de gestión, asegurados bajo la expresión de “errores o actos incorrectos”, etc., y que se determinan mediante sentencia o laudo firme condenatorio en contra de un asegurado o mediante acuerdo

transaccional aprobado previamente por escrito por el asegurador. Gastos de defensa, gastos de revocación, pagos realizado por el asegurador bajo cualquier extensión de póliza y clausulado.

Es cierto que cada vez las aseguradoras afinan, o bien en rigor, o bien en flexibilidad las causas de exclusión de cobertura dependiendo de la coyuntura y las expectativas de mercado. Escándalos financieros de enorme envergadura como tuvieron lugar a comienzos de la década o al socaire de una crisis financiera y económica, sobre todo vinculada inicialmente a decisiones estratégicas especulativas que rozaban los umbrales de la diligencia debida, hacen que el efecto contrario y por tanto excluyente en las pólizas sea la respuesta del mundo seguro.

La opacidad que a veces rodea a las tomas de decisiones en grandes sociedades, o por mejor decir, en grupos de sociedades, hace que el ámbito de cobertura de la responsabilidad civil sea omnicomprendivo y abarque también la actuación directa o indirecta de éstos, los administradores de la sociedad tomadora pero que es dominante en la esfera de las sociedades filiales o participadas. Tema éste complejo y en el que siempre habría cobertura, si se puede demostrar que la actuación de la administración de una filial responde a los parámetros fijados por la administración de la dominante. Hasta qué punto un administrador de una sociedad dominante no es un administrador de hecho de las filiales,⁹² y hasta qué punto debe o no cubrir esa responsabilidad una póliza de una sociedad, o incluso la propia póliza que independientemente contratase la sociedad filial o dominada, y sin que hubiere hecho lo propio la dominante o matriz.

Exclusiones típicas de esta cobertura si se quiere adjetivar como profesional, son los propios supuestos de responsabilidad civil contractual, las exclusiones temporales o aquellas coberturas que se cobijan bajo el paraguas de un seguro de responsabilidad general, las responsabilidades que dimanen de infracciones administrativas, multas, penales, etc.⁹³ Cada condicionado

⁹² En su momento, MASSAGUER FUENTES, “La estructura interna de los grupos de sociedades”, *RDM*, 1989, p. 319, planteaba que cabría imputar responsabilidad a los administradores de una sociedad dominante tan sólo en aquellos casos en los que los de la dominada no son sino meros ejecutores de las instrucciones recibidas por aquéllos.

⁹³ A este respecto véase la sentencia de la Corte de Casación (2º Ch. civ.) de 14 de junio de 2012, nº 11-17367 [RGDA, 2012, nº 4, pp. 1022-26], que analiza precisamente la cobertura o no en este seguro de responsabilidad civil de los ejecutivos, tanto de las multas administrativas como de las penalidades

definirá su propia noción de responsabilidad civil, su propia noción de acto o actuación negligente. Como bien se ha manifestado, ha de entenderse que quedaría cubierta la responsabilidad derivada de delito culposo o imprudente, pero no en cambio la derivada de delito doloso, salvo que pudiera entenderse incluida mediante cláusula *ad hoc*.⁹⁴

A efectos de la cobertura o asegurabilidad de los riesgos, es importante precisar, y máxime en un ámbito como éste el de la responsabilidad civil, quién o quiénes no pueden ser terceros, terceros perjudicados por la acción negligente del administrador asegurado. En efecto, tercero perjudicado es la persona que sufre el daño, el perjuicio causado por una acción, un hecho o actuación de la que es responsable civilmente el administrador asegurado. Ahora bien, hecho o actuación prevista en el contrato e inferida como cobertura en la delimitación del riesgo.

Terceros serán para este seguro de responsabilidad civil la propia sociedad tomadora del contrato de seguro, los socios y cualquier persona que no esté vinculada a la sociedad. Tercero que tendrá un derecho de crédito transmisible, un derecho de indemnización, al resarcimiento, siendo la persona que reclamará la prestación al asegurador de la responsabilidad civil. Suele excluirse de cobertura del seguro aquellas reclamaciones de tercero que están vinculadas, sin embargo, al administrador asegurado, aun teniendo vínculos de parentesco o afinidad o siendo al mismo tiempo socios de la sociedad. En

civiles impuestas al directivo tras la instrucción o la investigación hecha por un tribunal o una autoridad administrativa. En el caso presente, una de ellas era la Autoridad de los Mercados Financieros, a través de la Comisión de Sanciones, ante la difusión de ciertas informaciones falsas inexactas y tramposas en el mercado. El juez analiza el fondo del hecho intencional, el motivo y si el sujeto tiene conciencia cierta del daño que ocasiona con su comportamiento, antes de decidir si la aseguradora ha de cubrir o no la multa. La Corte analiza si estas multas administrativas entran o no dentro de la cobertura del riesgo que constituyen para el asegurado una pérdida pecuniaria en el sentido del artículo R. 321-1-16 del Código de Seguros. Por ello es importante investigar el comportamiento del asegurado de cara a decidir si cabe o no el reembolso de las multas administrativas, si bien la evidencia y la respuesta serían *a priori* negativas, dado que el asegurado buscaba dar una imagen financiera *flatteuse* (lisonjera) de la sociedad.

⁹⁴ Sobre este punto RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 263, para quien el carácter imperativo del artículo 19 LCS excluye la posibilidad de que las partes pacten la asegurabilidad del dolo salvo en los casos en que cuente con cobertura legal. Señala, asimismo, cómo en la praxis sucede lo contrario, es decir, que aun cuando debe considerarse que como regla general la responsabilidad civil derivada de cualquier acto doloso sea o no delictivo, queda excluida de la cobertura que ofrece el seguro, suele incluirse una cláusula en cuya virtud y para disipar cualquier duda al respecto se establece expresamente su exclusión de cobertura.

efecto, la sospecha o presunción de ciertas connivencias, que no siempre han de darse por supuestas, hacen que muchas veces las aseguradoras se nieguen a cubrir a estos terceros perjudicados. La estrecha vinculación personal, confianza o fiducia entre el asegurado administrador y por ejemplo su cónyuge, o un ascendiente o descendiente provoca el lógico recelo de cobertura por parte de la aseguradora.⁹⁵ Pero lo mismo sucede o sucedería con los administradores *de facto* que desde la sombra mueven los hilos o controlan a meros hombres de paja, ¿podrían ser también terceros perjudicados?, ¿qué grado de prueba sería admisible para no indemnizar por parte de la entidad aseguradora?

No cabe duda de que los riesgos de colusión están ahí, pero también excluir genéricamente toda duda o atisbo de duda puede acabar desnaturalizando el contrato. Pero por esa misma lógica también hemos de interrogarnos qué sucede cuando el perjudicado es un socio principal, un socio mayoritario o que ostenta una posición de control en la sociedad. A ese inicial recelo que no pocas compañías aseguradoras tienen hacia la sociedad tomadora en cuanto asume el papel de perjudicada, el de los socios con vinculaciones o lazos personales, se une además el de aquellos que *de facto* controlan y dirigen realmente la sociedad al gozar de una participación lo suficientemente robusta como para controlar el funcionamiento de los órganos de la sociedad.

A nadie se le escapa que los procedimientos de adopción de acuerdos o decisiones, así como el nombramiento efectivo de los administradores, incluso cuando éstos tienen un marcado carácter excepcional como es el propio de la cooptación o el del sistema proporcional y sus cocientes en función del capital poseído, clarifican o mitigan los riesgos de decisiones que pueden rozar agravamientos de responsabilidad y, por tanto, excepciones de coberturas por parte de las aseguradoras. No pocas pólizas limitan la exclusión o no de la cobertura a la tenencia de un margen o porcentaje concreto de participación o derechos en la sociedad. Horquillas que suelen oscilar entre un 15 y un 20%, a partir de los cuales se presume la condición de socio mayoritario, de control o con posición de control, excluyéndose en estos supuestos toda pretensión de reclamación a la aseguradora.

Finalmente, la exclusión más significativa sin duda es la que atiende a un criterio de culpabilidad del administrador, la culpabilidad del asegurado

⁹⁵ Acierta no obstante FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 151, cuando precisa que la *ratio* de esta exclusión no es estrictamente jurídica.

en su hacer, su acción o actuación. Toda actuación dolosa del administrador queda a extramuros de la cobertura del riesgo, regla además genérica para todo el edificio del contrato de seguro cuando en su artículo 19 LCS preconiza la inasegurabilidad del dolo del asegurado, la mala fe del asegurado. Repare el lector que no predica la mala fe de otros sujetos sino exclusivamente del asegurado. La pauta por el contrario es cubrir específicamente la culpa del asegurado. Inasegurabilidad del dolo, eso sí en el riesgo de responsabilidad, no en el de defensa jurídica ínsita a la misma póliza. Lo que no empece a que de demostrarse finalmente el dolo, el administrador sí haya de reembolsar los costes de defensa jurídica a la propia aseguradora. Una de las cuestiones más problemáticas se plantea en el ámbito de consejos de administración cuando sólo uno o algunos de los administradores actuaron dolosamente y los otros no. Dejando ahora al margen las impugnaciones o no que el derecho societario brinda a esos administradores respecto de los que actuaron con un acentuado grado de culpabilidad, ¿una misma póliza cubre unos supuestos y excluye los otros?, ¿ha de pechar con las consecuencias jurídicas y económicas sobre todo de quien actuó rectamente con el que así no lo hizo?

Extender o culpabilizar a todos rompe cualquier *ratio* o equilibrio por la manifiesta injusticia de esta solución. Lo lógico es que la aseguradora pruebe del total de administradores que tiene asegurados bajo ese mismo paraguas cobertor cuáles actuaron dolosamente. Cuestión distinta es el difícil grado de probación.

Finalmente, el ámbito o dimensión temporal de la cobertura, amén del alcance geográfico, no es una cuestión que quepa dejar al albur o capricho de una de las partes, máxime en la responsabilidad civil y donde el juego de eficacias o garantías temporales retroactivas o *a posteriori*, cláusulas *claims made*, no es precisamente ni pequeño ni gratuito. Es normal el laconismo expresivo en los condicionados. Así, el tipo de cláusula responde a un tenor:

El seguro cubre las reclamaciones presentadas por primera vez contra las personas aseguradas durante el período de seguro y, si es aplicable, durante el período de extensión de cobertura, que resulten de actos incorrectos, cometidos durante el período de seguro o período de retroactividad acordado.

V. Administradores e insolvencia

Como es sabido, la declaración de insolvencia provoca o hace surgir la masa pasiva de acreedores que, junto con la masa activa de bienes del insolvente deudor, son dos agrupaciones, dos colectividades o agregaciones, una de personas –acreedores concursales–, otra de patrimonio, conjunto de bienes y derechos, que conforman dos de las operaciones transcendentales del procedimiento de insolvencia y por tanto de su procedimiento. Es un agregado de pretensiones patrimoniales verificado, reconocido por la administración concursal, que buscan una satisfacción endoconcursal. Ambas se incardinan dentro de lo que se conoce como los principios integradores y configuradores de la insolvencia, explícitamente regulados a modo de prontuario en la Ley 1116 de insolvencia colombiana cuando asevera que el régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios, si bien reseñamos en este momento los dos que atañen a la *par condicio creditorum*: 1) universalidad: la totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación. 2) igualdad: tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias. Medir el impacto de estas reglas prelatorias con la igualdad, relativiza a la hora de la verdad la esencia misma de la *par condicio*. Y más indirectamente regulados en la norma española que parte del principio de concursalidad en su artículo 49 como exponente de la integración global de todos los acreedores, no sin excepciones, así como en los artículos 84 a 98 que regulan la configuración de la masa pasiva, insinuación, reconocimiento, jerarquización y clasificación creditual.

Es la colectividad de acreedores que concurren a la solución concursal, con una vocación instrumental y holística. Una concurrencia que no es sino la consecuencia inmediata del principio de concursalidad, que conjunta e inescindiblemente con la *par condicio omnium creditorum* conforman lo que, *a priori*, podría denominarse el eje cartesiano del procedimiento concursal, si bien un eje debilitado tanto en la integración real –piénsese tanto en la ex-

cepcionalidad que a la postre significa el artículo 76.3 y los privilegios sobre el buque y aeronave como la redimensión efectiva que la normativa sobre garantías financieras y la autoinmunidad otorgada para estas garantías supone de cara a su efectiva pero a la vez inmediata ejecutabilidad, incluso en supuestos de negocios fiduciarios—, como en la igualdad, sólo hipotética al quebrar la paridad respecto del privilegio.⁹⁶ Pero es una concurrencia disímil. Donde no todos ocupan ni tienen por qué ocupar igual posición. Al contrario. Configurar la masa pasiva significa e implica finalísticamente, ordenar, clasificar, priorizar, pero también relegar a unos y otros acreedores concurrentes al procedimiento de insolvencia.

Integrar a todos los acreedores bajo el paraguas de la masa pasiva, tanto formal como sustantivamente de cara a reconocer y verificar su crédito en primer lugar, y, en segundo lugar, y dentro del parámetro idea-valor en que se ha convertido la *par condicio creditorum*, situar jerarquizada y escalonadamente a esa totalidad de acreedores que intitulan créditos anteriores a la declaración del concurso.

Acreedores que se ven inmersos en un procedimiento en no pocos casos muy a su pesar y sin posibilidad de obtener una satisfacción extraconcursal, salvo cierto tipo de acreedores que gozando de garantía real y asimilados pueden ejecutar, o continuar con una ejecución ya iniciada según los casos al margen del procedimiento concursal.⁹⁷ Y esa concurrencia, o si se prefiere confluencia de acreedores, es una concurrencia conflictiva.⁹⁸

⁹⁶ Como bien señala GALÍNDEZ, *Verificación de créditos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 7, este principio preceptúa que todos quienes se consideran acreedores sólo pueden hacer valer sus respectivos derechos con ajuste al proceso de insinuación, necesario y típico, que la ley prevé. De modo que, en aras a la reconstrucción del pasivo concursal, no cabe la elección unilateralmente, ni con acuerdo de parte, de otro proceso distinto al de la verificación. Trámite éste, por lo demás, que garantiza el contralor de cada pretensión por parte de los órganos del concurso y de los sujetos legitimados para intervenir.

⁹⁷ Sobre la cultura de la insolvencia escribe VALLENDER, “Insolvenzkultur gestern, heute und morgen”, *NZI*, 2010, n° 21, pp. 838 y ss.

⁹⁸ Como bien ha señalado TIRADO, “Interés del concurso”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, II [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dir.)], Cizur Menor, 2012, pp. 1881 y ss., p. 1889: “Los acreedores son una pluralidad heterogénea que se sitúa en posiciones relativas distintas en el seno del procedimiento. La mayor satisfacción de un acreedor, incluso dentro del concurso, normalmente supondrá la menor satisfacción de los otros. Pero, además, la regla inicialmente enunciada es insuficiente para cumplir su principal función, que es: servir como instrumento interpretativo de la Ley Concursal y como criterio para que los órganos del concurso (y, paradigmáticamente, la administración concursal) resuelvan todos los conflictos que surjan en el seno del concurso”, y en la p. 1890 asevera: “... La Ley concursal establece

Las pretensiones de unos y otros acreedores son tan disímiles como antagónicas. Preferencias y privilegios conviven con la subordinación, la relegación legal del crédito, pues la convencional es más residual. Costes de agencia, de vigilancia, de monitoreo del crédito y del riesgo, costes y asimetrías en suma de información.⁹⁹ Y en este espacio, mínimo pero estratégico desempeñan su papel las garantías, los asimilados a éstas, la causas de preferencia de origen sobre todo negocial y también legal, que a la postre discriminan, diacronizan y parten en dos categorías la masa pasiva, los que tienen oportunidad de cobrar sus créditos, o gran parte de éstos, y los que no. No todo acreedor puede permitirse el coste de vigilar la actividad del deudor cuyo comportamiento estratégico no siempre se puede supervisar y menos prever; los considerables costes de vigilar la actividad y el riesgo moral del deudor se desactivan perfectamente a través de la contratación de garantías y las preferencias que éstas llevan consigo.¹⁰⁰

La inmensa mayoría de los acreedores serán ordinarios, pero no será desdeñable la cifra tampoco de privilegiados, sobre todo los que se irrogan por *ministerio legis*, causas de preferencia de origen legal, privilegios generales en suma, no así los acreedores con privilegio especial, el número más ínfimo sin duda, pero el más robusto en cuanto a sus expectativas tanto concursales como extraconcursoales de cobro. Y otros serán los subordinados, los verdaderos perdedores o que menores posibilidades de cobro tendrán, especialmente en caso de liquidación.

No todo acreedor está, *ex ante*, en idéntica posición de contratar, de antiseleccionar riesgos, sean éstos de cumplimiento, sean de solvencia de su deudor. Basta entonces con que los acreedores supervisen la efectividad y eficiencia de aquellas garantías y privilegios que están o fácilmente pueden estar a su alcance

imperativamente una jerarquía a través de la clasificación de los créditos. Por todo ello, no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea *la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido* (énfasis añadido).

⁹⁹ Véase el capítulo cuarto sobre instrumentos jurídicos preventivos de la insolvencia: información y *monitoring* que elabora GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, pp. 257-336, donde se parte de una constatación más que evidente, a saber, un procedimiento concursal prevé y provee *per se* a realizar un reparto del riesgo *ex post*, modificando en alguna medida los derechos contratados o perfeccionados entre los acreedores y el deudor después de que la impotencia financiera se ponga de manifiesto.

¹⁰⁰ Un buen análisis desde la óptica económica del valor tanto de los mecanismos o instrumentos de supervisión como del propio valor de las causas de preferencia negocial, en ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, 1998, p. 363.

para que decidan finalmente si contratan o no. Esto significa además que un acreedor con privilegio especial carece de incentivos para vigilar la solvencia del deudor, pero que, paradójicamente, ese mismo acreedor se encuentra normalmente entre los sujetos con mayor capacidad de control y a menor coste, pues no en vano contará con estructuras organizativas profesionalizadas. Otra cuestión es que además del privilegio o privilegios especiales de que gocen ciertos acreedores profesionales, sobre todo entidades financieras, puedan, en su caso, y pese a su inmunidad, controlar y monitorear la acción del deudor, las decisiones, las operaciones, etc.

Menores estímulos tendrá incluso un acreedor subordinado que puede serlo por el simple hecho de estar relacionado especialmente con el deudor, relegado a un cobro tan marginal como improbable de facto. Piénsese en el administrador de una sociedad mercantil. Por su parte, a un acreedor ordinario será sin duda al que le resulte más oneroso y casi imposible prever la insolvencia del deudor, dado que la obtención de información le supone afrontar unos gastos que simplemente no podrá asumir, por lo que el único resquicio que le queda antes de verse embarcado en un procedimiento colectivo, es intentar de forma previa la ejecución individual que garantizaría hipotéticamente el cobro de la totalidad de su crédito. Pero tampoco será fácil la posición de un acreedor cuando se produce un concurso de un grupo de sociedades, aun en el supuesto de que se acumulen los concursos, o en los supuestos de existencia de confusión de patrimonios, de los cónyuges, de quienes sean integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas por ésta, etc. La pauta, expresa y explícita es que los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, pero sin consolidación de masas.¹⁰¹ ¿*Quid* con la posición de un acreedor que

¹⁰¹ Véase a este respecto la aportación de LUCEÑO OLIVA, “Apuntes sobre el concepto de grupo de sociedades en la clasificación de créditos en el concurso”, *Diario La Ley*, 2013, nº 8102, 11 de junio de 2013, quien se hace eco del hecho de que varias audiencias provinciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de grupo de sociedades, si bien aplicando la anterior normativa, previa a la reforma operada por la Ley 38/2011, y la divergencia entre las interpretaciones de dichos órganos en relación con el citado concepto nos permitirá analizar la normativa actual y su evolución, así como las dudas existentes tras la reforma legislativa. Así, la Sentencia de la Audiencia de León de 27 de marzo de 2012, en un caso de sociedades que no tienen identidad de socios, pero donde existe coincidencia de administradores, declara la subordinación de los créditos que ostenta una de ellas en el concurso de la otra, basándose en la existencia de grupo, “por la gestión común llevada a cabo por el mismo administrador durante años” y porque los administradores de una han compatibilizado sus cargos con el de encargados

titula varios y diferentes créditos en cada una o en alguna de las sociedades del grupo concursadas?, ¿debe insinuar y reconocer tantas veces como créditos tenga?, ¿puede impugnar de una vez la totalidad de los créditos o parte, o tantas como procesos acumulados si no se consolidan las masas?, ¿se debe permitir la consolidación de los inventarios y la lista de acreedores, pero sólo a los efectos de elaborar el informe cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar titularidades de activos y pasivos sin incurrir en demora o gastos injustificados? Llamativa cuando menos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 28 de junio de 2011, en la que se levantará el velo de la persona jurídica ante tres sociedades en concurso, donde se producía y confluía al mismo tiempo una confusión de patrimonios de las tres sociedades como si de una sola se tratase. La cuestión dirimía si procedía o no la consolidación de las masas, activa y pasiva, con el conocimiento por los afectados del levantamiento del velo, lo que supone o suponía la consolidación de masas y la posibilidad de oponerse mediante la impugnación a la lista de acreedores. Hasta ahora se ha entendido que la no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudores cuyos concursos se tramitan acumuladamente, es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica. Respeto que busca preservar los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades y, sobre todo, los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado

de la otra sociedad, así como por la coincidencia inicial del mismo domicilio social [...] “resultando de todo ello una unidad de dirección acreditada mediante el análisis del contenido de las sentencias dictadas en la Jurisdicción Social que, aunque en principio valoran otras circunstancias, expresamente argumentan sobre esta cuestión sin que los hechos en que se fundamentan hayan sido desvirtuados”. En el extremo opuesto el autor trae a colación la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 7 de diciembre de 2012, al declarar que tanto antes como después de la Ley 38/2011, el concepto de grupo de sociedades a efectos concursales es el del artículo 42 del CCom. el cual no incluye ni a los grupos horizontales, ni a los verticales sin sociedad dominante controlados por personas físicas. Analiza el caso de dos sociedades, que comparten socios en idéntica cuota, que tienen idénticos administradores, que tienen el mismo domicilio y donde una es acreedora de la otra, que es la declarada en concurso, y concluye sobre la errónea clasificación como subordinado del crédito entre dichas sociedades, con base en que el concepto de grupo del artículo 42 CCom. se centra en el control por una sociedad (dominante) de otra u otras sociedades (dominadas), e indica expresamente que estas circunstancias dejan fuera los grupos horizontales, paritarios o por coordinación y los grupos verticales, jerarquizados o por subordinación sin sociedad dominante en que una o varias personas físicas controlen las sociedades dominadas.

garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores.

Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto del grupo de sociedades. Reconoce la sentencia en su FD cuarto cómo de la misma manera que de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursal, cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo, no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente, sino también como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos. En su FD sexto, la Audiencia asevera: "... En nuestro caso, en que los administradores concursales han procedido de *facto* a levantar el velo de las tres sociedades del grupo y a tramitar su concurso como si de una sociedad se tratara, podría parecer que tal decisión se habría realizado sin contar con el parecer de los afectados que no habrían gozado de un juicio contradictorio para oponerse. Pero ello es así sólo aparentemente, pues en realidad todos los afectados han tenido conocimiento del levantamiento del velo que supone la consolidación de masas y han gozado de la posibilidad, como los ahora apelantes, de oponerse mediante la impugnación del inventario y la lista de acreedores".

El riesgo del crédito condiciona su valor, pero también la actuación que el acreedor esté dispuesto a acometer.¹⁰² Es el propio acreedor a quien le compete hacer y deshacer los lazos de sus propias ataduras, o lo que es lo mismo, encarecer y abaratar el riesgo y el coste del crédito que directa o indirectamente está concediendo a un deudor, a través de la exigencia de perfeccionar determinadas garantías que aseguren la íntegra satisfacción del crédito que conceden.¹⁰³ Y será el deudor y sus posibles fiadores quienes queden como rehenes, en cierto

¹⁰² En un sentido análogo, BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, pp. 35 y ss., por lo que cuanto mayor sea el riesgo de un crédito, menor será el valor de éste, puesto que menor será también su probabilidad de satisfacción.

¹⁰³ Sobre la reducción de los costes de investigación y monotorización de las garantías y causas de preferencia, vid., en la doctrina anglosajona, FINCH, *Corporate Insolvency Law*, 2ª ed., Londres, 2009, pp. 95 y ss. En el mismo sentido, BUCKLEY, "Bankruptcy Priority Puzzle", *Virginia Law Review*, 1986,

modo, de estos instrumentos de los que sólo se liberan si cumplen íntegramente sus débitos.

El privilegio tiene su razón de ser (aunque ésta no sea homogénea para su enorme tipología), su causa y su justificación funcional, esto es, es la herramienta o instrumento que permite la tutela del crédito, una tutela conflictual que permite discriminar y jerarquizar e incluso *degradar* a los acreedores concurrentes en un patrimonio deficitario y que al mismo tiempo permite reducir los *costes de transacción* en la contratación de garantías dentro de lo que es una mayor o menor aversión al riesgo. Ahora bien, su abuso, como todo en la vida, conlleva importantes disfuncionalidades amén de desnaturalizaciones importantes. Pero no todo potencial acreedor está en condiciones de lograr el amparo y cobertura que la perfección de determinados negocios jurídicos brinda en caso de concurso, a través de un privilegio o causa de preferencia. Incluso en el ámbito del privilegio y su tutela en el derecho y código civil. El privilegio por sí solo no aniquila el principio de la paridad ni tampoco conduce al ostracismo del crédito ordinario. Su utilización desmesurada y egoísta sí, pues en cierto modo se traiciona a sí mismo.¹⁰⁴ En efecto, frente al principio de preferencia se erigen, cuando no se contraponen abiertamente, el principio de proporcionalidad, el de paridad, el de igualdad, *par condicio creditorum*.¹⁰⁵

La preferencia creditual es una modalización del principio de responsabilidad patrimonial universal y que opera precisamente cuando actúa precisamente dicha responsabilidad (RDGRN de 28 de junio de 2005).¹⁰⁶ No se

vol. 72, pp. 1393 y ss., pp. 1421 y 1422; BECHUK/FRIED, "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy", *Yale L.J.* (105), 1996, pp. 857 y ss., pp. 914 y ss.

¹⁰⁴ Como bien señala SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed., Berlin-Heidelberg, 2000, p. 557, a través de la constitución de garantías no sólo se satisface el *Prioritätsprinzip*, sino que se reduce al propio *Delcredere-Risiko*. Véase algo más reciente el trabajo más genérico pero puntilloso, también de PIEKENBROCK, "Insolvenzprivilegien im deutschen, ausländischen und europäischen Recht", *ZZP*, 2009, vol. 122, nº 1, pp. 63 y ss. Señala BRÉMOND, "Notion de privilège", en *Droit des sûretés* [JOBAR-BACHELLIER/BOURASSIN/BRÉMOND (Dir.)], París, 2007, p. 381, que el privilegio que reposa sobre la noción de *qualité de la créance* se inspira, en suma, tanto en criterios de justicia distributiva como en los de justicia conmutativa.

¹⁰⁵ Como bien señala GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999, p. 97, a diferencia del primero, que conoce distintas estructuras técnicas (preferencia negocial y especial), y desarrolla diversas funciones, el principio de proporcionalidad es unitario: regula las relaciones entre los acreedores ordinarios, dejando aparte a los acreedores dotados de causas de preferencia.

¹⁰⁶ Insiste esta resolución de la DGRN de 28 de junio de 2005 en que para que se produzca la concurrencia de acreedores que permita desenvolver la virtualidad de la denominada "preferencia", es preciso

busca tanto proteger al acreedor o acreedores del comportamiento del deudor como tratar de inmunizar a unos acreedores de la concurrencia y de las pretensiones, legítimas, de los otros. La proporcionalidad busca, sin embargo, una función distinta: romper el conflicto en la concurrencia de acreedores ordinarios, de modo que cada crédito será satisfecho en la proporción en la que el producto de la liquidación del activo patrimonial que compone e integra la masa activa concursal se corresponde con la totalidad del montante de los créditos ordinarios. El escenario juega en un marco de no preferencias, pues los acreedores con privilegio o preferencia negocial escapan de esta regla de prorrata, al menos hasta donde alcance el valor de realización del bien objeto o sobre el que recae el privilegio o preferencia. Éstos juegan en marcos tanto concursales como extraconcursales. La propia normativa privada, artículos 1921 y siguientes del Código Civil, establece, como también lo hacen el Código de Comercio y las leyes complementarias, un elenco más o menos amplio de causas de preferencia ajenas a un procedimiento de ejecución colectiva; en cambio, la *par condicio*, la regla de la prorrata, del reparto, lo hace en un escenario concursal y universal de concurso de acreedores.¹⁰⁷

Y es que, en definitiva, como es lógico y natural, no todos los créditos nacen iguales, tampoco tienen las mismas oportunidades siquiera de supervivencia, máxime en un procedimiento colectivo de insolvencia.¹⁰⁸ Como bien

que el acreedor pretendidamente preferente acceda por vía de tercería de mejor derecho a la ejecución ya instada por otro acreedor del ejecutado (art. 614 LEC), y que, tras una fase contradictoria entre el tercerista y el actor y ejecutado (art. 617.1), se dicte sentencia resolviendo sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos (art. 620.1). Así pues, es el acreedor pretendidamente preferente el que debe acudir a una ejecución ya iniciada por otro acreedor del deudor común, si quiere hacer valer su pretendida preferencia respecto del actor, y si no lo hace, dicha preferencia devendrá inoperante, pues el precio de remate del bien ejecutado se destinará en primer lugar al pago íntegro del ejecutante (art. 613.1 y 2); resulta inequívoco que la actuación de una preferencia presupone un reconocimiento judicial de ésta en procedimiento contradictorio entre los dos acreedores concurrentes.

¹⁰⁷ GARRIDO, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, cit., p. 98, afirma que la conexión entre el principio de proporcionalidad y la apertura de un procedimiento concursal se explica porque el conflicto entre acreedores ordinarios sólo puede producirse en la situación de insolvencia del deudor. Acierta GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, Cizur Menor, 2011, p. 139, cuando manifiesta que el principal problema de tratar a la *par condicio creditorum* como principio inspirador y finalidad del derecho concursal se refiere a la fijación de su contenido. Así, para el autor, la regla de proporcionalidad ha asumido su carácter de regla general, por lo que acepta la posibilidad de una graduación excepcional, sin juzgar su constitucionalidad.

¹⁰⁸ Evocativo y gráfico, al señalar cómo los créditos no nacen iguales aunque referidos a cuestiones de subordinación equitativa, vid., REDMOND, "Not all Loans are Created Equal: Equitable Subordination and

se ha dicho, la normativa de insolvencias ha subordinado la complejidad, el matiz y la equidad de la solución legal, a la simplicidad, a la claridad y a la seguridad jurídica.¹⁰⁹ Cuestión distinta es dirimir si la técnica jurídica que para ello ha empleado ha sido siempre y, en todo caso, la más idónea o no.

Las preferencias modulan, flexibilizan y atemperan el principio de la responsabilidad patrimonial universal y por extensión a la regla general de la *par condicio creditorum* que es inherente a esa responsabilidad genérica.¹¹⁰ La *par condicio creditorum* es y tiene que ser compatible con un tratamiento diferenciado de algunos acreedores.¹¹¹ Pero no debe olvidarse una obviedad, incluso sarcástica, a saber, los acreedores ordinarios, pese a las bondades teóricas que no reales o prácticas de la proclamación de la *par condicio creditorum*, no esperan en realidad sacar nada de la insolvencia, peor situación incluso la de los subordinados.¹¹²

Prepetition Insider Lending after si Restructuring”, *ABIJ*, 2008, nº 27, pp. 4 y ss. Sobre la pretensión y el reto de reclamar derechos preferentes vid. el trabajo en el ordenamiento alemán de MITLEHNER, “Der Anfechtungsanspruch bei Absonderungsrechten nach par. 110, 114 *InsO*”, *NZI*, 2008, nº 12, pp. 724 y ss.

¹⁰⁹ Véase el artículo de ALEMANY EGUIDAZU, “Subordinación contractual y subordinación concursal”, *La Ley*, nº 6004, 26 de abril de 2004, p. 1.

¹¹⁰ En parecidos términos BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Cizur Menor, 2004, p. 88, quien trae a colación además la Resolución de la Dirección General de Registros de 3 de abril de 1998 (RJ 1998, 3564).

¹¹¹ Sin duda serán muchos y diferentes los intereses que concurren o pueden estar presentes en el concurso. Una visión aproximativa de los diferentes intereses tanto del concurso entendido como procedimiento, y los intereses concurrentes de los acreedores en GONZÁLEZ BILBAO, “Identificación de los ‘intereses concurrentes’ y del ‘interés del concurso’ en la nueva Ley Concursal”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, I, Madrid, 2005, pp. 293-314. NIGRO/VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, le procedure concorsuali*, Bologna, 2009, p. 149, señalan que puede decirse que la categoría de los quirografarios es la destinataria electiva del principio de la *par condicio creditorum*: para éstos, en efecto, la regla que se aplica en sede de reparto del activo es aquella de la proporcionalidad (todo acreedor viene satisfecho en el mismo porcentaje), regla que asegura la plena actuación del concurso sustancial, en cuanto consiente una distribución homogénea de las pérdidas entre los titulares de derechos sobre el patrimonio del deudor común.

¹¹² Así, la crítica profunda y cierta de CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., Cizur Menor, 2009, p. 58, cuando señala que cuanto mayor sea la insolvencia objetiva del deudor, mayores son las posibilidades de que se apruebe un convenio, porque los acreedores ordinarios no tienen nada que perder, y sólo pueden cobrar con los ingresos futuros que pueda generar la empresa, no con la venta de activos. De este modo, la continuidad de la empresa, aún inviable, nunca les dañará más de lo que lo haría una liquidación; pues tales acreedores saben, o llegarán a saber que los dueños de la empresa o sus gestores ya habrán aparcado los activos valiosos en paraísos seguros de patrimonios personales, y que nada sacarían de una liquidación.

Los privilegios son, en definitiva, la excepción y la ruptura de la *par condicio creditorum* y de la ley del dividendo, de manera que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo.¹¹³ Es cierto que la *par condicio* es un efecto de la concursabilidad, pero ante un privilegio es una suerte de defecto de esa misma concursabilidad.¹¹⁴ No existe un derecho subjetivo a la *par condicio creditorum*, es una regla, un sistema.¹¹⁵ La ley o la voluntad de las partes exoneran a estos acreedores titulares de créditos preferentes de someterse al principio general de igualdad de trato de los acreedores, y paralelamente conceden la facultad de cobrar con preferencia a los demás sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor. Los acreedores preferentes rehúyen de todo atisbo de reparto proporcional entre los distintos y concurrentes acreedores. Todo lo contrario, hacen prevalecer sus derechos y sus preferencias credituales. La hora de la verdad de un privilegio se exterioriza plenamente en los procedimientos concursales, donde tratará de hacer valer su esencia y su contenido, su rango y grado y, en definitiva, su efectividad ante la concurrencia de otros créditos preferenciales.

El privilegio se configura como una característica y cualidad del crédito, unido en una suerte de simbiosis cuasiperfecta, pero que no impide que éste viva una vida que le es propia y hasta cierto punto autónoma, de modo que es

¹¹³ Como bien se ha señalado en teoría “the pari passu principle of distribution as fundamental and all-pervasive”; sin embargo, en la práctica “a rateable distribution among creditors is rarely achieved”. Vid. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 1997, pp. 143 y ss.

¹¹⁴ Concluyente CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, p. 25, para quien la causa del crédito y la prelación son dos elementos intrínsecos a la estructura, capaz de describir y caracterizar el privilegio, mientras la provisión legislativa es una cualidad de lo mismo. También RES- TUCCIA, “Grado de privilegio e transazione fiscale”, *Dir. Fall.*, 2009, n° 1, II, pp. 66 y ss., pp. 80 y 81, afirma que el privilegio no es sino una previsión por parte del Legislador, el cual en relación con la naturaleza y el valor social de un determinado crédito, establece una graduación entre los acreedores, atribuyendo a algunos un tratamiento preferencial. La ley es fuente por consiguiente del privilegio, también cuando *scaturisce* la voluntad de los acreedores privados, en cuanto el privilegio *atinge* su fundamento inmediatamente en la voluntad del Legislador. Vid. GAETANO, I privilegio, *Trattato di diritto civile* [VASALLI (Dir.)], Turín, 1956, p. 53.

¹¹⁵ Certeramente, PEINADO GRACIA, “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, I, Madrid, 2005, pp. 427 y ss., p. 443, señala que tampoco existe una solidaridad “ideal” que conlleve la *par conditio creditorum*, sino que el derecho concursal está encaminado a la cancelación de las obligaciones de los acreedores, y con ello a su satisfacción, pudiendo existir diversos medios para perseguir tal satisfacción.

posible incluso la extinción del privilegio sin que comporte la correlativa extinción del crédito, como también que el privilegio esté sometido a vicisitudes distintas a las del crédito, como puede ser una sujeción a plazos diferentes.¹¹⁶ Sería un craso error asimilar el privilegio y la garantía real como una misma cosa, dado que ni siquiera tienen que aparecer juntos, es más, a veces es una mera contingencia que se impone por voluntad del legislador.

Es más, el privilegio en tanto *Prioritätsprinzip* repercute no sólo en el volumen del crédito y en el contenido del propio contrato, sino también en la propia conducta del acreedor en el supuesto de la insolvencia, donde decidirá en buena medida si la empresa se liquida o continúa. El acreedor velará por sus propios intereses y aun siendo conscientes de que la Ley Concursal apuesta claramente por la solución convenida, el resultado del propio proceso concursal queda en sus manos.¹¹⁷

Es la medida o límite del riesgo que está dispuesto a asumir un concreto acreedor, sea de forma negocial, sea de forma legal. La medida que rompe la paridad, la igualdad hipotética, que rasga y rompe en suma el mito, la idea valor que es, en definitiva, la *par condicio*. Inmuniza a su titular de posibles connivencias o decisiones oportunistas por parte del deudor en el concurso quien, no teniendo nada que perder, pues a lo sumo no superará el coste del propio concurso, se arriesga a adoptar arbitrariamente decisiones poco ecuánimes y partidistas.

El privilegio se sustenta como pilar básico, en sus fuentes, sean legales sean convencionales, en su tipicidad absoluta y al menos en la norma concursal, por la imposibilidad de crear nuevas prelación al margen de ésta.

Pero también se sustenta amén de esa tipicidad, en la unidad de éste, pese a que pueda investirse de características específicas o generales. Y sobre todo, desempeña un papel fundamental y esencial en la fase ejecutiva de un concurso de acreedores, en el momento del reparto del activo, donde al margen de sus propias características de cada preferencia en particular, desarrollan la

¹¹⁶ Vid., más detenidamente, Díez Soto, "Los privilegios crediticios como mecanismos de protección del crédito", *Preferencias de créditos*, Madrid, 2000, p. 38.

¹¹⁷ Como señala acertadamente SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin-Heidelberg, 3.^a ed., 2000, p. 559: "Effiziente Entscheidungen in Bezug auf die Fortführung oder Liquidierung des Unternehmens sind folglich nur zur erwarten, wenn sie unter dieser Voraussetzung nicht den Gläubigern übertassen bleiben".

función primigenia que no es otra que la de desarrollar la función de asegurar la prelación en el ámbito predeterminado por el legislador.¹¹⁸

No olvidemos que crédito privilegiado significa, en primer lugar, crédito preferente y como toda preferencia tendrá una fundamental razón de ser, existir y justificarse en un marco de concurrencia, en este caso con otros acreedores.¹¹⁹ Marco que no atrapa la regla de proporcionalidad o de prorrata y reparto que sí sujeta a los acreedores ordinarios.¹²⁰ Si un acreedor puede garantizar la financiación que concede constituyendo una garantía sobre un bien del deudor que le permita una satisfacción prioritaria, entonces no cabe duda de que es más eficiente que la regla de la *par condicio creditorum*.¹²¹ Pero

¹¹⁸ Cfr. RUGGIERO, “Art. 111”, *Il nuovo diritto fallimentare* [JORIO (Dir.)], II, Bologna, 2007, pp. 1832 y ss., p. 1839, quien asevera que la peculiaridad del privilegio consiste en asegurar, en sede de reparto, una función de garantía real para el “*diritto de seguito*” y para la posibilidad de obtener una satisfacción inmediata a través de lo conseguido con el bien vinculado, si bien siempre en la óptica de la función distributiva.

¹¹⁹ Acierta ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso (Especial estudio de la nueva Ley Concursal)*, Granada, 2004, p. 215, en cuanto a que el sistema de los privilegios crediticios se funda en dos principios: la preferencia de la especialidad y de la prioridad. La estructura de los privilegios crediticios (preferencia y rango) se corresponde con la estructura de organización de la titulación pública, como sistema de publicidad de los documentos (registral y notarial). Tanto los privilegios especiales como los generales se fundan y se gradúan por la publicidad: los especiales en la publicidad registral, y los generales en la publicidad escrituraria.

¹²⁰ Categórico y contundente JAEGER, “Par condicio creditorum”, *Giur. Comm.*, 1984, nº 11, pp. 88 y ss., p. 93, cuando asevera que la *par condicio* no puede equipararse al principio superior, prejurídico y general de igualdad. Para GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 141, todos los acreedores tienen un lugar en la fila del reparto del activo del deudor. Pero en tanto se trata de una fila, estos no necesariamente están situados uno junto al otro, sino también uno tras otro. Si los particulares no han dicho nada, la ley actúa de modo subsidiario, en el sentido de garantizar una determinada ubicación que funciona bajo la idea de máximo. No pueden disponer de un mejor lugar porque ello lesionará la posibilidad de reparto de los que pasarían a estar situados más atrás, restando valor a sus créditos.

¹²¹ Sobre la vigencia real de tal principio, sus límites y su oportunidad respecto de otros principios adoptables, véase la aportación de PEINADO GRACIA, “La distribución del riesgo de insolvencia”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, I, Madrid, 2005, pp. 427 y ss., p. 429. Como bien señala el autor, la insolvencia es un riesgo que el ordenamiento distribuye, imputa o hace soportar a diferentes acreedores del concursado con diversos criterios, uno de los cuales es la igualdad de trato entre todos los afectados, mutualizándose así su riesgo. Sobre la evolución conceptual de esta igualdad, véase la aportación de NEMEDEU, “Le principe d’égalité des créanciers: vers une double mutation conceptuelle”, *RTDC*, 2008, nº 2, pp. 241 y ss. Más detenidamente en SCHILDBACH, “Sicherheiten versus par condicio creditorum”, *BB*, 1983, nº 34, pp. 2129 y ss., especialmente p. 2135, en donde establece una serie de propuestas entre la *par condicio creditorum* y las garantías en las relaciones entre acreedor y deudor. La primera, la conocida como cláusula “*me first rules*” por la que se establece un rango absolutamente prioritario del crédito a la hora del cobro, y la segunda alternativa es “*die Einigung von Gläubiger und Schuldner auf die von ihnen in den verschiedenen künftigen Zeitpunkten für möglich gehaltenen Umweltzustände*”

¿están o tienen todos los acreedores idénticas posibilidades?, ¿cuál es el riesgo del reparto que sufren indubitadamente los acreedores ordinarios sujetos al principio regla de proporcionalidad, y en su caso, qué función desempeña en el concurso?¹²² Sin duda, hoy en día, el principio de la *par condicio* tiene más de mito que de realidad.¹²³

und die bindende Festlegung des Schuldners auf jeweils bestimmte –die Gläubigerinteressen nicht bedrohende– Handlungen in den möglichen Zeitpunkten und Zuständen”. Sobre los acreedores sin garantía y bajo el gráfico título de “¿Queda algo para los acreedores sin garantía?”, reflexiona BRIGHTON, “Is there Anything left for Unsecured Creditors?”, 1 Part II, *ABIJ*, 2009, nº 27, pp. 4 y ss.; y del mismo autor, BRIGHTON, “What’s left for Unsecured Creditors? Q_part I”, *ABIJ*, 2008, nº 27, pp. 2 y ss. Vid. también GALARDO, “Eccezione di dolo, concordato preventivo e par condicio creditorum”, *Dir. Fall.*, 2008, nº 3-4, pp. 274 y ss.

¹²² Sobre el *Verteilungsrisiko* se ha pronunciado con autoridad y desde la óptica del análisis económico del derecho, R. H. SCHMIDT, *Ökonomische Analyse des Insolvenzrecht*, Wiesbaden, 1980, pp. 44 y ss., donde la regla proporcional o del reparto acaba actuando o asumiendo un papel de mecanismo de aseguramiento que minimiza las pérdidas entre todos ellos, al establecer la división de éstas entre todos. Con la proporcionalidad, la *par condicio*, en suma se busca minimizar el riesgo de que los acreedores ordinarios acaben pechando con las consecuencias de la pérdida íntegra de sus créditos.

¹²³ Es evidente que si a un acreedor con garantía real no se le robustece la integridad, pero sobre todo la intangibilidad de ésta, no concederá crédito. Necesita y requiere blindamientos, escudos protectores como el Legislador en cierto modo ha irrogado y creado en la reforma de 2009, a partir de la posibilidad de refinanciación y acuerdos de viabilidad y garantías de las empresas. Contrasta sin embargo la impermeabilidad del acreedor garantizado con lo que ocurre en otros ordenamientos. Tomemos ahora simplemente como muestra el ordenamiento británico. En efecto, la *Insolvency Act* postula la rescindibilidad de aquellos negocios jurídicos que signifiquen una preferencia o trato preferencial para los acreedores del deudor y que perjudiquen a la masa o resto de acreedores. Es obvio que hay que buscar y probar el perjuicio, la voluntad efectiva del deudor de favorecer a un acreedor en detrimento del resto. Vid., por ejemplo, la Section 239 1A sobre Preferencia, y la S. 245 1A sobre *Avoidance of certain floating charges*, y en las que la otorgación de una garantía real a favor de un acreedor otorgada en el plazo inmediatamente del año anterior a la declaración del concurso es declarada nula y al margen de intencionalidades o no del deudor. Plazo que se agrava si se demuestra que la persona del acreedor es persona vinculada, o en nuestra jerga concursal española, especialmente vinculada con el deudor, por lo que se anulan las garantías concedidas en los dos años anteriores. Véase también la aportación de TARZIA, “Par au dispar condicio creditorum?”, *RDProc.*, 2005, pp. 1-14; VILLORIA RIVERA, “El mito de la par condicio creditorum”, *RCP*, 2008, nº 9, pp. 319 y ss., pero sobre todo, el estudio ya clásico de JAEGER, P.G., “Par condicio creditorum”, *Giur. Comm.*, 1984, nº 11, pp. 88 y ss.; lo califica incluso de dogma de fe GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 131.

5.1. Hacia la subordinación del crédito del administrador. El camino de la subordinación de socios y administradores por créditos respecto de la sociedad insolvente

Como ya hemos señalado, una de las grandes novedades que en su momento introdujo la Ley Concursal española consistió en la aparición de la categoría de los acreedores subordinados, cuyos créditos se regulan en el artículo 92.¹²⁴ Una categoría que no ha estado exenta de polémica tanto doctrinal como jurisprudencial, con buenos amagos reinterpretaivos que a la larga han dado resultado, o al menos para quiénes así lo postulaban, y que si bien no es desconocida en nuestro ordenamiento, se introducía en ese momento con cierto brío en la norma concursal.¹²⁵ Y en donde también el perfil y el protagonismo de los administradores de una sociedad tendrán su reflejo en el procedimiento concursal o de insolvencia. No innovábamos nada, ya estaba inventada la técnica subordinatoria, incluso en nuestro propio ordenamiento, en cuestiones tan sectoriales como puntuales.¹²⁶ Subordinar puede significar en una con-

¹²⁴ De auténticos injertos en nuestro sistema los califica GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3691 y ss., p. 3693. Sobre el fundamento jurídico de la subordinación vid., además, ÁVILA DE LA TORRE/CURTO POLO, “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3537 y ss., pp. 3540 y ss., en las que se analizan las posibles causas que fundamentan la postergación de los créditos, en general, y los de las personas especialmente relacionadas, en particular.

¹²⁵ El origen de la subordinación hay que rastrearlo en la jurisprudencia norteamericana, y como no, en el *case law*, remotamente en la *Partnership Act* de fines del siglo XIX. De ahí se incorpora al Código de Quiebras o *US Bankruptcy Code* en su sección 510, y de ahí pasa a la Ley de limitadas alemana (*GmbH*) y a la *Insolvenzordnung* para. 39. Concretamente en la ley de insolvencias alemana, la subordinación abarca tres supuestos: primero, se subordinan los créditos por intereses de los que se acumulen a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como los gastos que se originen en el procedimiento y las sanciones pecuniarias del tipo que sean. También se subordinan los créditos del socio a la devolución del préstamo sustitutivo del capital o créditos asimilados, como también los créditos originados por una liberalidad del deudor concursado. El segundo supuesto o ámbito es el de los créditos cuya postergación en el concurso se hubiere pactado entre acreedor y deudor –es nuestra subordinación convencional– y que serán satisfechos tras los anteriores. Finalmente, y en un tercer ámbito, se subordinan los intereses de los créditos concursales subordinados y los gastos para estos acreedores surjan con motivo de la participación en el procedimiento.

¹²⁶ Sobre la idea y evolución de la subordinación, así como su plasmación en otros ordenamientos foráneos, extrapolables con más o menos decisión y acierto al nuestro, vid., entre otros muchos, unos de los primeros trabajos específicos, el de MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley concursal”, *ADCo*, 2004, nº 1, pp. 49 y ss., p. 58 y ss., especialmente. También MANZANARES SECADES/

cepción vulgar, bien una relación de dependencia, bien clasificar algo como inferior respecto de otra u otras cosas, y ambas se ajustan acompasadamente al marco que ha querido diseñar el legislador en la Ley Concursal. Pero sin duda donde el legislador de 2003 se equivocó y tímidamente enmendó el de 2009, ha sido en la técnica subordinatoria.

Sin importar causas ni motivaciones, algunas probablemente justificadas, y todas sin duda heterogéneas, tampoco sin indagar o perimetrar la naturaleza jurídica del crédito subordinado, la ratio y el porqué de éstos, ha extendido *ope legis* un manto de sospecha, de imputación de conocimiento y de influencia de unos acreedores especialmente próximos, ya sea por vínculos de sangre o afinidad, o profesionales o de gestión, que implicaba la automaticidad en la subordinación de sus potenciales créditos. No reprocha siquiera, imputa, objetiviza las conductas de un modo *per se* automático.

Y las consecuencias son terribles: relegación absoluta del acreedor subordinado, postergación de su papel y rol en juntas y adhesiones, así como voto, del que no disfrutaban con independencia de la magnitud cuantitativa del crédito que titulan, imposibilidad de ser nombrado administrador concursal, pérdida de las garantías que tengan estos créditos si los acreedores son calificados como personas especialmente relacionadas con el deudor, medida a nuestro juicio desproporcionada pero que sin embargo ha sido aceptada con plácemes en nuestra doctrina.¹²⁷ Y en el peor de los casos, el acreedor subordinado si llega a calificarse como cómplice del concursado culpable, perderá el crédito de modo íntegro.

Se ha creído que, por esta vía legal, cuestión distinta es su acierto o su perniciosidad, que la hay, se protegía de un modo más fehaciente aun por meras sospechas o presunciones al resto de acreedores externos y desvinculados como a los otros. Sólo por el hecho de la proximidad, personal o profesional

VILLORIA RIVERA, "Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva ley concursal", *La Ley*, 2004, nº 5997, pp. 1 y ss. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito*, cit., p. 241, apuntaba también a esa técnica o recurso técnico y procedimental en aras de buscar y cerrar esa coherencia procedimental del concurso de acreedores.

¹²⁷ Decididamente a favor de esta opción legal, a nuestro juicio cuestionable aunque seamos una postura minoritaria, ÁVILA DE LA TORRE, "La extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el concurso", *ADC*, 2006, nº 7, p. 153. Para GARRIDO, "La cancelación de garantías de los créditos subordinados", *ADC*, 2006, nº 8, p. 611, todavía debe irse más allá de la extensión subjetiva de este precepto, proponiendo *lege ferenda* la nulidad de garantías que tuviesen todos los créditos subordinados, aún con independencia del carácter especialmente relacionado o no del acreedor con el concursado.

o societaria, el crédito es subordinado. Incluso lo que hizo mal el legislador, inconscientemente o no, pero sin duda irreflexivo y presuroso, fue no saber siquiera fijar con claridad el momento temporal en que debía aplicarse esa vinculación. Vinculación que en unos casos puede ser tan perenne como permanente y, en otros casos, esporádica y transitoria. Pues se es padre, hijo o hermano salvo cuestiones de filiación e impugnación de la misma sobrevenida, con carácter permanente, y ocasionalmente se es socio, gestor o administrador. Es obvio que la ley concursal no permite que eludan la condición de especialidad y particularidad en su relación con el concursado. *A priori*, los vínculos sanguíneos no se rompen. Pero sí los vínculos de proximidad cuando se es cónyuge, pareja de hecho, pero sobre todo socio, administrador, apoderado, gestor, etc. Es la condición de persona especialmente relacionada con el deudor la que conlleva la subordinación, con independencia del origen legal, extraconcursal o contractual del crédito existente.

Tradicionalmente, el ejemplo de crédito subordinado en nuestro sistema legal era, y aún es, el de los préstamos y créditos participativos de la Ley de reconversión y reindustrialización (27/1984, de 26 de julio) varias veces enmendada, o las propias emisiones de obligaciones subordinadas previstas en la Ley 13/1985, de inversiones obligatorias, recursos propios y obligaciones de información, de 25 de mayo, sin olvidar el efecto análogo a la subordinación que se lograba para los créditos por intereses devengados con posterioridad a la apertura del concurso y que no cubren las garantías reales (art. 1916 II Código Civil).

Y sin duda, uno de los supuestos claves, que no estrella de la ley concursal, es la subordinación que dimana de los préstamos sustitutivos de capital en el ámbito societario, bien sea de socios a la sociedad, de sociedades intermedias o de sociedades de un grupo, sea entre filiales hacia la sociedad matriz o de ésta hacia alguna o todas sus sociedades. De compleja interpretación ha sido y siguen siendo aquellos créditos por salarios o indemnizaciones derivados de la extinción de los contratos laborales o indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad o recargo de prestaciones cuando el concursado sea persona natural. ¿Estamos ante un supuesto de crédito subordinado por ser persona especialmente relacionada?, parece que conforme al dictado del artículo 92.5º de la norma concursal no cabe la subordinación de estos créditos. De modo que estas prestaciones laborales típicas, esencialmente el salario, no deberían ser subordinadas. Sin embargo, el legislador califica como subordinados tales créditos, excluyendo tan sólo el caso del concursado persona física, de modo

que si es una persona jurídica esos créditos a sus trabajadores, administradores etc., serían subordinados, ¿a qué ratio responde esta diferenciación?

Si el administrador o administradores societarios son trabajadores por cuenta ajena de la propia sociedad tendrán los pertinentes créditos que hubieren devengado conforme al privilegio general del artículo 91.1 de la Ley, salvo la de aquellos a los que se pudiese impetrar su condición de personas especialmente relacionadas con el deudor, en este caso los administradores que lo hubieren sido en los dos últimos años anteriores a la declaración del concurso. Y distintos pronunciamientos judiciales han verificado o corroborado esta tesis, entendiendo que la condición de administrador societario subordina el crédito incluso de existir relación laboral con la sociedad o empresa concursada. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 11 de junio de 2009, no admite el allanamiento de la administración concursal favorable a convertir en privilegiado el crédito del administrador social, por suponer un perjuicio de tercero y fraude de ley (disposición final quinta de la ley concursal en relación con el artículo 21.1 Ley de Enjuiciamiento Civil), dado que por esta vía se ignorarían las previsiones de la ley concursal, en detrimento y perjuicio de los demás acreedores del concurso que ven o verían sin justificación alguna cómo un crédito subordinado *voluntas legis* pasaría a ser privilegiado, conculcando sus expectativas concursales.

Cuando se lee este artículo 92, la impresión o la sensación que se desprende, amén de comprobar que la subordinación en cuanto técnica puede ser tanto negocial como legal, y aun dentro de ésta cabría distinguirla en automática o no, no es otra que la de interrogarnos seriamente acerca de cuál es o debe ser en realidad la función y finalidad que están llamados a cumplir estos créditos legalmente postergados, créditos sumamente heterogéneos que acaban generando una enorme perplejidad. De hecho, como bien se ha señalado, la subordinación contractual o convencional atiende pura y simplemente al interés de las partes, de modo que el deudor es capaz de moderar el impacto que un fuerte apalancamiento tendría en su capacidad de endeudamiento, mientras que el acreedor recibe a cambio del mayor riesgo asumido, una alta rentabilidad. Por el contrario, la subordinación legal es un instrumento jurídico que opera en interés de los restantes acreedores del deudor.¹²⁸ Ahora bien, ¿cuál

¹²⁸ Véase el pormenorizado y sugerente estudio de BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 436. Para IGLESIAS PRADA/VAQUERIZO ALONSO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los

es ese interés del resto de los acreedores?, ¿puede hablarse de un único interés concursal o, por el contrario, habrá tantos como participantes de un modo u otro, mediata o inmediatamente en el concurso?

Subordinación en la Ley Concursal es sinónimo de degradación, de debilitamiento, sea ésta impuesta o consentida.¹²⁹ La subordinación implica la voluntad de otorgar un trato desfavorable a ciertos créditos que el legislador ha señalado con su dedo, pero también significa e implica la de mejorar respecto de los postergados el tratamiento de otros créditos, cuales son los ordinarios. Inmunizados los privilegiados, son los ordinarios, los grandes olvidados de la norma concursal, los que intermedian entre aquéllos y éstos.

Se materializa el menor valor de ciertos créditos a través de la técnica subordinatoria, sea ésta convencional o por pacto, lo sea de un modo automático y legal (amén de que en algún ordenamiento la subordinación no es instantánea o automática, sino que responde a la *powers of equity* jurisdiccional).¹³⁰ Y se hace a través de una automaticidad que no permite elusión, o se es o no se es. Pero un juez no puede atemperar la técnica subordinatoria analizando y sopesando las circunstancias concretas del crédito y la situación real de los acreedores en su influencia o no, conocimiento o ignorancia de la situación económico-patrimonial del concursado. No por ser cónyuge, padre, hijo, hermano, incluso socio se tiene por qué conocer a ciencia exacta, ni siquiera por aproximación, la verdadera magnitud de la situación patrimonial. Ni conocen ni tampoco en demasiadas ocasiones tienen el más mínimo resquicio o posibilidad de ejercer influencia en las decisiones del deudor. Sin embargo sí se admite, o se relaja el automatismo de la subordinación, dando un mayor protagonismo al juez del concurso, previo informe de la administración con-

créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, pp. 3731 y ss., p. 3734, el establecimiento de los créditos subordinados responde también genéricamente a razones de equidad relacionadas con el escaso mérito o valor atribuido a la titularidad de ciertos créditos como son los derivados de multas o aquellos que resultan a favor de acreedores de mala fe, aunque deba también reconocerse la existencia de alguna causa de subordinación derivada de la mera conveniencia procesal, como sucede con los comunicados tardíamente.

¹²⁹ Como acertadamente señala MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, *ADC*, 2004, n° 1, pp. 49 y ss., p. 50, esta nueva categoría introduce una “excepción negativa” al principio de igualdad de trato de los acreedores, la tan reiterada máxima que establece la *par conditio creditorum*.

¹³⁰ Conforme BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 435; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, cit., p. 3694.

cursal cuando estamos ante créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas que se regulan o dimanan de los artículos 61, 62, 68 y 69 de la norma concursal cuando el juez constate, tras el informe de la administración, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso. Así las cosas, esa actitud proactiva y activa, que entorpece el cumplimiento de las obligaciones y daña al concurso en su interés, permite al juez modular o no la subordinación. Si se ha abierto una puerta a cierta interpretación, aunque vaporosa sin duda, por qué no abrirla a otros supuestos polémicos cuando menos y donde puede ser peor la imputación de subordinación por presunciones meramente que la justicia material, se permita que constate los hechos, *powers of equity*, y califique ese crédito como mejor convenga a derecho.

Y algo que debe quedar claro, la subordinación de créditos solamente es posible respecto de los que tienen naturaleza concursal. No se pueden o no cabe subordinarse los créditos contra la masa.

Quedan en un segundo plano tanto el hipotético reforzamiento y mejora de los acreedores ordinarios como las distintas lógicas a las que responden cada una de las heterogéneas causas de subordinación. Todo responde a una decidida opción legislativa que no se arredra ni tampoco discrimina en las causas, por lo que sus resultados no son del todo coherentes ni razonables. No toda causa de subordinación casa con una sanción, pues, ¿acaso tras una subordinación convencional debe entenderse algún atisbo de sanción o penalización? Lo que hay es una renuncia, un debilitamiento consentido y tolerado del propio crédito que se pospone a otros créditos o, incluso, de cara a una correcta exégesis de lo que debería ser una auténtica subordinación convencional, a la totalidad de créditos, ocupando el último lugar entre los subordinados. Ahora bien, esta tampoco ha sido la elección del legislador por lo que interpretativamente el crédito se subordina y ocupa el lugar que le corresponde en el propio artículo 92 y en el 158 relativo al orden de pago.

En cierto modo, con la subordinación se conjura y destierra el peligro de que un poco diligente deudor termine apropiándose del valor residual que quede en el patrimonio concursal en el infrecuente y poco probable supuesto de que llegue a existir un remanente tras la satisfacción completa del resto de acreedores. De lo contrario, obtendría paradójicamente más valor del que habría tenido o le hubiera correspondido *ex ante*, ya que se quedaría con el valor residual de un patrimonio limpio de deudas. La subordinación supone

simplemente que el crédito de uno o varios acreedores queda clasificado como inferior en la graduación de créditos respecto de otro u otros créditos que, sin subordinación, serían, sino de mayor rango, al menos sí del mismo rango.¹³¹ Pero no sólo implica esa clasificación inferior o relativizada, sino que además, la lista de créditos que se configura en el artículo 92 es una categoría fuertemente jerarquizada, igual que sucede con la lista del artículo 91 relativa a los créditos con privilegio general. No se enumeran, todo lo contrario, se gradúan los créditos subordinados.¹³²

La financiación subordinada permite a una sociedad engrosar sus fondos propios, al postergar el rango crediticio de la financiación respecto del pasivo social no subordinado.¹³³ Es cierto que por esta vía el acreedor aumenta exponencialmente su cuota de riesgo, en aras de reforzar su vínculo al proyecto empresarial. Supuestos de financiación subordinada son aquellos procesos de refinanciación de empresas en crisis, por medio de la cual se aumenta el montante de los capitales vinculados al riesgo empresarial, y se incrementan, entre otros extremos, los plazos de recobro y los *ratios* de endeudamiento. No sin ello exigir por su parte ciertas contraprestaciones que se traducen en concretas exigencias del financiador a la sociedad financiada. También estamos ante supuestos de financiación subordinada, en aquellos casos de incentivación por parte de los poderes públicos para reflotar empresas en crisis o reconversión.

Quizás el automatismo legal del crédito subordinado en algunos supuestos, incluso irracional, plantea más ambigüedades que luces, sobre todo si se tiene en cuenta la mezcolanza un tanto anodina que se hace con éstos. Se trata de mezclar lo pernicioso o que asoma un claro resquicio de fraude y sospecha de connivencias defraudatorias con el marchamo de ser una sanción, cuando no una búsqueda residual y tangencial de indemnización para aquellos que en último caso nada podrían alegar en su contra. Ahora bien, ¿cuál es la

¹³¹ Conforme ALEMANY EGUIDAZU, "Subordinación contractual y subordinación concursal", cit., p. 2.

¹³² Conforme GARRIDO, "Comentario Artículo 92", cit., p. 1660.

¹³³ Más crítico se muestra MONTÉS, "El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal", cit., p. 63, quien cree que cabe explicar la posición de los titulares de estos créditos, no como un negocio sobre el rango ni como un resorte obligacionalmente establecido respecto de su exigibilidad. Para este autor, no hay un "negocio sobre el rango" (permuta, posposición o reserva) en la subordinación convencional porque, sencillamente, no hay *rango* sobre el que negociar. En cambio sí hay, en la subordinación legal, una alteración a menor de la *par conditio creditorum* o posición de igualdad que forma parte del contenido del derecho de crédito que, de este modo, queda debilitado.

naturaleza de la subordinación?, ¿acaso una idea de sanción? Parece como si la sospecha de fraude asomara en el entorno de un *insider* donde parece que el escrúpulo a un comportamiento defraudatorio o a un exceso de sobreinversión induce a lo tendencioso y malicioso, pero nunca más que ahora tiene valor el dicho popular de que no han de pagar justos por pecadores, pues no toda actuación se enmarca en esos parámetros, esto es, no tiene por qué ser de por sí perverso o defraudatorio su crédito. ¿Acaso en nuestra legislación se dio la oportunidad a que la causa de subordinación tuviese como presupuesto causal una conducta fraudulenta, imprudente, defraudatoria, desordenada, reprochable, ilícita? No han sido estos los parámetros si no las presunciones *iure et de iure*, irrefutables, objetivadas *numerus clausus*.

Las causas de subordinación, o lo que es lo mismo, los supuestos de subordinación son tan heterogéneos como dispares, por lo que su naturaleza responde a parámetros distintos.¹³⁴ Mantener esta tesis es desconocer la red y la operatividad de las pequeñas sociedades, de gestión estrecha y cerrada o familiares, o que rehúyen del mercado del crédito, y en el que los créditos de los *insiders* constituyen la fórmula habitual de obtención de medios financieros.¹³⁵ Sirva sólo como interrogante premonitorio si el *insider*, esto es, un socio mayoritario, o de control, por el mero hecho de serlo ¿realmente sabe o es conocedor de tal información estratégica de una sociedad que le arroje un beneficio a costa del resto de acreedores externos de la sociedad incluso propios?, ¿actúa realmente de modo ilícito por el mero hecho de prestar abstractándonos de las causas y motivos de esas prestaciones?, ¿en su actuar se precia un *mismanagement* o una *misconduct*?¹³⁶

¹³⁴ Correctamente, MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 61, señala la ausencia de un juicio de reproche, dado que la subordinación no depende de la estimación de una ilicitud o de un fraude, por lo que desde este punto de vista es de carácter automático y objetivo.

¹³⁵ En parecidos términos BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 439.

¹³⁶ Una referencia ya clásica en el ordenamiento americano y sobre todo respecto de los deberes fiduciarios de socios e *insiders*, en CLARK, “The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors”, *Harvard L. R.*, 1977, pp. 505 y ss. Véase más recientemente la aportación de BAIRD, *The Elements of Bankruptcy*, 5ª ed., Nueva York, 2010, pp. 156 y ss., cuando nos recuerda que el origen de la equitativa subordinación está en la doctrina del caso *Pepper v. Litton* [308 U.S. 295, 307-8 (1939)], en la que se afirmaba: “In the exercise of its equitable jurisdiction the bankruptcy court has the power to sift the circumstances surrounding any claim to see that injustice or unfairness is not done in administration of the bankrupt estate”. Por su parte, en *In re Mobile Steel Co.* [563 F.2d 692, 700 (5th Cir. 1977)], el acreedor subordinado “engages in inequitable conduct, the misconduct must injured other creditors or conferred an unfair

Por tanto, así como no sería justo extender a todos los supuestos o causas de subordinación la idea de fraude o ilicitud, tampoco lo es afirmar su idea o marcada impronta de sanción. El debate está servido.¹³⁷ No es precisamente fácil dilucidar e incluso tratar de dilucidar si la subordinación actúa como instrumento sancionador de un hipotético fraude en el concurso o no. La premisa de la que se parta condicionará en cierto modo el resultado final.¹³⁸ Hasta cierto punto, gozan en definitiva de un áurea de créditos de valor residual, desvalorizados bien por voluntad legal, bien por voluntad negocial. En la jerarquía crediticia éstos tienen asignado el menor valor, el residual, el peor; cobrarán de lo que quede si es que algo queda. Su valor en el tráfico es todavía menor que el de un crédito ordinario. Su deliberada colocación en la clase inferior de la graduación de créditos concursales significa, entre otros extremos, que estos créditos subordinados, bien por *voluntas legis*, bien por *voluntas negociales*, únicamente recibirán un pago también residual, esto es, sólo y siempre que los créditos privilegiados y los créditos ordinarios hayan recibido una satisfacción íntegra.

Ello no obsta para que se califiquen igualmente de créditos concursales y tengan que pasar por el tamiz de la verificación de créditos, pues eso es lo que son, créditos nacidos antes de que el deudor esté inmerso en situación de insolvencia. Sin embargo, sobre estos créditos pende, en definitiva, el estigma de ser considerados créditos de nulo o vago valor, de tal modo que su efectividad se supedita a la hipótesis de que quede algún remanente –harto improbable– en el patrimonio del deudor.¹³⁹

advantage on the subordinated creditor, and equitable subordination is not to be inconsistent with the other provisions of the Bankruptcy Code”.

¹³⁷ Se quejaba MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados,” cit., p. 61, de esa falta de profundización en la doctrina sobre la naturaleza del crédito subordinado y sí en cambio la reiterada tendencia de ésta en la idea de la sanción.

¹³⁸ La impronta sancionadora del crédito subordinado ya la encontramos en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1993, n. 618, pp. 1487 y ss., p. 1507 y ss., quien emplea el término antiprivilegio a la hora de designar la postergación legal automática de determinados créditos por razón de su titularidad, como son los créditos de los socios de determinadas sociedades, cuya participación en el capital se encuentre entre un 5 y un 10%, los créditos de los administradores. Vid. asimismo GARRIDO, “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la ‘Propuesta de anteproyecto de ley concursal’ del profesor Ángel Rojo”, *RDBB*, 1996, n. 64, pp. 889 y ss., p. 937, quien usa este término para designar la postergación legal a la que se sometían a la antepropuesta de 1995 determinados créditos.

¹³⁹ En Alemania, partiendo incluso de este nulo valor que pueden tener estos créditos subordinados, son estos propios acreedores quienes tienen que sopesar en última instancia si les compensa o no solicitar

Y es que, en definitiva, lastra a estos créditos el poco o ningún interés que acaban por tener sus titulares ante la situación concursal, sobre todo cuando las expectativas de cobro son nulas o ínfimas. La Ley Concursal estatuye una categoría de créditos subordinados perfectamente estructurada y jerarquizada, su *ratio* no responde tanto a una sistematización numeral de los créditos sino que sobre todo su intención es graduarlos, jerarquizarlos y en cierta medida, priorizarlos entre ellos, al igual que hace el artículo 91 cuando se jerarquizan los privilegios generales, pero no en cambio y como *a priori* pudiere pensarse el artículo 90 respecto de los créditos privilegios especiales.¹⁴⁰

Penalización o indemnización, tutela o reforzamiento de los ordinarios, esa es la cuestión y la pregunta que hemos de hacernos en torno a la *ratio* de estos créditos subordinados.¹⁴¹ Ahora bien, el elenco de créditos subordinados es tan heterogéneo, pues estamos ante un auténtico cajón de sastre, que posiblemente no sea viable y menos correcto atribuir a todo tipo o clase de subordinación crediticia una misma naturaleza.¹⁴² Su satisfacción está incluso subordinada y condicionada a la satisfacción previa de los ordinarios. Los créditos subordinados, en caso de que lleguen a ser liquidados, se pagarán de conformidad a las subcategorías que se establecen jerarquizadamente en el artículo 92. De este modo, si no existen recursos suficientes para el pago

el reconocimiento de sus créditos en el concurso. Así, el parágrafo 147 III de la *InsO* prevé reconocer a estos acreedores a través de una resolución judicial acerca de la conveniencia o no de ésta, a la vista de las expectativas de satisfacción que puedan albergar. Se trata en definitiva de impedir que aun encima incurran en un despilfarro inútil de recursos (dinero, tiempo, papeleo, trámites engorrosos, etc.), sobre todo cuando las probabilidades de cobro son poco reales o resultan totalmente nulas. Así las cosas, el órgano judicial veta la posibilidad de participación de estos acreedores en el procedimiento concursal cuando ésta es irracional y costosa desde el punto de vista económico. Si por el contrario existen expectativas racionales de satisfacción, las cosas cambian. Vid. más detenidamente BORK, *Einführung in das neue Insolvenzrecht*, Tubinga, 1995, p. 152.

¹⁴⁰ Como bien señala GARRIDO, "Artículo 92", *Comentario de la Ley Concursal*, cit., p. 1660, la jerarquía sólo tiene trascendencia en caso de que los créditos ordinarios sean íntegramente satisfechos en la liquidación concursal y exista remanente para el pago de los créditos subordinados.

¹⁴¹ Para ALONSO LEDESMA, "Artículo 92. Créditos subordinados", *Comentarios a la legislación concursal*, cit., p. 929, en la LC la subordinación tiene un claro matiz sancionador al no partir del dolo, ni siquiera de la actuación culposa del sujeto, ni tampoco establecer supuestos concretos en los que pueda presumirse que esa conducta existe (caso de infracapitalización, como en el derecho alemán), sino simplemente por el mero hecho de que los titulares de los créditos estén en esa situación de proximidad con el deudor, con total independencia de cuál haya sido su conducta o de en qué condiciones se hayan otorgado esos créditos.

¹⁴² Conforme BLASCO GASCÓ, *Prelación y pago a los acreedores concursales*, cit., p. 151.

completo de todas las subcategorías de créditos subordinados, el pago hasta donde llegue la liquidez procederá de un modo parcial y a prorrata dentro de la subcategoría que se estuviese liquidando (art. 158.2 LC). El artículo 158 de la Ley Concursal es pues rotundo cuando establece que el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que no se hayan satisfecho completamente los créditos ordinarios. El pago de estos créditos se llevará a cabo por el orden establecido en el artículo que los enumera y recoge y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Sólo se abonarán con el remanente, probablemente ínfimo por no decir inexistente, de la ejecución universal.

En el régimen que pergeña la Ley Concursal, la postergación del crédito es automática y objetiva, sin discriminar la naturaleza y causa del crédito relegado. Se declina simplemente a hacerlo. Las causas de subordinación son objetivas y cerradas. Amén de la encubierta casusa que en el fondo esconde el tan polémico y reinterpretado, también ya reescrito con la reforma de marzo de 2009 artículo 87.6 de la norma concursal.¹⁴³ La Ley simplemente ofrece una lista ordenada y jerarquizada perfectamente de créditos subordinados y que

¹⁴³ Expresivas aunque no necesariamente compartidas y menos por la acritud de las palabras, OLIVENCIA, “Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica”, *RCP*, 2009, nº 11, pp. 23 y ss., p. 30, cuando señala: “Se ha aprovechado el *rdley* para solucionar el problema interpretativo que planteaba la desafortunada redacción del art. 87.6, que había dado lugar a interpretaciones ‘literalistas’, absurdas, desde las que se tachaba de ‘correctoras’ a las que, aun partiendo del tenor de la norma, defendían la lógica y teológica del precepto. El *rdley* ha venido a darnos la razón a quienes manteníamos esta última. No se trataba de una interpretación ‘correctora’ de la norma, porque no era *contra tenorem*, sino una interpretación ‘correcta’, que descartaba el absurdo y se basaba en todas las pautas hermenéuticas admitidas en nuestro Derecho. La norma aclaratoria acoge esa posición, la más ampliamente mantenida en la doctrina y en la jurisprudencia, que reduce la consecuencia de la calificación menos gravosa para el concurso al supuesto de pago del fiador, único en que pueden existir dos créditos concursales distintos”. Con esta reforma, que no calificamos siquiera, se elude una buena manera de cerrar el círculo subordinatorio que en el fondo era lo que latía en el supuesto del artículo 87.6. Ni correcta ni correctora, era muy claro lo que decía y quería decir la norma antes de la reforma, y ha tenido que ser el legislador al final, el que –en una interpretación auténtica absolutamente inédita en nuestro derecho– haya optado por el camino que le habían transitado o querido que transitase. Y es que a la postre y sin que nadie se sienta ni aludido y menos ofendido, sin la reforma, vergonzante en todo caso, las tesis mal llamadas correctoras, no hubieran triunfado. Así de simple. Más suave en los términos y calificando de “ajustes técnicos” en la Ley Concursal, PULGAR EZQUERRA, “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del *rdley* 3/2009”, *RCP*, 2009, nº 11, pp. 45 y ss., p. 47, cuando asevera que estos ajustes vienen a resolver dudas hermenéuticas en relación con la interpretación de algunos preceptos de la Ley que, en ocasiones, incidían en la clasificación concursal del crédito que disfrute de fianza o garantía personal (art. 87.6 LC, en cuya nueva redacción se opta por la impropriamente denominada “interpretación correctora”) y en otras, en el pernicioso automatismo del que se acompaña la subordinación crediticia en el marco de la Ley.

ha sido modificada, tímidamente ampliada y “aclarada” en la reforma de 2009. Lista que indudablemente es excesiva y de la que cabe cuestionar en algunos supuestos el deslinde objetivo del crédito que es subordinado legalmente, no siempre exento de polémica, no siempre con unas fronteras nítidas y claras, más bien vaporosos.

Sirva como ejemplo el crédito por recargo, ¿realmente estamos ante un crédito subordinado por sanción? ¿O lo estamos por intereses?, ¿de qué naturaleza participa realmente y cuál es la ratio de esta subordinación, sancionadora, resarcitoria, conminatoria, confiscatoria? Aquí, en sede subordinada, el legislador no pudo, pero sí injertó en exceso.¹⁴⁴ Y si la sanción tributaria, por ejemplo, es fruto de una labor de inspección que se verifica constante el concurso, pero por un acto o hecho, no ingreso de una obligación tributaria, que nació antes de la declaración concursal, ¿qué calificación tiene esa sanción tributaria en la graduación creditual? No es, por consiguiente, necesario ni preciso que haya por ejemplo una infracapitalización de la sociedad en el caso de ser persona jurídica, o fraude en el acto constitutivo de concesión de un crédito, basta con que se trate de uno de los créditos que se enumeran en ese elenco que regula el artículo 92 de la Ley concursal.

Podemos concluir, sin miedo a equívocos, que el legislador ni siquiera ha concedido el beneficio de la duda ante algunos acreedores de estos créditos subordinados, respecto de los cuales el paradigma conductual y de comportamiento del acreedor pesa en su contra indiscriminadamente, ignorando conductas que *a priori* son correctas y sumiéndolas en una sombra de duda y legitimidad, lo que provocará a la larga una total inhibición de concesión de crédito por parte de estos hipotéticos acreedores, operadores económicos en algunos casos, que han sido señalados por el dedo acusador de la Ley concursal. Poco importa la aptitud y la buena intención de estos acreedores, que se ven relegados por un criterio racional, que no razonado, de objetividad.

Los créditos subordinados, por tanto y como ya hemos señalado, han sido calificados y graduados conforme a criterios objetivos, sin tener en cuenta e incluso despreciando absolutamente el comportamiento o conducta del sujeto; únicamente se han tenido en consideración las circunstancias que rodean a

¹⁴⁴ Comparte esta crítica SÁNCHEZ CALERO, “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, iv, Madrid, 2005, pp. 3893 y ss., p. 3895.

dichos créditos. Se han configurado y escudriñado conforme a criterios objetivos y automáticos, sin necesidad y menos sin importarle, probar las conductas dolosas o fraudulentas o de infracapitalización de la sociedad.¹⁴⁵ Parecen responder a una suerte de obligada sanción o preterimiento particular.¹⁴⁶

Pero no olvidemos que antes de sancionar debería apreciarse en su verdadera dimensión toda conducta fraudulenta y lasciva, sin que quepa extender semejante subordinación de un modo automático y sólo por ser acreedores, y a quiénes la ley trata de inhibir y restar operatividad por el mero hecho de estar relacionados con el deudor, ya de modo profesional ya familiarmente. Quizás se han desterrado, un tanto deliberadamente, otras facultades y actuaciones que la propia normativa legal esgrime a modo de remedio de estas conductas, como serían las acciones de reintegración que pergeña el artículo 71 de la Ley Concursal y que permiten rescindir todo acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, incluso aunque no hubiere existido intención fraudulenta, y máxime si la ha existido, por lo que hemos de preguntarnos ¿por qué este automatismo, exagerado, si la propia ley disciplina remedios legales que pueden ser incluso más justos? De este modo, si ha habido fraude se rescinde el contrato y no entra siquiera a formar parte de los acreedores subordinados, y si no lo ha habido ¿para qué relegarle entonces? Sólo así se mitigarían además las tendencias sobreinversoras del deudor una vez manifiesta la situación de insolvencia. Son quizás las acciones de impugnación –revocatorias concursales– el mejor remedio para evitar y eliminar el expolio y la expropiación egoísta de algunos acreedores que se valen de la especial información que tienen del deudor para propiciar la comisión de actuaciones perjudiciales para el interés del resto de acreedores.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Acertadamente, IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los crédito pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3734, señalan que mientras la nueva ordenación de los privilegios ha resultado ser el fruto de un proceso largamente meditado, a raíz del amplio debate abierto como consecuencia de la insatisfactoria experiencia acumulada durante la vigencia del anterior régimen legal, la implantación del sistema de subordinación de créditos previsto en los artículos 92 y 93 constituye, por el contrario, una innovación carente de auténticos referentes prácticos y positivos en nuestro sistema.

¹⁴⁶ De penalidad civil los califica ALEMANY EGUIDAZU, “Subordinación contractual y subordinación concursal”, cit., p. 3, y como tal sanción civil, está sujeta al principio de legalidad sin poder ser introducida por normas de rango inferior.

¹⁴⁷ En este sentido, manifestamente, RÜMCKER, “Verhaltenspflichten der Kreditinstitute in der Krise des Kreditnehmers”, *KTS*, 1981, n° 4, pp. 493 y ss., p. 508; SCOTT Jr., “Bankruptcy, Secured Debt, and

No obstante y reconociendo a los privilegios especiales y generales como una excepción positiva en relación con los créditos ordinarios, la propia Ley Concursal crea y ejecuta con su misma *protestas* una “nueva” categoría negativa en nuestro derecho: los *créditos subordinados*, que constituye la *antítesis* y reverso del privilegio, el antiprivilegio, mas eso sí, en perfecta sintonía con lo pergeñado en el resto de ordenamientos europeos.¹⁴⁸ Créditos relegados, debilitados, estigmatizados por una presunción y una ratio que no ha sabido naturalizar ni explicar el legislador como tantas y tantas veces.¹⁴⁹ La subordinación, contrariamente a las virtualidades que supone un privilegio, implica una postergación o relegación en la tutela del crédito, discriminando negativamente a los acreedores subordinados respecto del resto de los acreedores. Son una suerte de créditos residuales, debilitados, degradados y desvalorizados por la propia norma concursal y de acreedores bajo sospecha que se ven desfavorecidos por *voluntas legislatoris* en la escala graduatoria de los créditos, situándose por detrás de los ordinarios.¹⁵⁰ En cierto sentido, esta postergación supone para algunas causas de subordinación, aunque no para todas, un castigo o sanción legal sobre unos acreedores específicos y ante unas circunstancias concretas. Como bien se ha dicho, el reconocimiento de estos créditos *ope legis* o créditos antiprivilegio produce el efecto contrario del privilegio.¹⁵¹

No discutimos la virtualidad de estos créditos, tampoco las razones, la naturaleza personal o no y la titularidad a que responden, ni su oportunidad en la Ley Concursal, pero sí la forma y el talante excesivo en que se recogen y regulan algunos de estos créditos;¹⁵² una suerte de *totum revolutum*, sin ton

Optimal Capital Structure”, *J. Fin.*, vol. 32, 1977, pp. 1 y ss., p. 2, quien destaca el valor de las acciones rescisorias concursales por fraude como instrumento que elimina la expropiación de los acreedores.

¹⁴⁸ Cfr. ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., p. 361. En parecidos términos MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 50.

¹⁴⁹ Como afirmó MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados”, cit., p. 62, pertenece a la categoría que la doctrina italiana había identificado como *diritti affievolitti*. Como bien decía, siguen siendo un crédito, un derecho subjetivo de naturaleza personal, pero es limitadamente exigible y carece de parte de los mecanismos de defensa y protección de que están dotados sus congéneres no postergados.

¹⁵⁰ Señala RUIZ-RICO RUIZ, “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 3839 y ss., p. 3842, que la previsión legal de los créditos subordinados constituye la respuesta jurídica a las maniobras negociales del concursado tendentes a privilegiarse, aunque sin detenerse en las obligaciones de las que emergen aquéllos.

¹⁵¹ Vid. ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., p. 389.

¹⁵² No parece compartir esta crítica MERCADAL, “Comentario al art. 92 y 93”, en *Nueva Ley Concursal*, (SALA/MERCADAL/ALONSO (Coords.)), Barcelona, 2004, p. 455; sin embargo, para VICENT CHULIÁ,

ni son, a modo de amalgama o cajón de sastre. En el artículo 92 se enumeran los créditos a los que se les confiere el carácter de subordinados. Se trata de créditos comunicados tardíamente, de los contractualmente subordinados por voluntad de las partes, de los de intereses y de los procedentes de multas y demás sanciones pecuniarias, de los de personas especialmente relacionadas con el deudor y, por último, de los de quien haya sido declarado parte de mala fe como consecuencia de la rescisión concursal.

Finalmente, como nota común de estos créditos subordinados, éstos suponen una considerable merma de los derechos que, de otro modo, corresponderían a estos titulares de créditos subordinados. Así, no podrán formar parte de la administración concursal; no tienen derecho de voto en la junta de acreedores; quedan vinculados por el contenido del convenio, aunque ni siquiera hubieran votado a favor; les afectan las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los créditos ordinarios, si bien podrán aceptar propuestas alternativas de convenio; asimismo, en caso de liquidación, sus créditos son postergados a todos los demás, viendo extinguidas las garantías de cualquier clase que tuviesen constituidas y, por tanto, viéndose en su caso obligados a la restitución posesoria y exponiéndose a que aquellas prendas o hipotecas registradas sean canceladas. Ahora bien, ¿acaso un juez se va a atrever a cancelar una garantía hipotecaria?, ¿en realidad quería ir tan lejos el artículo 97.2 de la norma concursal o se extralimitó una vez más el legislador?

5.2. La subordinación convencional

Como ya hemos señalado, son dos las vías de subordinación de un crédito, bien la convencional, bien la legal y dentro de ésta se zahiere con propiedad el término automático, objetivo, pues obedece en suma a los presupuestos legales trazados. Entran por tanto también dentro de la categoría de subordinados aquellos créditos en los que la voluntad de las partes concierta relegar intencionadamente estos créditos a un plano residual, ya que con esta relegación no se afecta ni se perjudica a los derechos de otros acreedores.¹⁵³ Cuestión distinta

Introducción al derecho mercantil, 16ª ed., Valencia, 2003, p. 1109, este artículo es el más riguroso de la nueva Ley Concursal, la nueva “clave de bóveda” del concurso de acreedores.

¹⁵³ Como bien adviera GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 63, la subordinación voluntaria no tiene lógica si no podemos atribuirle alguna utilidad financiera. Así, siguiendo a autores anglosajones, señala: “si bien es cierto que el deudor no participa en la ejecución de esta clase de negocios y que el interés de su estricto cumplimiento sólo interesará a los acreedores involucrados,

es interpelarse por la racionalidad y finalidad de esta subordinación voluntaria entre acreedores. Subordinación que encuentra su ratio en la mayor retribución y rentabilidad que espera quién conscientemente relega su crédito en la posición graduatoria. Piénsese, por ejemplo, en la financiación subordinada como complemento de los recursos propios de algunas sociedades, especialmente del sector financiero. Ámbito éste donde, por otra parte, se han centrado y han prestado su atención los estudiosos de la subordinación de deuda.¹⁵⁴

Esta subordinación *voluntaria* –de fuerte impronta e inspiración germana (parágrafo 39. II *InsO*)– confiere al crédito un carácter o conjunto de cualidades o circunstancias propias.¹⁵⁵ La Ley Concursal asienta como criterio determinante para la subordinación concursal la pretensión de eficacia de los contratos de subordinación, que puede ser general o relativa. Se procede a una voluntaria graduación de los créditos, conducente a una deliberada postergación por parte de los afectados, que no por parte de la Ley como sí se hace respecto del resto de créditos subordinados.¹⁵⁶

Ahora bien, ahondar en la naturaleza jurídica y configuración de la subordinación convencional obliga a incidir en aspectos más intrínsecos. En efecto,

no es menos cierto que la estructura de la financiación subordinada le permitirá un mejor y más amplio acceso al crédito. Ello será consecuencia de que el principal efecto financiera de la subordinación general es la asimilación de los recursos obtenidos a los fondos propios del deudor”.

¹⁵⁴ GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 95, señala que fuera del ámbito financiero, las financiaciones subordinadas son utilizadas como medios para la captura de fondos adicionales para la empresa, dirigidas principalmente a entidades con mayor propensión al riesgo o con necesidad de diversificarlo, ofreciéndose un mejor espectro de alternativas. El emisor logra la ampliación de su capacidad de endeudamiento sin requerir un sacrificio extremo del control de la empresa emisora ni la dilución de las utilidades en mayores retribuciones, como ocurriría con un aumento de capital o mediante la obtención de un préstamo participativo.

¹⁵⁵ En el ordenamiento norteamericano, el parágrafo 510 (a) del Bankruptcy Code, partiendo de la cláusula de subordinación que pueden concertar las partes, señala que un acuerdo de subordinación es ejecutable en el mismo grado que lo sería conforme a una norma no de quiebras. Neutralidad por tanto absoluta del procedimiento concursal ante la subordinación convencional. Nada empece el pacto por el que un grupo de acreedores acuerden posponer su satisfacción a la completa satisfacción de otros acreedores, los *supplying creditor*, con lo que, en cierto sentido, se produce una suerte de dación de la causa de preferencia. Este era el supuesto fáctico de la sentencia [*In re Geo. P. Schinzel & Sons* [DCSNY 1926, 16 F. (2d) 289)]. Sobre los acuerdos de subordinación en el derecho norteamericano, vid. MARTÍN CALLIGAR, “Subordination agreement”, *Yale L. J.*, 1961, pp. 376 y ss.

¹⁵⁶ Hay quien ha señalado que la subordinación convencional es una especie o suerte de estipulación a favor de terceros más o menos indeterminados en el momento del pacto. Así, GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal* [SÁNCHEZ CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (Dirs.)], II, 2004, Valladolid, pp. 2042 y ss.

¿la subordinación convencional es únicamente una degradación del crédito en la jerarquía o escalafón graduatorio y prelatorio en este caso concursal? Dicho de otro modo, ¿qué implica, qué es y qué efecto tiene un negocio de subordinación? Estamos ante un negocio jurídico dispositivo, donde los sujetos que en este caso concurren en un escenario concursal, acreedores, degradan el valor graduatorio o prelatorio de sus créditos dispositiva y voluntariamente. Son los acreedores concursales los que marginan la regla de distribución proporcional cual si de ordinarios se tratasen sus créditos, para jurídica y negocialmente desplazar la satisfacción de estos créditos subordinados convencionalmente a un momento que supone que todos los antecedentes han sido ya satisfechos a pro rata y que sólo pueden satisfacer una vez extinguidos aquellos, los beneficiados por la subordinación concursal y convencional.¹⁵⁷

No cabe duda de que un acreedor subordinado que relega su crédito a una posición aún más marginal que la establecida legalmente por el legislador asume un riesgo, no por la relegación implícita, sino por las dificultades mayores de obtener total o parcialmente satisfacción alguna.¹⁵⁸ Subordinar sólo tiene sentido cuando estamos ante un patrimonio insuficiente, una masa activa que no puede satisfacer la totalidad de las pretensiones patrimoniales, por lo que subordinar convencionalmente opera, normalmente, cuando operan las normas o reglas prelatorias y preferenciales.

Solvente, el deudor cumple, sin más, al margen de la clasificación o categoría de sus créditos, debe cumplirlos todos. Mas ¿qué motiva que no justifica que un acreedor subordinado degrade en su escala graduatoria, hipocrédito, respecto de otros subordinados que ven beneficiados sus créditos así como expectativas en su caso, de satisfacción patrimonial? Una subordinación que procede sin duda y es legítima y viable tanto en un escenario concursal como en su escenario extraconcursal (piénsese en una tercería de mejor derecho).

¹⁵⁷ Esto supone, como acertadamente ha señalado GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 30 que, en términos abstractos, la regla de proporcionalidad está formulada como una norma de carácter dispositivo y, luego, que en concreto, la subordinación no vulnera los límites de la autonomía privada, exigiendo una justificación financiera y jurídica para la referida exclusión.

¹⁵⁸ El ucc norteamericano, en su parágrafo 1-310, en lo tocante a emisiones de deuda subordinada, regula lo siguiente: “Una obligación puede ser emitida como subordinada al cumplimiento de otra obligación de la persona obligada, o un acreedor puede subordinar el derecho al cumplimiento de una obligación mediante un acuerdo sea con la persona obligada o con otro acreedor de la persona obligada. La subordinación no constituye una garantía (*security interest*) respecto del deudor común ni al acreedor subordinado”.

¿Qué vale una subordinación voluntaria en el procedimiento concursal y cuál es su valor en un escenario de solvencia?,¹⁵⁹ ¿significa en todo caso la subordinación convencional una mayor tutela del crédito ordinario?, ¿es válida semejante cláusula que relega –posterga y pospone– todo pago, toda prelación, toda satisfacción hasta que los créditos anteriores, beneficiados, hayan sido satisfechos íntegramente? Parece que en el caso de personas especialmente relacionadas, y significativamente *insiders*, no es cuestionable una cláusula de este tenor, rigoristas y con escaso o ningún margen para la flexibilidad, cláusula cuyo margen y amplitud puede graduarse y contemperarse circunstancialmente en función de los negocios de financiación o créditos que existan y concurren a presente o a futuro.¹⁶⁰

Esta causa negocial de subordinación se encuentra extendida en el tráfico. A cambio de fuertes rentabilidades se facilita la obtención de los recursos necesarios para financiar operaciones de saneamiento empresarial, inversiones y compras de crecimiento rápido y exponencial, etc.¹⁶¹ Esta rentabilidad se corresponde con el volumen adicional de riesgo que incorporan estos créditos a resultas del pacto de subordinación y que, a la larga, se concentra en un mayor tipo de interés que el deudor acaba satisfaciendo por el crédito. Mas ¿qué tipo de obligaciones pueden subordinarse, relegarse?, ¿cualesquiera?, ¿acaso no se negocia el momento del pago detrás de toda subordinación convencional?

¹⁵⁹ Más allá del simplismo en el que una buena parte de la doctrina elaboró la subordinación y su tratamiento, partiendo prácticamente de una traslación de la experiencia norteamericana sin ahondar en sus perfiles, contenido y naturaleza jurídica, GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 32 y ss., elabora y configura una concepción subordinatoria convencional, distinguiendo entre subordinación completa e incompleta. Dualidad que abarca campos y ámbitos distintos y sobre todo más amplios. En efecto, con la subordinación incompleta se degrada el crédito en la escala prelatoria. En la completa el deudor no puede liberarse de la obligación, en tanto no se haya extinguido el crédito beneficiario, a la vez que consagra una degradación del crédito subordinado para el evento del concurso. En la subordinación completa, ésta tiene lugar en todo caso y circunstancia, haya o no un evento de insolvencia, de modo que el acreedor subordinado no podrá cobrar ni recibir pago alguno de su crédito sino hasta la completa extinción de cuantos créditos beneficiados hubiese. En cambio, la incompleta opera únicamente en un marco de normas de prelación de créditos. Imprescindible la consulta de EVERETT, “Analysis of particular subordination provisions”, *Bus. Law.*, 1967, nº 23, pp. 41 y ss.

¹⁶⁰ Como bien señala GOLDENBERG SERRANO, *La subordinación voluntaria de créditos*, cit., p. 35, que sigue en este extremo a FERNÁNDEZ DEL POZO, es posible una suspensión absoluta en el pago de uno de los créditos o, en su defecto, establecer ciertas circunstancias que provoquen tal paralización. Para este autor la suspensión absoluta puede ser demasiado rigurosa, de modo que siempre pueden establecerse circunstancias o pagos posibles no obstante la existencia de la cláusula.

¹⁶¹ Más detenidamente BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 443.

Son las partes las que tratan de condicionar la satisfacción del crédito concedido al previo e íntegro pago de los acreedores ordinarios y les hacen actuar como si de fondos propios se tratara.¹⁶² Piénsese, como ya hemos señalado al comienzo de este capítulo, en créditos participativos, en obligaciones subordinadas que emite la propia anónima, o en el complejo mundo de la subordinación financiada y estructurada. Un acreedor ya existente condiciona la satisfacción de su crédito a la previa realización del valor de otro concedido con posterioridad. Pero también hablamos de subordinación, y en este caso general que no individual, cuando un acreedor acuerda la sujeción de su propio crédito a la satisfacción de la totalidad del endeudamiento ordinario. Se ha incluso diferenciado la insubordinación perfecta, a saber, aquella que puede pactarse para cualquier hecho o acaecimiento, de la imperfecta, la que queda condicionada a la concurrencia de un hecho concreto, cual es la insolvencia o imposibilidad de pago regular de las obligaciones exigibles.¹⁶³

Bien es verdad que es discutible la ratio y la naturaleza jurídica del pacto o convención de subordinación; constreñir el porqué de la subordinación voluntario no es algo cómodo, tampoco sencillo. En cierto modo, y tal y como la doctrina alemana ha avanzado sin encontrar todavía un patrón común, son varias las posibilidades que imbrican la naturaleza jurídica de este pacto. En efecto, ¿hasta qué punto la subordinación convencional no encierra una suerte de condonación sometida a condición?, o de otro modo, el acreedor que relega su crédito voluntariamente y le precede respecto de otros acreedores, ¿puede decirse que subsume su crédito o su obligación de la que nace y dimana éste en una suerte de novación entre acreedores?¹⁶⁴

Postergar, subordinar convencionalmente, no es lo mismo que modificar, por ejemplo, en el caso de una prenda o una hipoteca, el rango hipotecario. Es cierto que, tal vez desde un enfoque económico financiero, la finalidad pueda ser similar cuando menos, entre subordinar y posponer el rango. Pero jurídi-

¹⁶² Para VICENT CHULIÁ, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (Dirs.)), VIII, 1º, Madrid, 2000, p. 203, la deuda subordinada o postergada tiene un carácter híbrido, ya que son créditos que en ciertas circunstancias se convierten en inversión, en capital o fondos propios.

¹⁶³ Sobre la subordinación pactada entre acreedores y deudor véase GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, cit., pp. 145 y ss.

¹⁶⁴ Por esta última vía a indagado HABERSACK, "Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten", *ZGR*, 2000, nº 3, pp. 384 y ss., pp. 402 y ss.

camente y en un ámbito concursal, difieren. En estos casos, no es el deudor concursado el que relega el rango, sino un acreedor existente y primigenio el que autoriza y consiente posponer su mejor, o al menos, prioritario temporalmente derecho. Subordinar implica alterar las reglas de juego de la prelación creditual en el escenario concursal, rasgando por debajo, si se prefiere, la regla de distribución proporcional, rasgando la regla prorata de los créditos ordinarios y sustituyéndola por una escala graduatoria.

Respecto de la subordinación convencional o transada, la ley concursal ofrece un parámetro o principio de neutralidad, diametralmente opuesto al de la subordinación legal, en el que lejos de permanecer incólume e inerme, interfiere y relega en presencia de unos presupuestos tasados y determinados, sin importar siquiera que, toda vez que subjetivamente u objetivamente el acreedor ostenta un crédito subordinado, éste hubiere sido ordinario o incluso privilegiado. Así las cosas, abierto el concurso, y *a priori*, sea cual sea el resultado solutorio, no debe afectar al pacto contractual. La extensión o el perímetro del acuerdo o convenio subordinatorio está, o al menos así debería ser, inmunizado. Puede operar entre acreedores que originariamente y *ex lege* ya tendrían la condición de subordinados, como en acreedores que de no mediar el acuerdo subordinatorio su crédito sería verificado, o bien como ordinario, o bien como privilegiado.

No analizamos ahora la resistencia de un crédito con privilegio especial, significativamente una garantía real, que queda relegado a la condición de subordinado. Simplemente señalamos que, como hacíamos *supra*, la garantía satisface ese crédito. Aunque éste sea subordinado, no se pierde ni se extingue –al menos a nuestro juicio–, o así debería ser, a pesar de las voces que mantienen lo contrario.¹⁶⁵ Ahora bien, amén de indagar sobre el grado de resistencia e inmunización de una garantía real ante esta subordinación, sí cabe cuestionarse de aquel acreedor que a sabiendas de su condición más que probable de subordinado exige la constitución de una garantía real, que no personal, pues no está pensando en este supuesto el artículo 97.2 de la norma concursal, y blinda su posición

¹⁶⁵ Así, contundentes, ÁVILA DE LA TORRE, “La extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el concurso”, cit., p. 153 y, sobre todo GARRIDO, “La cancelación de garantías de los créditos subordinados”, cit., p. 611, quien propone incluso la aplicación de la nulidad del artículo 97.2 a todo tipo de acreedor subordinado y no sólo al especialmente relacionado como se infiere del dictado normativo.

subordinatoria a través de la constitución de una garantía que exterioriza su fuerza y su rango precisamente en este momento dinámico y complejo.¹⁶⁶

La subordinación contractual o negocial puede producirse de dos modos: bien cuando se deduzca inequívocamente y, por tanto, de un modo expreso a través de pacto, en una relación jurídica de la que se derive un crédito –recordemos que el artículo 92 señala el “pacto expreso”–, o bien, de otro lado, cuando la subordinación convencional dimana de la perfección de un determinado negocio jurídico que es subordinado por sí mismo.¹⁶⁷ Por otra parte, hemos de preguntarnos qué sucedería si el acreedor en un pacto de subordinación convencional aceptó dicha subordinación tan sólo respecto de algunos de los acreedores, pero no respecto de otros?, ¿habría en este supuesto subordinación global o universal como predica el propio artículo 92 de la Ley Concursal?, ¿sería oponible una cláusula de subordinación establecida por las partes pero que tuviera únicamente eficacia en supuestos de no concurso?, ¿cabría un pacto de subordinación en el que un acreedor renunciase a ejecutar las garantías reales que tuviese contra el deudor? Evidentemente, un pacto de no ejecutar o realizar el *ius distrabendi* respecto del deudor no es un pacto de subordinación, para serlo habrá de ser eficaz en relación con el resto de acreedores concurrentes.

Y no hay que negar que ésta, a lo largo de los casi seis años de vigencia de la norma concursal, ha sido una cuestión discutida y discutible. Y es que el propio carácter dinámico o la operatividad de la subordinación convencional permitirán aferrarse a una vocación generalizadora, en la cual la subordinación procede respecto de todos los acreedores de la masa pasiva; o por el contrario, responder a una característica de especialidad, por lo que la relegación del crédito procede respecto de uno o de un grupo particular y específico de acreedores. Características y pactos que se proveen para ser eficaces en el

¹⁶⁶ Bajo el advocativo epígrafe de “La revisión de las posiciones críticas. La pérdida de las garantías”, ya MONTÉS, “EL régimen de los créditos subordinados”, cit., pp. 80 y ss., fue de los primeros en manifestar la gravedad de este tema, la pérdida de la garantía, e indagaba sobre esa búsqueda de sentido a la expresión del artículo 97.2 cuando hacía referencia a “las garantías de cualquier clase”, señalando cómo el precepto parece estar inspirado por la idea de que no pueda conseguirse burlar la subordinación a través de la concesión de una garantía, pero realmente una garantía personal no merma el patrimonio del quebrado.

¹⁶⁷ De conformidad con GARRIDO, “Artículo 92”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1663, quien asevera que la subordinación contractual se produce no sólo cuando las partes incluyen una cláusula de subordinación en un crédito, sino también cuando escogen establecer una relación crediticia mediante una técnica jurídica que lleve aparejada la subordinación. Pensemos, cómo no, en los préstamos participativos.

momento del nacimiento del crédito.¹⁶⁸ Y no sólo eso, la norma concursal no proyecta tipologías de pactos, circunstancias, casuística ni cercena posibilidades que impliquen o una subordinación total y holística de todos y cada uno de los acreedores o la no subordinación.¹⁶⁹ Es cierto, sin embargo, que el juego de los dictados normativos de los artículos 92.2 y 158 de la Ley Concursal dejaba abierto un resquicio a la interpretación, pues la duda era manifiesta.¹⁷⁰

Nada que objetar. Ahora bien, ¿quién ha efectuado el orden de prelación que se le asigna a este tipo de créditos? La Ley los pone en el segundo escalón, inmediatamente después de los créditos insinuados tardíamente, esto es, los morosos; hecho éste que se compadece mal con la propia esencia de la postergación intencionada, pues lo lógico sería que las partes fuesen las que decidieran el concreto grado o alcance de subordinación que se les asigna a estos créditos, ya colocándose los primeros de su categoría, ya tras todos los créditos subordinados por imperativo legal y sin que en realidad se perjudique a nadie.¹⁷¹

Cabe por tanto, a nuestro juicio, el pacto que establezca el alcance de la subordinación, por lo que la satisfacción de los créditos subordinados convencionalmente habrá de incluirse en el exacto lugar y orden que las partes acordaron.¹⁷² Si bien no puede ignorarse que en caso de postergar o relegar

¹⁶⁸ VATTERMOLI, “La subordinazione ‘equitativa’ (*Equitable Subordination*)”, *Riv. Soc.*, 2009, nº 4, pp. 1390 y ss., p. 1396, apunta que la subordinación podrá “*o meno estendersi*” hasta “*garantire*” a los *senior creditors* la satisfacción de su intereses nacidos sucesivamente tras la apertura del procedimiento.

¹⁶⁹ Para CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 58, si un acreedor ha subordinado extraconcursalmente su crédito con carácter relativo, a favor de determinada clase de acreedores concurrentes, esta subordinación, que no será la del art. 92.2º LC, es igualmente eficaz en el concurso con la misma eficacia relativa que fuera del concurso. La manera más fácil de conseguir este efecto es entender que este pacto de subordinación comporta un derecho a hacerse atribuir la cuota del acreedor gravado con aquel pacto, a favor del beneficiario del mismo. No debe existir objeción a la eficacia concursal de esta subrogación.

¹⁷⁰ Contundente en la doctrina alemana HABERSACK, “Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten”, *ZGR*, 2000, nº 3, pp. 384 y ss., pp. 400 y ss., donde nos ofrece un amplio abanico de posibilidades y ámbitos de actuación de las partes que modulen el alcance efectivo y definitivo de la subordinación.

¹⁷¹ Decididamente a favor de una subordinación que implique a la totalidad de los créditos subordinados, MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal”, cit., p. 67.

¹⁷² Muy crítica ΟΤΧΟΑ-ERRARTE, *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, cit., p. 188, cuando asevera que el artículo 92 de la norma concursal incurre en una inexplicable contradicción, pues menciona los créditos subordinados respecto de todos los demás créditos, pero su rango en el propio artículo es anterior al resto de créditos de los socios, a los créditos por multas o sanciones, a los créditos por intereses, etc., sin que encuentre justificación de que la voluntad de los acreedores de ocupar

aún más la posición que conforme al artículo 92 les correspondería, parece que debería ser sólo una, el último lugar entre todos los subordinados. Tampoco terminan de convencernos aquellas posturas que han mantenido que sólo podrían negociar esta preterición última y no una intermedia entre subordinados distintos.¹⁷³ En efecto, se arguye de este modo que se dañaría a los acreedores subordinados intermedios, entre los que el artículo 92.2 situó precisamente en el segundo escalón y los que vienen inmediatamente detrás, esto es, por intereses, multas, sanciones, personas especialmente relacionadas, como consecuencia de una rescisión concursal, o los últimos creados en 2009 en el apartado 7º (modificada su redacción no obstante con la reforma de 2011) que son los que derivan de contratos con obligaciones recíprocas y en las que el acreedor obstaculiza el cumplimiento. Es cierto que el artículo 158.2 es taxativo y categórico cuando admoniza que el pago de los créditos subordinados procederá por el orden prelativo del artículo 92, pero, puesto que todos y cualesquiera de los créditos subordinados que suceden al apartado segundo del artículo 92 ya deberían descontar o saber que antes que ellos siempre podría cobrar un acreedor subordinado convencionalmente, ¿por qué indefectiblemente si puede o se les permite, como de hecho doctrinalmente y en la práctica así se hace, postergar aún más o empeorar el rango, sólo sería posible si copan el último escalón prelativo?, ¿por qué no uno intermedio entre intereses y sanciones por ejemplo, o entre estos y personas especialmente relacionadas? Y así hasta concluir la clasificación de subordinados.¹⁷⁴

Este tipo de subordinación responde únicamente a una pura y mera cuestión de autonomía privada y, por tanto, sólo a las partes es a quienes debería corresponder la determinación del grado prelativo que quieren conferirle a este

el último rango no haya de ser respetada, cuando ello no perjudica, sino todo lo contrario, al resto de los créditos. Crítico con permitir cualquier atisbo de disponibilidad en la subordinación, FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., pp. 217 y ss.

¹⁷³ Así, CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., cit., p. 70, para quién ni siquiera habría subordinación concursal si el acreedor aceptó la subordinación sólo respecto de algunos acreedores. “Los créditos subordinados –señala el autor– a que nos venimos refiriendo, lo serán aunque en el pacto de subordinación convencional haya advertido el acreedor que la subordinación *lo será exclusivamente mientras el deudor no se halle en concurso*” (cursiva del autor).

¹⁷⁴ Resueltamente en contra se mostraba MONTÉS, “El régimen de los créditos subordinados”, cit., p. 67, quien argüía un perjuicio para los postergados sobre la base del artículo 6.2 cc y que no podía ampararse bajo el pretendido título de la libre autonomía de la voluntad. En la misma línea CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía*, 3ª ed., cit., p. 72.

tipo particular de créditos.¹⁷⁵ Cuestión bien distinta es que la Ley Concursal hubiere previsto con carácter supletorio unas reglas para el caso de duda sobre el sentido concreto de priorización que las partes no hubiesen acordado y específicamente sobre los créditos legalmente subordinados, *mutatis mutandis* a como se regula en la *Insolvenzordnung* alemana en su parágrafo 36.II.

No olvidemos incluso que el resto de los subordinados lo son por vía legal, y en ocasiones de un modo un tanto arbitrario, que no voluntario de las partes, por lo que la *ratio* de éstos responde, o bien a ser una sanción, o bien porque simplemente esa subordinación favorece a los restantes acreedores.¹⁷⁶ Es obvio que no tiene el mismo alcance ni la misma repercusión en la masa pasiva del concurso el grado prelatorio de un privilegio y el posible y voluntario grado prelatorio que las partes acuerdan de cara a postergar su crédito. Por lo que no vemos inconveniente alguno para que las partes puedan libremente no sólo postergar su crédito, sino también subordinarlo en la posición y grado que estimen más idóneos, ya sea inmediatamente anterior al resto de los subordinados por el automatismo legal, ya en un grado ulterior a éstos, siendo por tanto los últimos entre los últimos, con lo que implica una práctica renuncia a todo cobro.¹⁷⁷

Ahora bien, ¿qué pasa en aquellos supuestos en los que el pacto de subordinación se produce extraconcursalmente y sólo respecto de un o unos

¹⁷⁵ Conforme PANTALEÓN, “De la clasificación de los créditos”, cit., p. 537. GARRIDO, “Artículo 92”, *Comentario de la Ley Concursal*, cit., p. 1663, se cuestiona el efecto de una cláusula que subordine un crédito a todos los créditos que existan contra el deudor, incluidos todos los comprendidos en el artículo 92 de la Ley Concursal. Concluye a favor de una interpretación de que la clasificación de los créditos subordinados por pacto contractual puede ser alterada si las partes lo prevén expresamente, de modo que puede establecerse que un crédito reciba un tratamiento inferior al que corresponde a los créditos subordinados contractualmente, pero lo que no es posible es que se califique a un crédito como subordinado y se le quiera dar un tratamiento superior al que le atribuye la Ley Concursal.

¹⁷⁶ En parecidos términos ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., pp. 399 y 400, quien afirma que en este mismo sentido el ordenamiento alemán ha sido más congruente, al señalar en el parágrafo 39 II que los créditos cuya postergación sea producto de convenio entre acreedor y deudor son satisfechos en caso de duda, tras los créditos legalmente subordinados; si bien esta solución prelativa solo opera en caso de duda, es decir, cuando no pueda esclarecerse cuál ha sido la voluntad de los particulares.

¹⁷⁷ En el mismo sentido GARRIDO, “La graduación”, cit., p. 240. Muy crítica también CORDERO LOBATO, “Comentario artículo 92”, cit., p. 1098, quien aparte de calificar como incomprensible la norma, ya que la subordinación debería venir determinada por el pacto y no por la Ley Concursal, también la cataloga de poco afortunada, pues de aplicarse literalmente, sólo serán subordinados los créditos cuando su titular conviniese en ser postergado a todos los acreedores del deudor pero no si ésta se acordase sólo respecto de algunas clases de créditos.

acreedores muy determinados y por tanto no universal sino parcial o relativamente?, ¿es oponible en caso de concurso? Es evidente que no estamos en puridad ante la misma subordinación, al menos en su naturaleza, aunque probablemente sí en su ratio, pero ¿es eficaz en el concurso con la fuerza limitada que las partes estatuyeron? Parece que sí, si bien el problema es medir y cotejar esa eficacia en sede de verificación de créditos y su posicionamiento en la lista de acreedores.¹⁷⁸

La tipología de pactos o cláusulas de subordinación es amplia, vasta, como lo son sus desencadenantes, las motivaciones y causas subordinatorias. Pueden vincularse a escenarios de insolvencia o no, a créditos con una clara finalidad de sanear la empresa y buscar un equilibrio, como a meros préstamos de socios a la sociedad. Pactos que modulan incluso la propia existencia y devenir del crédito subordinado y las relaciones interpartes de éste, que pueden incluso exigir la no comunicación del crédito en caso de concurso, el rechazo al cobro del crédito en tanto en cuanto el resto de acreedores no hubieren sido satisfechos, su supeditación a la superación de un estado de liquidez, o la propia renuncia a éste si las consecuencias son graves para el deudor. Piénsese en estos pactos cuando por medio está, por ejemplo, la asistencia financiera de socios o administradores a la propia sociedad en la que no aportan sino que prestan.¹⁷⁹

5.3. La subordinación legal. Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural

El automatismo de la Ley a la hora de considerar subordinados los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor llega a un extremo cuando éste es una persona natural. La Ley diseña un amplio abanico de familiares que de suyo pueden y de hecho están relacionados con el concursado, un aba-

¹⁷⁸ Para CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, 3ª ed., cit., p. 72, evidentemente el problema es determinar cómo será eficaz esa subordinación, para lo que propone entender que semejante pacto extraconcursal comporta un derecho a hacerse atribuir la cuota del acreedor gravado con aquel pacto, a favor del beneficiario de éste. Decididamente, no ve que existan objeciones a la eficacia concursal de este pacto relativo.

¹⁷⁹ Una de las referencias fundamentales en la tipología y el alcance de los pactos de subordinación, TELLER/STEFFAN, *Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH*, 3ª ed., 2003. También y respecto de la doctrina austríaca, SCHUMACHER, *Österreichisches Insolvenzrechts*, II-2, 4ª ed., Wien, 2004, donde realiza un amplio análisis de los parágrafos 66 y 68 de la ley concursal austríaca.

nico desmesurado y a todas luces excesivo.¹⁸⁰ Así, en esta situación estarán: el cónyuge o asimilado del concursado; los ascendientes, descendientes y hermanos tanto del concursado como de su cónyuge o asimilado, y cónyuges de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado.¹⁸¹ Sin embargo, pero también por sentido común, las personas especialmente relacionadas con un concursado persona jurídica tienen como elemento basilar al socio, socio ya de responsabilidad ilimitada, ya de referencia, y a los administradores, sin detrimento de que se extienda a liquidadores y apoderados generales así como también a sociedades del mismo grupo. Pero semejante distinción no es tan nítida ni a la postre conduce a situaciones justas.

Pues ¿qué pasaría, por ejemplo, ante un crédito del ascendiente a su hijo que es empresario bajo una forma societaria unipersonal? Pues que simplemente su crédito no sería subordinado, dado que no es persona especialmente relacionada con la persona jurídica por muy unipersonal que sea.¹⁸² Sin embargo, si su hijo fuese un deudor civil o un deudor empresario individual su crédito sí sería subordinado. De otra parte, no se puede ir más lejos de lo que no ha querido ir el legislador, por lo que no es posible incluir dentro del elenco de personas especialmente relacionadas tanto naturales como jurídicas a otros familiares, profesionales, comerciantes que con independencia de la relación familiar, profesional o empresarial no han sido enunciados por la ley. Hay un *numerus clausus* taxativo e inalterable.

¹⁸⁰ Para ROGEL VIDE, “Concurrencia y prelación de créditos en el Código Civil y en la legislación concursal. Verdades y medias verdades de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003 al respecto”, cit., p. 115, el artículo 92, en relación con el 93, es criticable en lo que respecta a las muchas personas implicadas y a la irrelevancia de su conducta, de su buena o mala fe y de su nivel de información a la hora de determinar – sobre la base de una práctica presunción *iuris et de iure* de connivencia, cuando no de fraude– el carácter subordinado, predicable siempre y cualquiera que sea su origen, de los créditos de las dichas personas contra el concursado.

¹⁸¹ Para IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3737, tal numeración es objetable, y no únicamente por la delimitación en cierto sentido extensiva de dicho entorno familiar, sino, específicamente, por el rigor derivado de la aplicación automática del régimen de la postergación en estos casos y por la escasa justificación de este tratamiento a la luz de otros posibles remedios más acordes con la dimensión real del peligro que plantean este tipo concreto de transacciones.

¹⁸² Como bien señala GARRIDO, “Artículo 93”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1672, en algunos supuestos, para evitar las consecuencias de la aplicación formal de las normas legales, podría acudirse a la doctrina del levantamiento del velo y considerar los créditos de tales personas como créditos subordinados, cuestión de por sí nada fácil.

Por tanto, el mero hecho de tener o gozar de una de las relaciones familiares exhaustivamente señaladas en el artículo 93 significa la automática y objetiva calificación de su potencial crédito en subordinado. Se les tacha de personas con especial relación con el concursado, lo cual es cierto pero sólo en parte, pues no siempre el vínculo sanguíneo implica afectividad, convivencia o relación de tipo alguno, y mucho menos una efectiva información sobre las actividades y riesgo empresarial o profesional del concursado. Así, el cónyuge del deudor concursado, tanto en el momento de la declaración del concurso como en el caso de que lo hubiere sido dentro de los dos años anteriores a la misma declaración de concurso, con independencia de la mutabilidad de la condición de cónyuge, reviste la condición de especialmente relacionado con el deudor. Para la Ley concursal será irrelevante que el cónyuge se halle en situación de separación de hecho o de derecho, como también que se haya producido el divorcio o incluso la nulidad, salvo que hubieren transcurrido más de dos años antes de la misma declaración y por tanto de la apertura del concurso.¹⁸³

Obviamente, también será irrelevante cualquiera de estas situaciones o estados legales si se produjesen con posterioridad a la apertura del concurso. El cónyuge es equiparado a otras personas que convivan con el concursado con análoga relación de afectividad, con independencia de que esa convivencia o relación terminase con posterioridad a la declaración de concurso. Se equipara la pareja de hecho y aquí no se distingue quién la integra o no, al cónyuge a efectos de ser considerada persona especialmente relacionada con el deudor. El criterio relevante es, de un lado, el carácter de permanencia y estabilidad en esas relaciones de afectividad y, de otro lado, el criterio temporal, pues el umbral se sitúa en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

También tendrán la consideración de personas especialmente relacionados con el concursado “los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado”. Pero no sólo llega aquí la sospecha del legislador, también se considerarán especialmente relacionados con el deudor los ascendientes, descendientes y hermanos de quién sea cónyuge o pareja de hecho del deudor en el momento de la declaración concursal o lo hubiera sido dentro de

¹⁸³ En parecidos términos GUASCH MARTORELL, “El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal”, cit., p. 1420 y 1421, donde alude a las nuevas formas de convivencia que están adquiriendo de una forma palmaria un mayor grado de aceptación social.

los dos años inmediatamente anteriores. Ningún miembro de la familia en línea directa o hermanos, ya por naturaleza, ya por adopción, queda libre de tal calificación.

No alberga duda alguna la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 2 de mayo de 2007 en el caso de concurso de una herencia. Con-tundente, ésta afirma:

Fundamento Segundo,

... la administración concursal parte de la teleología legal de la subordinación del crédito de los parientes y familiares, y enlazándolo, ra-zone que, concedida legitimación activa para solicitar el concurso de la herencia a acreedores y herederos, no puede hacerse optativo para quien es acreedor a la vez que heredero optar por una posición alter-nativa y ventajosa, y reflexiona sobre una interpretación *ad absurdum*, en el sentido de que, no hablando el artículo 93 de la Ley Concursal de relaciones especiales con el concurso, sino con personas físicas o jurídicas, al no poder existir vínculos de sangre o afinidad, ni socios de las herencias, nunca sería aplicable este diseño de subordinación en estos especiales concursos. [...] Y sin necesidad de extendernos en la bondad de presumir *iuris et de iure* una especial relación con el deudor concursado de sus parientes como la del antiprivilegio del crédito del artículo 91.5 de la Ley Concursal, el caso es que, la configuración legal de las personas especialmente relacionadas en artículo 93 de la Ley Concursal únicamente concibe, puesto que es la concepción del procedimiento concursal en sí –véase los grupos de empresa–, per-sonas físicas y jurídicas, y obviamente el parentesco y el matrimonio con las personas físicas. No hay ninguna personalidad jurídica que se superponga al patrimonio separado de la comunidad hereditaria por la aceptación a beneficio de inventario, tanto dará que se repute a cada heredero en este caso especialmente relacionada con los demás comuneros como hermano, siendo titulares del patrimonio, y todos personas naturales, como que se repute el deudor concursado mismo.

Asimismo, cierra el círculo el artículo 93.1.3º señalando como personas también relacionadas con el concursado los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado, o lo que es lo mismo y

en lenguaje coloquial, los cuñados, nueras, yernos, padrastros y madrastras del concursado. Pero ojo, el artículo en cuestión habla de cónyuges no de parejas de hecho, por lo que estos últimos no se verían *a priori*, o si se nos permite, hasta la efectiva reforma de 2011, afectados por la calificación.¹⁸⁴ Como vemos, una enumeración en sí compleja y amplia y que ha de adaptarse a las nuevas realidades de convivencia social más o menos aceptadas socialmente, pero que en ocasiones será harto difícil acreditar por parte de la administración concursal tales extremos, sobre todo si se tiene en cuenta la no inscripción de la relación convivencial en un registro público. Ahora, tras la reforma, también se mencionan expresamente a las parejas de hecho, algo que había sido recurrente en los litigios concursales y que, de preferirse, eran sin duda una puerta abierta al fraude.¹⁸⁵

Ciertamente, con esta opción legislativa se desincentivan en todo caso los créditos o préstamos que tengan un origen familiar, una financiación que en buena medida es el auxilio al que con frecuencia acuden los empresarios individuales. Ahora bien, hasta cierto punto, los créditos intrafamiliares no están exentos de la sospecha al menos de la simulación. No le ha importado al legislador el origen o la fuente de la obligación, del crédito, cuanto su negatividad condicionada al hecho de ser familiar o consanguíneo. Ahora bien, lo paradójico, lo absurdo quizás, es que si ese mismo familiar presta una vez declarado el concurso, o la fuente de la obligación genera una prestación bilateral y recíproca que interesa a la administración concursal y por tanto sigue vigente tras la declaración del concurso, ese crédito no será nunca subordinado, entre otras cosas porque los créditos contra la masa no pueden

¹⁸⁴ GARRIDO, “Artículo 93”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1676, señala que no se incluye a quienes hubieren sido cónyuges dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, pero la lógica del sistema obliga a incluirlos, porque, en otro caso, no se entendería que si tuviesen esa condición sus cesionarios o adjudicatarios (art. 93.3): la Ley considera relevante el período de dos años anterior a la declaración de concurso para extender la condición de persona especialmente relacionada a los cesionarios y adjudicatarios de créditos, por lo que no podría sostenerse que quien adquiere el crédito fuese persona especialmente relacionada y quien lo transmite no lo fuese por haber dejado de ser cónyuge en el momento de la declaración de concurso.

¹⁸⁵ Entre otros, ÁVILA DE LA TORRE, “Personas especialmente relacionadas”, *Enciclopedia de Derecho Concursal* [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dirs.)], II, Cizur Menor, 2012, pp. 2217 y ss., p. 2225, al señalar: “Se intentan superar así posibles fraudes, lo cual sin embargo no perjudica la posición jurídica de quien tuviera algún derecho como cónyuge, descendiente o ascendiente que dependa económicamente del concursado, toda vez que conforme establece el art. 84.2.4 LC este tipo de créditos será calificado como crédito contra la masa y en consecuencia escaparía a la clasificación”.

subordinarse ni entran en la naturaleza preconcursal de los subordinados, sino de la masa; contrato que si es resuelto por la administración concursal, el eventual crédito que deba el concurso a la parte in bonis nunca podrá calificarse como subordinado, sino como crédito o deuda de la masa. La paradoja es clara, antes del concurso cualquier crédito contraído por un familiar dentro del ámbito temporal trazado por el 93.1, 2 y 3 sería subordinado, pero si éste es postconcursal será contra la masa, y aun siendo concursal pero con prestaciones recíprocas y sucesivas bilateralmente, será contra la masa en relación con los créditos o disposiciones devengadas tras el concurso y subordinado respecto de lo devengado antes de la declaración concursal, pues no podría pretender cobijarse bajo el paraguas de los créditos contra la masa lo que perfectamente es individualizable y computable como subordinado.

5.4. Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica

5.4.1. Socios

Analizamos en este supuesto tanto a socios ilimitadamente responsables y socios de referencia como a administradores y liquidadores, tanto de hecho como de derecho, factores y apoderados y, finalmente, las sociedades de este grupo y sus socios. Personas en suma a las que de facto la ley presupone un conocimiento y acceso a la información de la propia sociedad así como al ámbito de decisiones en el seno de ésta. Es evidente que no es lo mismo ser socio de referencia que ser administrador, fáctico o jurídico, pero sin embargo a ambos, como también a otros gestores, el legislador concursal ha extendido el efecto de la sanción subordinatoria, específicamente a estos últimos a los que se le imputa un conocimiento y una conducta que, dolosa o culposa o diligentemente, aboca a la sociedad a un concurso.

Bien es verdad que en los gestores no siempre existe *afectio societatis* o una relación accionarial o societaria, con lo que la *ratio* de la subordinación no es idéntica en ambos supuestos, pero ¿era posible dejar indemne el crédito del administrador, liquidador o apoderado a quien se presume un conocimiento más fidedigno de la marcha social? Es cierto que, como bien se ha señalado, no parece muy convincente esta explicación, pero no hay otra que justifique el porqué de considerar a administradores y liquidadores personas especialmente relacionadas con el deudor pese a que no siempre serán, o no lo serán todos

los administradores responsables del concurso, pues ¿qué sucede acaso con un administrador constitutivo de una colectiva?, ¿acaso tienen el resto de socios colectivos algún contrapeso a su poder casi omnímodo?, ¿y qué sucede con los consejos de administración, cuando un consejero delegado o un comité ejecutivo ejerce sus funciones prácticamente unilateralmente?, ¿y la sociedad dominante que dispone del patrimonio, o del traslado del domicilio social o de la propia actividad empresarial de una filial, son responsables de la insolvencia los administradores de la filial ante una errónea imposición de la matriz?

Cuestión distinta es la realidad del quehacer societario diario, donde esa información o ese poder o esfera de influencia no es tal. En suma, en el caso de subordinación de los créditos de los socios, estamos ante sujetos que tienen como característica común su condición de *insiders*, bien a través de ser socios de control o mayoritarios, bien que sean a la vez administradores respecto de quienes prestan financiación a la sociedad con carácter profesional y externo, pero un socio con un 10% de capital o de participación ¿acaso tiene un control o puede manejar una esfera de influencia vital en una sociedad? Se buscó un automatismo objetivo, sin indagar en motivaciones ni causas. Mas esos porcentajes, exigüos sin duda, no pueden suponer un automatismo a la hora de imputar, quizás impetrar, una posición de control en las decisiones societarias. Es difícil que pueda dominarse a una sociedad así, como también paralizar decisiones erróneas de la mayoría.¹⁸⁶

La Ley española, así como todas las regulaciones que contemplan el fenómeno de los créditos de socios a las sociedades, se mueve en una horquilla o umbral a partir del cual en caso de insolvencia, el crédito a la restitución o bien es relegado y postergado subordinadamente, o bien ese crédito ha transmutado en su objeto, dado que la finalidad del préstamo, que no puede ser otra más que la de prestar capital, prestar crédito de capital, acaba convirtiéndose en crédito de responsabilidad, por lo que *a priori* era prestado y posteriormente se convertía en una aportación del socio a la sociedad, distinta a la primigenia de constitución de la sociedad, o, en su caso, de un aumento de capital.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Común en la doctrina, entre otros, IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3739; FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 441; SEBASTIÁN QUETGLAS, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., pp. 226 y 227; BERMEJO, *Créditos y quiebra*, cit., p. 458.

¹⁸⁷ Una de las reformas más recientes ha sido en Alemania, donde la ley para la modernización de la GmbH, sociedad de responsabilidad limitada, con entrada en vigor en noviembre de 2008, modificó

No ha reparado sin embargo el legislador en las enormes fisuras o rendijas que quedan abiertas, a las que la ingeniería contractual y el fraude o abuso atienden tan solícitas como displicentes.¹⁸⁸ O explorar vías o arquetipos

el régimen de las aportaciones *in natura* y la disciplina de los préstamos sustitutivos de capital. Quizá la estela de la ley concursal, sólo quizás, se hizo notar al menos en este ámbito para este país, cuya doctrina jurídica y legal es fuente de permanente inspiración y seguidismo. Es el conocido como *kapitalersetzende Darlehen*. No estuvo exenta la controversia que durante muchos años suscitó una vacilante línea jurisprudencial. En concreto fueron abrogados los parágrafos 32 a y 32 b de la GmbH, si bien han ido a entroncarse en diversos parágrafos de la ley concursal (significativamente parágrafos 39.1.5, 39.4, 44 a, 135 y 143). Así las cosas, los créditos de los socios que posean al menos el 10% del capital serán relegados a la subordinación y dentro de esta clase de créditos ocuparán el quinto prelatorio, y ello con independencia de que conocieran el estado de crisis en el que se hallaba la sociedad en el momento de la concesión del crédito, sino también por la existencia misma de ésta y de la infracapitalización. Es más, la norma concursal alemana da un paso más y vehicula la posibilidad de una acción revocatoria por los pagos de reembolso hechos al socio en el año anterior a la declaración del concurso. Disciplina además que se extiende a toda sociedad salvo las que prevén la responsabilidad ilimitada de todos o de alguno de sus socios. El calado de la reforma rompe con la tradición jurisprudencial arraigada, por la que se entendía que el préstamo de los socios concedidos en momentos de crisis de la sociedad se recalificaba como cuota de capital de riesgo. Ahora, en modo alguno el préstamo del socio, o incluso las prestaciones equivalentes, no necesariamente por tanto dinerarias únicamente, puede considerarse capital social. Véase escrito en nuestra lengua y fácilmente comprensible, el estudio de WERNER/FERRÉ, “La reforma societaria y concursal en Alemania”, *ADCo*, 2009, nº 16, pp. 234 y ss. Otros ordenamientos próximos como el italiano pero también el portugués han acogido una regulación similar. Véase así la figura del contrato de *suprimento* del ordenamiento portugués, que no es sino la financiación o el crédito otorgado por el socio a la sociedad limitada, conforme al tenor del artículo 243 del *Código das sociedades comerciais*, y por el que el socio presta a la sociedad dentro u otra cosa fungible, quedando ésta obligada a restituir otro tanto del mismo género y calidad, y por el cual el socio pacta con la sociedad el diferimiento del vencimiento del crédito. El crédito tiene un carácter de permanencia. Y ésta viene acentuada cuando por ejemplo, el término fijado para el reembolso excede de un año, como también cuando no se ejercita ese derecho de reembolso o recuperación de lo prestado pasado un año desde su concesión, siempre que el contrato no prevea plazo o de preverlo sea inferior a un año. Prevé la norma en su artículo 245.3 a que en caso de concurso o falencia, los *suprimentos* sólo pueden ser reembolsados a sus acreedores después de ser íntegramente satisfechas las deudas contraídas con terceros. El Código de insolvencias portugués sitúa este crédito en el último peldaño subordinatorio de la graduación de los créditos (artículo 48.g) nº 7). Sobre este contrato, vid. MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Coimbra, 2002; también, PEREIRA, *O contrato de suprimento*, Coimbra, 2001. Véase además PINTO DUARTE, “Suprimentos, prestações accesorias e prestações suplementares”, *Problemas do direitos das sociedades*, AA VV, Coimbra, 2003 [existe reimpresión de 2008], pp. 263 y ss. Es el Código de Insolvencias de 2004 el que por vez primera y en franca inspiración o analogía con la ley española de 2003, que incluye la figura del crédito subordinado en el ámbito del derecho concursal, lo que no empece para que la figura ya estuviese al menos recogida en el ámbito del código de sociedades comerciales con anterioridad.

¹⁸⁸ Alertaba ya de esta ingeniería PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *RdS*, 1994, pp. 253 y ss., p. 263.

contractuales que cuestionen cuando menos la objetividad y radical automatismo de la subordinación, ¿quid si la financiación del socio se somete a una condición suspensiva que se supedita a la existencia de activo o de beneficio distribuible?, ¿y si se pacta una suerte de caución a favor de los acreedores terceros que haga efectivo el pasivo *a priori* de la devolución a los socios de lo prestado?, ¿y qué decir de un implícito *pactum de non petendo*?¹⁸⁹

El socio presta crédito, financia. Ahora bien, ¿qué debemos entender por crédito?, ¿cuál es el crédito que subordina imperativamente la ley concursal?, ¿ante qué tipo de operación financiera, si es que estamos ante la misma, nos encontramos? No queda claro –o así lo creemos nosotros– en la ley si sólo se subordina el crédito que responda a una operación de financiación de la sociedad o, por el contrario, cualquier derecho de crédito sea cual sea la causa por la que la sociedad debe al socio o socios.¹⁹⁰ Como tampoco la posibilidad de prestar otra cosa distinta al dinero. No estamos ante prestaciones de hacer o no hacer, de dar activos que no sean dinero. No se trata de aportar *in natura*, sino de prestar dinero, financiación, liquidez que no se obtiene en el mercado del crédito.

Pero sin duda, el anatema de los préstamos sustitutivos de capital no sólo es el eventual reembolso de este crédito y su configuración forzada o no en aportaciones, o por el contrario en sólo crédito que hay que o bien remunerar o bien restituir por la misma cuantía, pues en no pocos casos son los socios de las pequeñas y medianas sociedades quienes ante las dificultades económicas no les queda otro camino que allegar fondos propios a la sociedad. El anatema

¹⁸⁹ La pretendida reforma alemana en la legislación societaria de anónimas, la Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes - Aktienrechtsnovelle 2012, preveía la introducción en el parágrafo 192, párrafo 3º, una nueva disposición sobre la base de la que se permitiría a la sociedad emitente, que se encuentra en una situación de peligro o amenaza de insolvencia (*drohende Zahlungsunfähigkeit*), la posibilidad de llevar a cabo un aumento de capital al servicio de préstamos convertibles y en medida superior a la del 50% de la cifra del capital social nominal. Sobre este extremo véase la aportación reciente de BAYER, “Aktienrechtsnovelle 2012. Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf”, AG, 2012, pp. 141 y ss. Piénsese ahora en cómo calificar a estos acreedores, ya socios, en caso de concurso de acreedores de la sociedad.

¹⁹⁰ Para SEBASTIÁN QUETGLÁS, “La subordinación de los créditos de las personas jurídicas”, *ADCo*, 2008, nº 15, pp. 111, la noción de crédito ha de extenderse a aquellos contratos que tengan por finalidad la concesión de una facilidad crediticia a la sociedad en concurso, no sólo a una figura creditural en concreto, perfectamente delimitada.

como decimos es el de la infracapitalización de las sociedades.¹⁹¹ O lo que es lo mismo, la insuficiencia manifiesta de los fondos propios de la sociedad para hacer frente a las perentorias necesidades que atraviesa su actividad social y empresarial. Es la ruptura del equilibrio entre el riesgo que adoptan los socios y el que asumen pasivamente los acreedores, los terceros a los que la cifra de capital social, al margen de su idoneidad o suficiencia en el momento constitutivo, sirve de referencia y de retención patrimonial.¹⁹² ¿Por qué han de confiar en ella si capital y patrimonio difieren desde el primer momento? Y este anatema hay que unirlo a una variable más, la sacrosanta e inmutable regla o principio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capital.

Pese a la consagración legal de esta máxima, principio de rancio cohorte liberal sin duda, y epicentro y pilar inequívoco del éxito de las sociedades de capital que hoy apenas se pone en duda, ¿por qué no ha de revisarse o cuestionarse ante flagrantes supuestos de fraude societario, agresiva e intencionada despatrimonialización de la sociedad, así como una rígida concepción del principio de la personalidad jurídica de la sociedad que elude agredir otros patrimonios cuando el de la sociedad resulta insuficiente? Somos conscientes de los riesgos que supone poner en tela de juicio el basamento nuclear y mismo de la sociedad capitalista, mal llamada capitalista.

Pero ponderando los intereses en juego, siendo conscientes de los numerosos abusos que se han cometido bajo el ropaje de la personalidad jurí-

¹⁹¹ Al pionero trabajo en nuestro país de PAZ-ARES, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *ADC*, 1983, pp. 1587 y ss., han seguido trabajos de: ALCOVER GARAU, "Préstamo de socio a sociedad: la infracapitalización de las sociedades de capital y el negocio en fraude de ley", *Rds*, 1997, nº 9, pp. 294 y ss.; del propio PAZ-ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *Rds*, 1994, nº extraordinario, pp. 253 y ss.; GUASCH MARTORELL, "La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades", *RDM*, 1999, pp. 1489 y ss. El propio MASSAGUER, "El capital nominal", *RDG*, 1990, pp. 5547 y ss.; ídem, "La infracapitalización. La postergación legal de los créditos de los socios", AA VV, *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* [BONARDELL/MEJÍAS/NIETO (Coords.)], Madrid, 1994, pp. 941 y ss.; BAYONA, "Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital social en las sociedades anónimas", *CDC*, 1996, nº 20, pp. 147 y ss.

¹⁹² Sobre la equitativa distribución del riesgo entre los socios y los terceros que contratan con la sociedad, se pronuncia con un valioso trabajo OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, *La responsabilidad de los socios por infracapitalización de su sociedad*, Monografía asociada a la *Rds*, nº 34, Cizur Menor, 2010, pp. 23 y ss., quien señala (p. 25) que el nudo gordiano de la institución de capital, pilar del derecho societario continental, se encuentra en la búsqueda de un equilibrio entre la libertad de financiación que, dentro del respeto a la cifra de capital mínimo establecida, el ordenamiento reconoce a los socios y la necesidad de proteger los intereses de los acreedores.

dica y la limitación de la responsabilidad, quizás ha llegado el momento de cuestionarse la inmutabilidad sacralizada de semejantes principios y abrir al menos una puerta hacia el debate, la discusión reflexiva y la propuesta de ciertas excepciones, cuando menos, a esa máxima.¹⁹³ Se trata de una opción entre alternativas diferentes: dotar de prevalencia a unos intereses u otros, o al de los acreedores, o, en este caso al de los socios que han financiado con fondos ajenos al capital a la propia estructura corporativa. ¿Qué ha de primar en caso de una liquidación concursal, cuál interés es el más digno de tutela?, ¿a quién se ha de imputar responsabilidad, sólo a los socios, o también a los administradores que lo han consentido?, y objetivamente ¿qué tipo de operaciones han de verse relegadas o postergadas, únicamente las estrictamente financieras? ¿Y si solamente era el recurso al crédito de los socios el único posible dada la aversión al riesgo del financiador profesional que niega la financiación? Y ¿por qué entre las diferentes opciones taumatúrgicas posibles, como muestra el abanico del derecho comparado, el legislador español optó por la más drástica, la relegación de toda operación?

Los incentivos, las aversiones al riesgo, los costes que asumen, tanto de información, agencia y transacción, y que se ubican bajo el paraguas de la responsabilidad limitada, no pueden constituir sin embargo un paraguas

¹⁹³ Contundentes, SALVADOR/CERDÁ/RUIZ/PIÑEIRO/RUBÍ, “Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital. En torno a *Meyer v. Holley et al.* (537 U.S. 280 (2003))”, InDret, 2003, working paper nº 145, pp. 1 y ss., sostienen que el dogma de la responsabilidad limitada ha de dejar de ser considerado un principio intangible de un derecho general de sociedades de capital –concebido como una entidad autónoma e independiente del resto del derecho privado y dotado de una epistemología y de un método propios– para pasar a ser analizado desde la perspectiva teórica del análisis económico del derecho privado y, en particular, del derecho de daños. Así, afirman (p. 4): “En puridad, el dogma de la responsabilidad limitada no es esencial para el funcionamiento eficiente de una sociedad de capital: lo es ciertamente que los acreedores de la sociedad tengan una prioridad real sobre los activos sociales y, consecuentemente, que éstos estén al reparo de las pretensiones de los acreedores de los socios, pero no el que los acreedores sociales no puedan en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia accionar contra el patrimonio de los socios”. Ahora bien, los autores, no preconizan la aplicación de la ley del péndulo al dogma de la limitación de responsabilidad. Analizan los fundamentos y límites de la responsabilidad limitada en el derecho de las sociedades de capital, discuten distintas propuestas de política jurídica que han abogado, ya sea por aplicar un estándar de responsabilidad proporcional (*pro rata*) a todos los accionistas, ya sea por hacer responder únicamente a los accionistas que gozan de una posición de control (*controlling shareholders*) y concluyen que, en ausencia de una determinación legal expresa y pese a lo atendible de algunas de las razones aducidas a favor de ambas soluciones: los principios generales en materia de responsabilidad por el hecho de otro (*Respondeat Superior*) e imputación objetiva delimitan el ámbito de la responsabilidad objetiva de los accionistas por daños causados por la sociedad a terceros.

justificativo para todo tipo de actuación societaria.¹⁹⁴ ¿Por qué los acreedores externos, por qué los acreedores por daños ilícitos o desproporcionados y que no han podido negociar su posición jurídica y tutelar respecto de esa sociedad o sus administradores han de pechar con las consecuencias de una infracapitalización, por ejemplo?, en suma, ¿es inmutable el dogma de la responsabilidad limitada, o es factible cuestionar la totalidad holística de su amplitud?,¹⁹⁵ ¿sería descabellado plantear en nuestro ordenamiento, cómo ya se ha hecho en el debate jurídico foráneo e incluso propio, que el socio pueda responder siquiera prorrateo, o si asume una posición de *insider* o de control en aquellos casos en que la sociedad deba responder por los daños negligentes o ilícitos causados a terceros que no han contratado con la sociedad?, ¿podemos exigir esa responsabilidad vicaria o fiduciaria a socios y administradores ante actuaciones reprobables de la sociedad que han perjudicado y dañado a terceros?, ¿puede extenderse la responsabilidad a pesar del freno total de la limitación de ésta en sede de sociedades de capital?¹⁹⁶

¹⁹⁴ Sobre las justificaciones tanto legales, pero sobre todo desde la óptica de la inversión y el análisis económico, resulta imprescindible la lectura de EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge - Harvard University Press, 1991 [existe traducción española a esta obra realizada por MARCOS, *La estructura económica del derecho de las sociedades de capital*, Madrid, 2002], así como la de su anterior trabajo más reducido, EASTERBROOK/FISCHEL, "Limited Liability and the Corporation", *U. Chi. L. Rev.*, 1985, vol. 22, pp. 89-117. Señalan estos autores en la primera de sus obras aquí citadas (p. 77) que un factor destacado por los tribunales al decidir si permitir a los acreedores ir más allá del patrimonio social es la cifra de capitalización de la sociedad, y la razón es obvia; a saber, cuanto menor sea la cifra de capital de la sociedad, mayor será el incentivo para emprender actividades excesivamente arriesgadas. Así las cosas, si se tolera a los administradores mirar más allá del patrimonio de la sociedad deudora infracapitalizada, se está proporcionando al deudor el incentivo para hacer pública su situación financiera en el momento del acuerdo. De este modo, el acreedor está en condiciones de decidir la no conclusión del acuerdo o la imposición de una compensación más alta por un riesgo más elevado. Alternativamente, el acreedor podría exigir el pago por anticipado, garantías personales y otras formas de garantía.

¹⁹⁵ Sobre este dogma y cierto cuestionamiento o posicionamiento legal al distinguir entre acreedores contractuales y extracontractuales, vid. el agudo análisis de SALVADOR/CERDÁ/et ál., "Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital", cit., pp. 8 y ss., quienes parten de que semejante dogma sí es imputable y aplicable a los acreedores contractuales, mientras que los extracontractuales deberían recibir protección de conformidad con las reglas del derecho privado, particularmente el principio de responder al superior, por lo que los socios responderán por los terceros dañados por la sociedad en caso de existir imputación de responsabilidad.

¹⁹⁶ Este es un debate sobre el cual ha tratado de arrojar luz la doctrina norteamericana. Véanse, entre otras, las agudas reflexiones de THOMPSON, "Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise", *Vand. L. Rev.*, 1994, nº 47, pp. 1-42; también

Se ha llegado a afirmar, no sin razón, pero también sin cierta severidad, que la subordinación debería considerarse como un presupuesto o cláusula implícita en los contratos de endeudamiento, no como una norma especial en materia concursal.¹⁹⁷ Ha penalizado como estigma la condición de *insider*, de socio de referencia, de control, de gestor, de controlador directo o vicario de derechos de voto a partir de unos ciertos umbrales, pero ¿acaso un *outsider*, una entidad de crédito que concede financiación y se provee de extraordinarias garantías reales amén de incluir en los préstamos toda una retahíla de condiciones y cláusulas de control colaterales, positivas y negativas, no controla e influye en la sociedad sobremanera?¹⁹⁸

Y en otro orden de cosas, ¿qué pasaría con aquellos socios que prestan a la sociedad recursos en unas condiciones económicas más favorables que las que se puedan ofrecer en el mercado crediticio o toda vez que éste ha negado el acceso a la financiación? Sin duda, la condición de socio, de *insider*, le permite ejercer un mejor control sobre la gestión social, al menos *a priori* y en

GLYNN, “Beyond ‘Unlimiting’ Shareholder Liability: Vicarious Tort Liability for Corporate Officers”, *Vand. L. Rev.*, 2004, nº 57, pp. 329-443.

¹⁹⁷ Así, explícito y contundente, JACKSON, “Translating Assets and Liabilities to the Bankruptcy Forum”, *J. Legal Stud.*, 1985, nº 14, pp. 73 y ss., p. 86, quien trae a colación la sentencia *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 306 us 307 (1939), en la que se viene a decir que la ley concursal imponía la subordinación de los derechos correspondientes a la sociedad dominante respecto de la subsidiaria, pero sugiriendo que tal resultado se habría alcanzado igualmente mediante una interpretación extensiva de los principios de equidad. Últimamente y analizando el papel que tienen o deberían tener en su gestión y análisis del riesgo en caso de concurso los administradores, STRAMPELLI, “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, *Riv. Soc.*, 2012, nº 4, pp. 605 y ss., p. 635, cuando alude a la necesidad de exigir configurar una estructura financiera sostenible tanto en medio como en largo plazo, de modo que pueda consentir y constituir una inmediata medida de seguridad de los acreedores preexistentes y que superan la crisis, por lo que se impone, o puede imponerse de hecho, el recurso a formas de financiación con cláusulas de subordinación, o bien de conversión en capital de riesgo, en una fecha preestablecida, o como alternativa si la sociedad no está en grado de corresponder los intereses pactados o reembolsar la deuda a los vencimientos establecidos. Desde una perspectiva más financiero-económica, véase además, RUTIGLIANO, “Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti, ruolo della banca”, *Riv. Dott. Comm.*, 2010, pp. 133 y ss.

¹⁹⁸ Sobre la agregación de estas cláusulas de control, colaterales o de garantías negativas, negativa *pledges*, así como los problemas de *misconduct* y sobre todo *mismanagement*, por parte de la influencia e imposición de las entidades de crédito, ya nos hemos pronunciado en VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, cit., pp. 30 y ss., y sobre todo en el capítulo cuarto a la hora del ejercicio de los derechos sociales en el caso de una prenda de acciones. En la doctrina norteamericana analiza con maestría estas influencias del prestamista, HAAS, “Insights into Lender Liability: An Argument for treating controlling Creditors as Controlling Shareholders”, *University of Pennsylvania L. R.*, 1987, nº 135, pp. 1321 y ss.

teoría –si bien la realidad a veces elude esta concatenación de hechos–, que la que pudiera tener un tercero extraño a la sociedad, pero nada más que eso, tener la posibilidad de ejercer un mejor control que probablemente nunca lleve a cabo en óptimas condiciones. Y este acceso significa la inexistencia de garantías así como un menor coste del crédito.¹⁹⁹ Aunque también puede significar asimetrías de información, pero también tratar de salvar y reflotar una empresa o una sociedad. Ahora bien, la cuestión principal se centra en que los eventuales créditos que la sociedad deba al socio, o al socio administrador, vienen porque ésta ha sido financiada por estos socios que han prestado a la sociedad. No han vuelto a aportar o aumentar sino prestar, ¿por qué lo segundo y no lo primero? ¿Qué obtienen con ello y qué eluden si es que realmente quieren eludir? ¿Y si no hay una conducta fraudulenta ni ventajosa para nadie ni se quiebran los deberes de fidelidad y lealtad para con la sociedad?

Al ordenamiento concursal no le importan las motivaciones, sólo los presupuestos fácticos y objetivos por el perímetro de la masa pasiva. No atiene a la motivación o justificación del socio, sino solamente al empréstito realizado. De hecho, el presupuesto básico es claro: a saber, la norma, artículo 92 concursal apuesta decididamente por subordinar los créditos de los que fuera titular el socio, en tanto persona especialmente relacionada con la sociedad concursada. Es la posición crediticia misma, al margen del origen y causación, amén de motivación, del crédito, la que resulta objeto de la subordinación. No importa la causa, da lo mismo, o eso parece al legislador y a un amplio espectro doctrinal y jurisprudencial, que el crédito resulte o dimanen de un ilícito contractual, extracontractual, de una prestación accesorias que la sociedad tiene que remunerar, incluso del propio salario que la sociedad debe al socio que la administra. Qué decir si el socio contrata en una relación bilateral o incluso continuada en el tiempo, ¿qué sucede con su crédito contra la sociedad si ésta no cumple su prestación o contraprestación en caso de que la parte in bonis ya lo hubiere hecho?, ¿debe subordinarse?, ¿qué camino le queda al socio, crear sociedades de paja, testafierros? O por otra parte, si la sociedad prestó, abonó o pagó al socio con quién ha contratado, ¿qué suerte

¹⁹⁹ No es pequeña la problemática que suscita la financiación de socios a la sociedad. Véase el estudio de GUASCH MARTORELL, “El régimen concursal de los préstamos de socios”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, iv, Madrid, 2005, pp. 3707 y ss. Vid. además ÁVILA DE LA TORRE/CURTO POLO, “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3553.

depara la rescisoria concursal?, ¿cómo se embrida entonces el artículo 71 de la norma concursal si todo es subordinatorio?²⁰⁰

Son muchas las circunstancias y condiciones a las que responde el préstamo de los socios a la sociedad. Es una balanza donde los contrapesos son claros si éstos no actúan de buena fe, dado que el riesgo de empresa y por tanto de incumplimiento e insolvencia lo trasladan a terceros, lo cual es inadmisibile. Pero no por ello toda operación de financiación ha de responder a ese parámetro. En efecto, las variables son múltiples como también las motivaciones. Es obvio que el socio y la sociedad tienen la obligación de estar suficientemente capitalizados, pero la realidad es otra. La dificultad del acceso al crédito, el encarecimiento de éste, la exigencia desorbitada de garantías, o un cierto halo de administración fáctica y colateral, o cuando menos condicionante por parte de la propia entidad, abren un camino expedito pero angosto. No es lo mismo la intención deliberada de eludir el riesgo y la responsabilidad y procurar concurrir con otros acreedores al reparto deficitario que atravesar una mera liquidez puntual, siquiera coyuntural.

La mera imposibilidad real de obtener la suficiente financiación en el mercado del crédito puede desembocar en una grave crisis financiera y concursal, como recientemente se ha comprobado en nuestro país por parte de una gran constructora que en el período permisivo del artículo 5.3 de la ley concursal frustró sus expectativas en el último momento y por una parte pírrica de la financiación total, solicitando inmediatamente el concurso voluntario. Es obvio que en ocasiones la financiación propia y a título crediticio y no *causa societatis* obedecerá a motivos espurios y estratégicos, que en no pocos supuestos obtendrán una financiación menos onerosa. ¿Dónde radica el equilibrio?, ¿dónde la obligación de tener adecuada y suficientemente saneada, empezando por la capitalización, una sociedad?, ¿a quién ha de imputarse realmente las consecuencias de esa situación?²⁰¹

²⁰⁰ Acierta plenamente OTXOA-ERRARTE, *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización*, cit., p. 329, cuando asevera tras preguntarse a su vez por la eficacia del artículo 71, que “volvemos a tropezar con la dificultad de entender en base a qué fundamento dogmático se ven subordinadas pretensiones que son irreprochables desde el punto de vista de su constitución y su configuración”.

²⁰¹ Son clásicos los trabajos de SCHMIDT, “Gesellschafterdarlehen als Insolvenzrechtsproblem”, *ZfP*, 1981, n° 7, pp. 689 y ss.; “Kapitalersetzende Bankenkredite?”, *ZfR*, 1983, n° 147, pp. 165 y ss.; y “Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen: Ein Rechtsproblem nur der GmbH und der GmbH& Co?”, *AG*, 1984, n° 1, pp. 12 y ss.

De un lado, han cumplido la única obligación que en realidad tiene un socio, a saber, realizar la aportación social para la capitalización adecuada e idónea de la sociedad. Lo que no quiere decir que ésta se encuentre infracapitalizada, al menos nominalmente. Otra cosa es que lo esté suficiente y constantemente durante toda su actividad. El viejo interrogante irresuelto de siempre: ¿existe un deber u obligación de tener suficientemente capitalizada a la sociedad? Si el socio presta y no aporta o aumenta, la vuelta de tuerca era fácil, no puede ser restituido o reintegrado en tanto en cuanto se mantenga la situación o desbalance entre activo y pasivo. Solución que regía en cierto modo en el ordenamiento alemán, de conformidad con los parágrafos 30 y 31 de la GmbH hasta la reforma de 2008.²⁰²

¿Qué peligro existe si el socio presta y no aporta suficientemente para la sociedad? O dicho de otro modo, ¿existe un deber de capitalización óptima de la sociedad por parte de sus socios? Y si la respuesta es afirmativa, que *a priori* lo parece aunque no sea exigible, o no sean esos los derroteros prácticos, ¿en qué consiste tal obligación?, ¿es o debe ser responsable el socio de que la sociedad esté infracapitalizada?, ¿acaso deben los socios dotar a los acreedores o poner a su disposición un capital o unos fondos razonables que garanticen el riesgo de contratar con éstos, al margen del capital social y las reservas?,

²⁰² Los préstamos o créditos de los socios en el derecho alemán, y significativamente en la GmbH, únicamente podían restituirse por parte de la sociedad toda vez que el patrimonio de la sociedad fuese suficiente para hacer frente a las obligaciones de terceros acreedores, y la sociedad tuviese un patrimonio que excediese al capital social, límite a partir del cual no podía o procedía la restitución de lo prestado por los socios. Véase en el ordenamiento alemán, entre otros, WILHELMI, *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung im System des GmbH-Rechts*, 2001, pp. 117 y ss.; sobre todo HUECK/FASTRICH, *GmbH. Gesetz Kommentar* [BAUMBACH/HUECK (Dir.), 19ª ed., Múnich, 2009, parágrafos 30 y 31; WESTERMANN, “Kapitalschutz als Gestaltungsmöglichkeit”, *ZHR* 172 (2008), p. 144; WILHELM, “Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung”, *FS Flume II*, 1978, 337; WINTER, “Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-Regierungsentwurf-Rückkehr zum bilanziellen Denken”, *DStR* 2007, pp. 615 y ss.; HUECK, “Gewinnvorschuss bei der GmbH. Zur Zulässigkeit sogenannter Abschlags- oder Zwischendividenden”, *ZGR* 1975, pp. 133 y ss.; JOOST, “Kapitalsicherung einmal anders”, *FS Lutter*, 2000, p. 473; KORT, “Das Verhältnis von Auszahlungsverbot (§ 30 Abs. 1 GmbHG) und Erstattungspflicht (§ 31 GmbHG)”, *ZGR* 2001, pp. 614 y ss.; MÜLBERT/LEUSCHNER, “Aufsteigende Darlehen im Kapitalerhaltungs- und Konzernrecht - Gesetzgeber und BGH haben gesprochen”, *NZG* 2009, pp. 281 y ss.; NOACK/GRUNEWALD, “Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH - Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland”, *GmbHR* 2005, pp. 188 y ss.; RÖHRICHT, “Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz”, *FS 50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, Bd. I, 83; SCHMIDT, “Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG”, *GmbHR* 2007, pp. 1072 y ss.

¿han de sopesarlo y aportarlo sólo en el momento inicial de constitución de la sociedad o, por el contrario, toda vez que los riesgos aumenten?,²⁰³ ¿acaso debería ser inmutable el principio de responsabilidad limitada cuando los socios –imaginemos incluso los fundadores– saben o son conscientes de que no han capitalizado idóneamente la sociedad?²⁰⁴

Pero la pregunta que debemos hacernos no es otra que indagar en la ratio de semejante subordinación: ¿es lícito y justo subordinar el crédito de un socio que presta una cantidad de dinero como sustitutivo del capital de la sociedad, si éste no tiene una posición mayoritaria, significativa o de control de la sociedad?, ¿actúa de mala fe o abusivamente en contra de la sociedad por prestar?, ¿qué ocurriría si en vez de prestar avalase como hacen, no pocas veces, obligados los administradores de la propia sociedad?, ¿a qué se destina esa financiación?, ¿se puede afirmar que cumple una función idéntica a la aportación inicial del socio a la sociedad?

Y, sobre todo, ¿qué busca el socio prestamista de la sociedad que, siendo minoritario presta, que no asume riesgo salvo la pérdida del crédito o su eventual subordinación automática en el concurso, que probablemente ni

²⁰³ Advierte y no sin razón MARÍN DE LA BÁRCENA, “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, *RCP*, 2010, n° 12, pp. 93 y ss., p. 103, que semejante obligación se infringiría cuando los socios, aunque capitalizasen adecuadamente la sociedad desde un punto de vista económico, dejaran la financiación fuera de la esfera de retención de la cifra estatutaria del capital social (capital de responsabilidad) mediante el recurso a la concesión de préstamos del socio a la sociedad (capital de crédito). El remedio –continúa el autor– a estas situaciones (infracapitalización nominal) sería la recalificación judicial del préstamo como capital de responsabilidad. Pero el debate sobre la infracapitalización es arduo, contingente, se une al dogma mismo de la responsabilidad limitada de los socios en la sociedad a la aportación desembolsada. Son clásicos ya los trabajos de HACKNEY/BENSON, “Shareholder Liability for Inadequate Capital”, *U. Pitt. L. Rev.*, 1981-1982, n° 43, pp. 837 y ss.; CLARK, “The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors”, *Harv. L. Rev.*, 1976-1977, n° 90, pp. 505 y ss.; en nuestra doctrina, cómo no, PAZ-ARES, “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, cit., pp. 1587 y ss.

²⁰⁴ Analizar estos extremos puede cuestionar si la sociedad, los socios o fundadores han realizado una capitalización idónea o adecuada, si sirve o no la capitalización mínima de cara a la actividad, pero máxime a la exigencia limitada de la responsabilidad de los socios cuando la sociedad no cumple o debe responder por daños, por ejemplo ante acreedores no contractuales, y que por tanto ignorar esa cifra de retención máxima del capital social así como su juego puede conducir a soluciones y situaciones tan injustas como injustificadas. Véase en nuestra doctrina el trabajo riguroso de MASSAGUER, “El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria”, *RGD*, 1990, no 550-551, pp. 5547 y ss.; ARMOUR, “Legal Capital: An Outdated Concept?”, *EBOR*, 2006, n° 7, pp. 5 y ss. Es crítico con los requisitos de la capitalización mínima, KRAAKMAN, “Concluding Remarks on Creditor Protection”, *EBOR*, 2006, n° 7, pp. 465 y ss., y muy crítico SCHÖN, “The Future of Legal Capital”, *EBOR*, 2004, n° 5, pp. 429 y ss.

siquiera se pacte un tipo de interés, que sea más flexible a prorrogar el tiempo del vencimiento en caso de haber vencimiento, etc.?, ¿qué tratamiento merecen realmente estos préstamos sustitutivos del capital en el concurso de la prestataria?,²⁰⁵ ¿cuál es la verdadera razón de esa imputación al socio relegando su crédito?, ¿Por qué no aporta en vez de prestar?, ¿qué ocurriría por el contrario si un socio mayoritario bloquea la posibilidad de una ampliación de capital y está vedado el acceso a otro tipo de financiación externa, si el socio o socios que no son administradores no tienen un control en la gestión, pero sí un claro interés social en ésta, prestan para evitar la insolvencia de la sociedad?, ¿qué interés ha de primar, el concursal, el de imputación automática al socio por el solo hecho de ser socio?, ¿es lícita esa condena de reprochabilidad del crédito o préstamo del socio o socios a la sociedad y máxime si no se puede tachar en modo alguno de que ésta se encuentre infracapitalizada? El legislador ha optado claramente por la automaticidad de la subordinación dejando al margen motivaciones y razones.²⁰⁶

Ha primado y ponderado intereses y desde luego ha eludido el de la gestión y administrabilidad de la sociedad, extendiendo sin duda un manto de recelo o sospecha a estos préstamos que escapan al capital social y que no participan de la finalidad e inmutabilidad que no petrificación de éste. No ha tratado siquiera de dejar espacio al menos a la duda y a cierta libertad de decisión de ese socio que al prestar agrava su patrimonio, pues en caso de liquidación concursal, también convenio, su crédito queda relegado. No debe compararse ni la posición ni tampoco el interés que en la sociedad tiene un socio sin participación significativa con el que la tiene o es socio de control, tampoco con un administrador, pues a poca diligencia que despliegue se le imputa, acción u omisión, un conocimiento de la realidad y situación patrimonial y financiera de la sociedad. Cabe sin duda en estos supuestos una sub-

²⁰⁵ Sobre este particular se ha planteado ARIAS VARONA, “El tratamiento de los préstamos sustitutivos del capital en el concurso de la sociedad prestataria”, *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, [AA vv (Universidad Complutense de Madrid y Real Colegio Complutense Universidad de Harvard)], Madrid, 2006, pp. 213 y ss.

²⁰⁶ EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 78, nota 13, destacan que una empresa ligeramente capitalizada expone a los acreedores comerciales a riesgos insospechados, y la doctrina de la subordinación equitativa induce a quienes participan en la gestión de la sociedad a hacer que se conozcan las combinaciones inusuales de capital y deuda. Como exponente de esta premisa señalan el caso *Costello v. Fazio*, 256 F. 2d 903 (9th Cir. 1958).

ordinación más justificable y también contundente. Pero no tanto en socios de pequeñas y medianas empresas, la inmensa mayoría del tejido societario de este país que se ven abocados por la propia continuidad de la empresa a realizar nuevas contribuciones a la sociedad, que no enmascaran bajo la simulación de una aportación.²⁰⁷

Es evidente sin embargo que acceso a cierto tipo de información tienen y pueden hacerla valer, pivotando en torno a ese 5% del capital como umbral mínimo para ejercer no pocos derechos a la información, desde adendar o agregar puntos al orden del día en la convocatoria de una junta, impugnación de acuerdos, solicitud de examen de la contabilidad de la limitada (si se tiene esa participación), ejercicio de la acción social de responsabilidad de administradores, etc. Hemos de preguntarnos qué busca el socio que financia a la sociedad. ¿Hay una intencionalidad de fraude, de obtener un lucro o beneficio, de salvar el proyecto societario o empresarial en el que cree y se identifica? Por mucho que se diga lo contrario, es plausible afirmar que el interés del socio en la sociedad, aun especulativo, nunca puede ser igual al interés de los acreedores, ni siquiera cuando presta a ésta. Ahora bien, esta financiación es, en cierto modo, oculta, no pública y el derecho tiene que proveer mecanismos que neutralicen precisamente el riesgo de que entre la sociedad y los acreedores externos aparezcan los socios titulares de un eventual crédito de devolución, sea con o sin rendimientos, por parte de la sociedad.

La reacción es hoy por hoy, tanto en nuestro ordenamiento como en otros en los que durante años se ha discutido sobre todo en sede jurisprudencial otras soluciones, la de subordinar esos créditos. No importa la finalidad, no importa la justificación, no importa el momento coyuntural por el que atravesase la sociedad, mera liquidez o momento de serias dificultades crediticias, solvencia in extremis, insolvencia inminente, o insolvencia actual en la que antes de que se declare el concurso o sea instado por alguien los socios aportan ese crédito vital. Ahora bien, salvar momentáneamente a una empresa en situación técnica de insolvencia puede parecer a primera vista tan plausible como loable, pero no esconde una cierta huida hacia delante, una cierta duda

²⁰⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA, "Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital", cit., p. 112, advierte que es evidente que el legislador cuenta con el acceso a la información y con cierta capacidad de influencia en la gestión derivada de la posición de socio en sí, pero en la misma situación o mejor pueden estar terceros, mediante los denominados *covenants* de los contratos de préstamo, y sus créditos no se subordinan por este motivo.

en la creación de valor, probablemente más negativo que positivo, y una carga indirecta hacia los acreedores. En efecto, entre ponderar la tutela conflictual del crédito de los acreedores a través del concurso de acreedores que instan éstos y esperar a ver qué sucede con ese peculiar y particular saneamiento crediticio, las dudas son evidentes y la solución entre la subordinación o no, con el riesgo de empeorar la posición de esos acreedores a los que la cifra de retención patrimonial, cifra de responsabilidad en suma de la sociedad poco o nada les infunde, se antoja clara.²⁰⁸

Un supuesto más se produce en sede de subordinación en el Bankruptcy Code, párrafos 510 (b) y 726 (a) (3) (4) y (5), en el que también se subordina la rescisión de una compra o una venta de valores por la sociedad o una filial del deudor a los socios y a los inversores, por los daños que se ocasionen de esa venta o adquisición sobrevalorado desorbitadamente el precio, o por el reembolso o contribución permitida a los socios en detrimento del resto de acreedores. En estos casos, la operación de adquisición o de venta de acciones o instrumentos financieros emitidos por el deudor o por una filial controlada que sea declarada nula o anulable, no puede permitir que el eventual crédito por daños del socio o el inversor se sitúe en una mejor posición que la del resto de acreedores, dado que el socio de lo contrario participaría con una posición de menor riesgo respecto de otros que lo han asumido al contratar con la sociedad. Es aquí donde la reforma operada en el código de quiebras norteamericano permite que el juez, con criterios de equidad, aplique esa subordinación equitativa y reajuste la calificación del crédito. Así, el párrafo 510 b señala como un:

subordination agreement is enforceable in a case under this title to the same extent that such agreement is enforceable under applicable nonbankruptcy law.

(b) For the purpose of distribution under this title, a claim arising from rescission of a purchase or sale of a security of the debtor or of an affiliate of the debtor, for damages arising from the purchase or sale of such a security, or for reimbursement or contribution allowed

²⁰⁸ En parecidos términos, MARÍN DE LA BÁRCENA, “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, cit., pp. 115, al señalar que la concesión del préstamo puede permitir transitoriamente a la sociedad superar el supuesto de hecho para la declaración de concurso, al atender a las obligaciones exigibles, y privar a los acreedores de la posibilidad de solicitar el concurso necesario como medio de defensa de sus derechos de crédito.

under section 502 on account of such a claim, shall be subordinated to all claims or interests that are senior to or equal the claim or interest represented by such security, except that if such security is common stock, such claim has the same priority as common stock.

(c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may-

- (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or
- (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate.

Y es que la posición de quien adquiere acciones de una sociedad sabiendo que ésta se encuentra en crisis económica, y cuyo precio no era el real ni razonable, no puede pretender ocupar en su eventual crédito por reembolso, al declararse resuelta o nula la compraventa, ni situarse en una posición igual o mejor en la prelación de créditos, como si fuera un ordinario. A quién era o sería imputable la información y el cálculo sobrevalorado o desorbitado del precio de la acción o valores es otra cuestión.²⁰⁹ ¿Dónde queda el monitoreo de los inversores, era ese acaso su riesgo de inversión?, ¿por qué habrían de pagarlo los acreedores de la sociedad si otros no fueron lo suficientemente diligentes para valorar el riesgo de su inversión, o de serlo, fueron atrapados en una ínfula especulativa?

¿Cabría en nuestro derecho en vez de un automatismo abrupto como el que existe, que el juez del concurso oído el informe de la administración concursal pudiese calificar de otro modo algunos de estos créditos *a priori* subordinados?²¹⁰

²⁰⁹ Sobre este particular, por su influencia en la modificación del párrafo 510 (b), vid. SLAIN/KRIPKE, "The Interface between Securities Regulation and Bankruptcy -Allocating the Risk of Illegal Securities Issuance between Security Holders and the Issuer's Creditors", *Univ. N.Y.L. Rev.*, 1973, n° 48, pp. 260 y ss., donde a propósito de esa convergencia de normas, concursales y de emisión de valores, se cuestiona lo que sucede en el caso de una emisión de valores posteriormente anulada, y la protección de un lado a los accionistas, y de otro a los acreedores de la sociedad emisora.

²¹⁰ SCHULTE, "Corporate Groups and the Equitable Subordination of Claims on Insolvency", *Co. Law*, 1997, n° 18, pp. 2 y ss.

Es evidente que el control de la sociedad no es el axioma relevante ni tampoco pertinente, el mero hecho de prestar ostentando un determinado capital social acarrea la subordinación, vedándose toda interferencia a la finalidad y función así como las circunstancias naturales de la sociedad a la que probablemente ninguna entidad financiera presta ante el riesgo extraordinario de insolvencia siquiera inminente. ¿Daña el socio a la sociedad al prestarle?, ¿daña a la colectividad presente y futura de acreedores que al obtener esta financiación al margen de la capitalización de la sociedad, ésta escapa a la cifra de retención patrimonial que sirve de garantía a la totalidad de acreedores? La norma concursal española, y como ella antes otras normas foráneas han partido de una premisa clara: imputar con automatismo la cualidad subjetiva de socio, la condición de subordinado, sin indagar causas ni condicionantes. El socio que alcance una determinada cuota de capital y financie a la sociedad se convierte automática y legalmente en acreedor relegado. Socios que quizás no tengan una información estratégica en muchos casos y la cual no difiere de la que tenga el más pequeño de los socios en capital. Socio que puede acceder a cuentas, a la junta, a la impugnación, pero que a la postre presta a través de cauces sustitutivos del capital social. La condición de social es presupuesto de la subordinación, dado que en sede de subordinación nada se presume, o se es o no se es, pero sin término medio, quedando ahora al margen la verdadera situación patrimonial de la sociedad, así como su solvencia. ¿Deberían y, en caso de ser así, sobre qué base considerarse los préstamos de los socios como aportaciones?, ¿procede a semejanza de la práctica estadounidense recalificar esos préstamos en lo que probablemente no son?²¹¹

Por todos es sabido que la principal y casi única obligación individual que tiene un socio respecto de la sociedad es la de realizar la aportación de capital, sea éste dinerario o no dinerario. Con la Ley Concursal toda posibilidad de concesión de un crédito por parte de un socio a la sociedad ha de tacharse como subordinada. No importan las causas ni la procedencia de tales créditos, pues, ¿qué pasaría si el crédito que se debe al socio es el procedente de un contrato de alquiler de una nave a la sociedad? ¿Y si el socio o socios de la sociedad

²¹¹ Sobre la recalificación de los préstamos de los socios, la *recharacterization*, vid. MARÍN DE LA BÁRCENA, “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, cit., pp. 98 y ss. En la doctrina norteamericana vid., entre otros, GOEHAUSEN, “The Inequitable Doctrine of Recharacterization”, *De Paul Bus. & Comm. L. J.*, 2005-2006, nº 117, pp. 124 y ss.

se han visto compelidos por una entidad de crédito a afianzar un préstamo concedido a la sociedad? Indudablemente, en este supuesto el crédito del socio tendrá su origen en el derecho de repetición que como fiador adquiere en el supuesto de haber sido ejecutado el crédito principal que incumplió la sociedad. Pero de conformidad con los dictados de la norma concursal (arts. 92.5º y 93), su crédito queda degradado a la condición de subordinado, preterido a una posición marginal. De poco sirve apelar a las normas que sobre la fianza dispensa el Código Civil o sobre el aval la Ley del Cambiaria. El fiador o el avalista en modo alguno se subrogan en los derechos que el acreedor tuviere en relación con el deudor ahora concursado, o adquiere los derechos de las personas avaladas (véanse los artículos 1835 CC y 37.2 LCCH). Y es que la problemática de los créditos a la sociedad por parte de los socios y que nada tengan que ver con el capital social, son extremadamente complejos. Acaso no podría un socio minoritario acreditar a la sociedad en situación límite y esperar a que ésta lleve a cabo una ampliación de capital que compense su crédito o suplementar y aportar nuevamente en caso de aumento de capital. Como es obvio, difícilmente tolerarían este comportamiento los socios de control, temerosos y timoratos de perder su poder de control.²¹²

No ayuda tampoco a alcanzar cierta claridad el dictado del artículo 92.1 5º, por el que se subordinan los créditos de los que fueran titulares, cualesquiera de las personas especialmente relacionadas con el deudor. Eso sí, cuando el concursado sea persona física, no jurídica, salvo que la causa de ese crédito sea un crédito por salario, a los que la ley otorga un privilegio general tasado en su cuantificación, pero privilegiado en todo caso. ¿Qué sucede entonces cuando el socio reclama un crédito de índole salarial, dado que además está contratado laboralmente por la sociedad?, ¿se subordina por el mero hecho de ser socio o por ser administrador social? Parece que lo tiene claro la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 11 de junio de 2009, donde incluso este crédito salarial del socio es subordinado y no excepcional e inmune a ésta; así, en las fundamentaciones se afirma:

²¹² En parecidos términos, SÁNCHEZ CALERO, “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, cit., p. 3902.

... no hay fundamento alguno para convertir en privilegiado el crédito de un administrador social que es claramente persona especialmente relacionada con el concursado, atendida la nítida previsión del artículo 93.2. 2º de la Ley Concursal. [...] la norma no ha pretendido subordinar cualquier clase de crédito, sino los que derivan de relaciones contractuales, no laborales, tesis de la administración concursal, o los que pretendan eludir la infracapitalización por recurrir a expedientes diversos que hayan evitado la ampliación de capital cuando esta fuera necesaria, argumento de las concursadas. La norma, sin embargo, no ha hecho tal distinción, al menos para las personas jurídicas. Como consta en el inciso final del 92.5º de la Ley Concursal, no cabe la subordinación de los créditos por salarios o indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos laborales, o indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad o recargo de prestaciones “cuando el concursado sea persona natural”.

Parece claro, por lo tanto, que el legislador se representó la posibilidad de que personas especialmente relacionadas con el acreedor, cuyos créditos subordina, puedan percibir las prestaciones laborales típicas, esencialmente el salario, de la persona del deudor concursado. Pese a ello, el legislador ha decidido otorgar la calificación de subordinados a tales créditos, pues no deja la norma abierta, sino que excluye de la previsión general el caso del concursado persona física. Luego en el caso de la persona jurídica, que obviamente se representó pues no hubiera introducido la excepción en caso contrario, no es posible la exclusión de la regla general, que es la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado, entre las que obviamente se sitúa la demandante, administradora social de ambas sociedades en relación con las que pretende el crédito.

No importa pues el origen legal, extracontractual o contractual, incluso laboral, del crédito de un administrador social o societario. Su nombramiento o su actuación fáctica como tal subordina todo eventual y potencial crédito que titule respecto de la sociedad persona jurídica.

5.4.2. Socios de sociedades personalistas, sociedad irregular y en formación

Entre los socios ilimitadamente responsables hemos de incluir a los socios de sociedades civiles, de sociedades colectivas, socios colectivos de las sociedades comanditarias simples y por acciones, socios de agrupaciones de interés económico así como, finalmente, socios de sociedades irregulares. Sin olvidar a aquel socio comanditario que incluyese su nombre en la razón social. Es el corolario lógico de los dictados de los artículos 127 y 148 de Código de Comercio. Es su responsabilidad solidaria, subsidiaria, ilimitada y provisional la que aflora cuando la sociedad es incapaz de pagar, de cumplir con sus obligaciones. Probada la imposibilidad de pago por parte de la sociedad declarada ya en concurso, se activa esa subsidiariedad y se hace solidariamente entre todos los socios.

La regla de la subsidiariedad dentro de la responsabilidad solidaria del socio personalista, colectivo, aunque también aquél comanditario en la simple que hubiese incluido su nombre en la razón social, implica que es exigible el cumplimiento al socio, toda vez que se hubiere llevado a cabo la excusión del haber social. La mera declaración del concurso sirve, *mutatis mutandis*, como excusión de bienes de la sociedad concursada y principal obligada al cumplimiento. No han de ignorarse ciertas posiciones doctrinales que incluso han extendido al eventual crédito de un socio comanditario en relación con la sociedad, la consideración de crédito subordinado. Al margen de la inclusión de su nombre en la razón social, y tratando de identificar consecuencias jurídicas a supuestos que de suyo no lo son, ni que anudan esos efectos.²¹³

Pero al lado de los socios personalistas, o socios de una sociedad civil, asociados de una asociación no inscrita, el artículo 93.2 amén de los socios de capital, también es aplicable a los socios de aquellas sociedades de capital no inscritas y que antes de obtener la propia inscripción hubiesen realizado actos en nombre de la sociedad, sociedad en formación, así como también a aquellos socios de una sociedad que inequívocamente no quiere inscribirse, sociedad irregular. Bien es verdad que respecto de los socios de una sociedad en formación, la subordinación debería quedar supeditada sino condicionada a dos elementos: la transitoriedad o no de la propia sociedad en formación

²¹³ Significativamente, CORDERO LOBATO, “Personas especialmente relacionadas con el deudor”, *Comentarios a la Ley Concursal* [BERCOVITZ (Coord.)], Madrid, 2004, pp. 1102 y ss., p. 1106; en contra GUASCH MARTORELL, “El régimen concursal de los préstamos de los socios”, cit., p. 3719; FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 436.

hasta alcanzar su plena personalidad jurídica con la inscripción, aunque ésta sí tiene cierta personalidad en fase de formación, al ser el contrato de sociedad un contrato consensual y, en segundo lugar, que la propia sociedad una vez inscrita hubiese asumido las consecuencias de esos actos jurídicos, a no ser que incluso éstos estuviesen condicionados para su eficacia a la propia inscripción y adquisición de una plena y efectiva personalidad jurídica.

A estos socios con responsabilidad ilimitada se asimilan los socios de referencia de las sociedades de capital con participaciones iguales o superiores al 10% del capital o social, o de un 5% del capital social si la sociedad tuviese valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Lo que sí no hace la ley es distinguir ante qué tipo de valores estamos, ni sus clases o categorías, por lo que *a priori* entrarían en este cómputo tanto acciones como obligaciones admitidas a negociación, opciones de compra, *warrants*, deuda, etc. Tampoco distingue si las acciones para el cómputo de las que no están admitidas a negociación han de ser ordinarias, preferentes, sin voto o rescatables. Se omite igualmente toda referencia a otros mecanismos de control social como pueden ser las opciones de compra o los mismos pactos de los accionistas, aun cuando los umbrales de referencia no alcancen ni el 5 ni el 10% del capital societario. Ahora bien, la cifra de capital significativo se refiere o ha de referirse únicamente al que tenga directamente el acreedor en la sociedad concursada, pero no la participación que posea de un modo indirecto, es decir, a través de otras sociedades a su vez participadas.²¹⁴

No se olvide en ningún momento que el poder societario se mide o se ostenta tanto en la tenencia directa de una participación en el capital, sobre todo si ésta es relevante estratégicamente, como en la posibilidad más limi-

²¹⁴ Conforme CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 58. En otros ordenamientos la cifra de capital es más alta. Así, en Alemania la subordinación de créditos de los socios opera por virtud de la aplicación del parágrafo 32 a) y b) de la GmbH, lo cual requiere una participación del 10% por parte del socio-creedor. Véase SCHMIDT, "Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht", *ZGR*, 1998, nº 4, pp. 633 y ss., p. 659. En Estados Unidos no rige un sistema de subordinación automático, sino que los tribunales dictan la postergación legal por si concurre una conducta no equitativa por parte del deudor, lo que sucede cuando el socio se encuentra en una posición de ejercer su influencia en los órganos sociales. En aquel país los tribunales aplican sobre todo la teoría de la *equity subordination doctrine*, elaborada por la jurisprudencia y recogida en la sección 510 c) del Código de Quiebras. En su momento se propuso una disciplina sobre subordinación automática de los créditos de los socios que exigía una participación del 20% en el capital social. Propuesta que no fructificó, vid. CLARK, "The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors", *Harv. Law. Rev.*, 1977, vol. 90, pp. 505 y ss., especialmente p. 537.

tada y viable para algunas sociedades de utilizar los derechos derivados de las acciones por quien representa a su titular. Piénsese, cómo no, en entidades de crédito que a través de sus cuentas de valores y contratos de depósitos de acciones y fondos de inversión y matrices de sus sociedades gestoras gestionan miles y miles de valores y, por ende, de poder social. Como es fácilmente imaginable y si bien no es un problema de hoy en día, el riesgo estriba en que la representación y gestión de esos valores se lleve a cabo de un modo interesado y sesgado en beneficio de los gestores.²¹⁵ Es cierto que la Ley en este apartado hace ahora, tras la reforma de marzo de 2009 y que mantiene la de 2011, alusión al momento del nacimiento del crédito como hecho generador, al menos desde una dimensión temporal, de su condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues lo relevante es que el socio sea socio en ese momento del nacimiento del crédito para que éste nazca con la marca indeleble de la subordinación, pues será o adquirirá la condición de persona especialmente relacionada con el deudor concursado.

El legislador ha diferenciado el umbral temporal entre el acreedor persona natural y el acreedor persona jurídica. En la regulación primigenia de 2003 nada se decía o limitaba temporalmente. Tampoco se quiso acotar el tiempo a un plazo prudencial retroactivo, sino genérico, como tampoco dice nada de aquellas personas que hubiesen sido socios en ese intervalo de dos años de anterioridad antes de la declaración del concurso. Por nuestra parte y por coherencia argumentativa y justificativa, habíamos mantenido que pese al silencio en 2003, la coherencia y la lógica nos indicaban que debíamos adoptar decisiones análogas a las que sí se daban en el caso de que fueren cesionarios o adjudicatarios de los créditos. Al menos ahora se circunscribe

²¹⁵ Como bien señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la Ley Concursal”, trabajo redactado para los participantes en el *Second Harvard-Complutense Seminal on Business Law Governance Conflicts and Corporate Insolvency*, y publicado en la página web de la Universidad Complutense, el intento de combatir el absentismo de los accionistas en las sociedades cotizadas se tradujo en la posibilidad de confiar su representación a las entidades depositarias, solución que siempre se ha analizado con especial atención como una de las claves del poder creciente de las grandes entidades de crédito en las sociedades cotizadas. Atención que estaba incentivada también por el riesgo de conflictos de interés en quien participaba en las decisiones de la sociedad en una múltiple condición: como representante de otros accionistas, como tenedor de una participación propia, como partícipe en operaciones de emisión o colocación de los valores de la sociedad y, finalmente, como entidad financiadora. Vid., además, BAUMS/RANDOW, “Der Markt für Stimmrechtsvertreter”, *AG*, nº 4, 1995, p. 145, en donde se da una panorámica del creciente poder de intervención, al menos en las asambleas de las entidades de crédito.

el umbral temporal al nacimiento del crédito, pues si se es socio cuando éste se constituye, el crédito nace subordinado.²¹⁶

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el grado o cuota de capital que exige la ley resultará probablemente irrelevante o cuando menos insuficiente de cara a fundamentar la presunción legal de subordinación, que no es otra que la de estar en presencia de un acreedor que efectivamente está involucrado en la gestión y dirección de la sociedad, con fuerza suficiente para primar sus intereses por encima del resto.²¹⁷

Y aunque pudiera parecernos a primera vista como no incluido dentro de este elenco de personas especialmente relacionadas con el deudor, también lo estaría el socio único de una sociedad unipersonal anónima o limitada. Obviamente, el concurso de la sociedad unipersonal no se extiende a su socio único. Pero tampoco nada empuja a que éste pueda acabar concursado y acumulándose, en aras de evitar una confusión de patrimonios, ambos procesos ante el mismo juez concursal. Sin duda, este socio único, sea acreedor respecto de la sociedad unipersonal, en virtud de una operación concertada personalmente, como si fuera un tercero con la sociedad. Para ello, no olvidemos que ya en la regulación más específica de la ley de limitadas, y por remisión a ésta en el hoy derogado 311 de anónimas hacia el artículo 126 de la LSRL (hoy LSC), establece un régimen especial para la eficacia de este tipo de operaciones. Un

²¹⁶ Acierta SEBASTIÁN QUETGLAS, “La subordinación de los créditos en los grupos de sociedades”, *Estudios jurídicos homenaje al profesor Ruíz de Velasco* [VEIGA (Coord.)], Cizur Menor, 2010, pp. 443 y ss., p. 462, cuando señala: “La aclaración que efectúa el Real Decreto-Ley 3/2009 en relación a este tema tiene toda la lógica, ya que es cuando se concedió el crédito cuando se deberá comprobar si la persona en cuestión tenía o no la condición de persona especialmente relacionada, aunque posteriormente la hubieran perdido. Sólo cuando en dicho momento se dieran las especiales circunstancias que exige el artículo 93 de la Ley Concursal para considerar que existe una especial relación deben anudarse a tal condición los efectos previstos en la Ley Concursal. Sin embargo una interpretación literal nos puede llevar demasiado lejos y obligar a subordinar todo crédito concedido al deudor por persona relacionada con independencia del momento temporal en que se concedió. Ante esta situación debemos analizar si se puede imponer algún límite temporal que modere las negativas consecuencias que para los financieros se pueden derivar. Y en esta línea de pensamiento se me antoja que el plazo de dos años que exige el artículo 93.3 para las cesiones de crédito y el 71 para rescindir los actos perjudiciales a la masa, es el mismo que debemos utilizar para moderar el criterio interpretativo del artículo 93.2. Solo los créditos concedidos en los dos últimos años desde la declaración por persona relacionada deben ser objeto de subordinación, ya que cualquier otro resultado supondría la posibilidad de revisar cualquier crédito que hubiera sido concedido por un acreedor relacionado sin límite temporal alguno”.

²¹⁷ En parecidos términos IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, cit., p. 3739.

artículo que cobra todo su sentido ante una situación concursal, y donde se establece que la sanción por su incumplimiento consiste en la inoponibilidad a la masa de la operación concertada.²¹⁸ Es más, la ley exige unos especiales requisitos de forma para este tipo de contratos; en efecto, se exige la constancia escrita, la transcripción a un libro registro llevado al efecto y referencia en la memoria anual de la sociedad unipersonal. No obstante, sí es criticable la exigencia de una determinada forma, sobre todo si ésta se entiende como requisito *ab substantiam*. Hubiera sido suficiente con una exigencia de constancia en documento escrito. Sin duda, es más relevante la transcripción en el libro registro y sobre todo su referencia en la memoria anual, auténtica prueba de publicidad, dado que al documento y al libro registro no tienen acceso los terceros.

Sin duda, el socio único de una sociedad unipersonal insolvente que por la razón que fuere devenga en acreedor de la sociedad, verá relegada y postergada su posición en el procedimiento concursal, perdiendo incluso las garantías que se hubiere irrogado por mucho que sea persona física al ser socio único.²¹⁹ ¿Qué duda cabe de que la posibilidad de realizar negocios jurídicos entre la sociedad unipersonal y el socio único se realiza sin oposición interna de ningún tipo, con el riesgo de que lo esporádico acabe convirtiéndose en reiterado, con el riesgo de una confusión patrimonial entre lo que realmente es el haber personal y el haber social? La subordinación casa bien cuando se trata de un negocio o unas pocas relaciones jurídicas; en cambio, cuando hay un flujo continuo de operaciones y trasvase patrimonial, una auténtica conmixción patrimonial entre sociedad y socio único, el perjuicio que se irroga a los acreedores es más grave, sin que la subordinación atempere dicha conducta y dicho riesgo.²²⁰

²¹⁸ Conforme GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, cit., p. 3698.

²¹⁹ De duro revés califica GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, “La subordinación concursal de los créditos del socio único contra la sociedad universal”, cit., p. 3705, la posición del socio único, dejando a éste no sólo un escaso margen de maniobra para traspasar activos entre su patrimonio y el de la sociedad unipersonal, sino también incluso para entablar con ella cualquier tipo de relación como tercero. Si antes se pecaba por defecto, ahora puede que se haya hecho por exceso.

²²⁰ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, cit., p. 3857.

5.4.3. Administradores y liquidadores

Igualmente, quedan comprendidos dentro de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado los administradores de la persona jurídica. Como ya avanzamos *supra*, el automatismo es objetivo, se les imputa un conocimiento, se les sanciona por ser, haber sido o haber tenido una posición de predominio y peso en la sociedad, o al menos se les presume esa posición, esa influencia, ese conocimiento de una información tan estratégica como sensible y competitiva, aun al margen de que en no pocas ocasiones, si no todos, sí algunos de ellos no serán culpables o responsables tan siquiera de la insolvencia.²²¹

La lógica de la sanción subordinación al conocimiento, a la influencia en la dinámica social pesa sobremanera cuando estamos ante créditos de administradores, liquidadores e incluso apoderados generales.²²² Es probable que no exista un único fundamento jurídico para subordinar estos créditos, pero de la conjunción de distintos elementos, suposiciones, hechos, conductas, ventajas, fraudes y un largo etcétera, es posible que no hubiere más camino para la idea de sancionar el crédito de estos acreedores que además gestionaban, dirigían y administraban una sociedad que no han sabido ni financiar ni hacer solvente. Han podido ser artífices de la insolvencia, pero también no serlo, o no serlo unilateralmente. La idea de la censura a esa gestión se abre paso rauda y veloz, imputando objetiva y automáticamente los presumibles créditos que tuvieran los administradores.

²²¹ Un caso particular y que no tenía razón de ser el calificarlo como subordinado, es el supuesto de un reconocimiento de dos créditos con garantía hipotecaria en dos concursos, el de la sociedad concursada –que tiene la condición de deudor no hipotecante– y el de su administrador único –que tiene la condición de hipotecante no deudor–. El bien garantizado se reconoció dentro del activo del administrador concursado, resultando evidente que en el concurso de la persona jurídica no existe bien afecto con el que hacer efectivo el crédito, decayendo en consecuencia la posibilidad de clasificarlo como privilegiado especial e imponiéndose la clasificación de ordinario. Así las cosas, cuando un acreedor tiene un derecho de preferencia sobre bienes de un tercero, el privilegio favorece al acreedor en el eventual concurso del tercero garante, pero no confiere privilegio alguno en el concurso del deudor principal. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, de 3 de septiembre de 2007.

²²² No obstante, en la doctrina son varias las posiciones justificadoras o al menos explicativas, aun sin estar certeramente seguros de la ratio subordinatoria que se ha ido esgrimiendo. Vid., entre otros, IGLESIAS/VAQUERIZO, cit. p. 3739; FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 459; SÁNCHEZ CALERO, “La subordinación legal de los créditos en caso de concurso de una sociedad”, cit., p. 3905; MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades*, Madrid, 2004, p. 378.

Cuando la ley alude a los administradores, no distingue el modelo de administración de la sociedad, ni funcional ni estructuralmente, sea éste en el caso de sociedades personalistas como la colectiva, privativo, funcional o legal, por lo que han de entenderse incluidas todas aquellas personas que formen parte del órgano de gestión y administración, esté compuesto por un administrador único, varios mancomunados o solidarios, o que exista propiamente un consejo de administración. A nuestro juicio y como también ha mantenido algún sector de la doctrina, basta con la aceptación del cargo por parte del administrador, aun no habiendo sido éste inscrito para impetrar el eventual crédito que tuviera respecto de la sociedad como subordinado al estar especialmente relacionado, pues de lo contrario la puerta al fraude estaría expedita.²²³ O al menos a un retraso en la aceptación intencionado.

Del mismo modo, habrían de considerarse incluidos también los administradores de hecho, es decir, administradores que carecen de un nombramiento o de un nombramiento válido, pero que desempeñan puestos de gestión y administración. Ahora bien, ¿sabrán y desde cuando los administradores concursales que han existido administradores de hecho? No siempre será fácil acreditar tal situación fáctica, ni habrá un rastro directo. Antes bien, mediato e indirecto. Ni la Ley Concursal ni la Ley de Anónimas definen lo que se entiende por administrador de hecho. Estamos ante un concepto tan plural como multívoco, amplio y a la vez restringido o limitado, flexible y poco contorneado que se determinará en función de las circunstancias concretas.²²⁴

Dos son los ámbitos en los que en derecho privado se habla de administradores de hecho: el de quien sin título gestiona en el tráfico la sociedad como administrador, supuesto extraño y que correspondería con lo que se llama administrador notorio, y el que sin presentarse como tal administrador, domina de *facto*, indirectamente o como actuante, la administración de la sociedad, supuesto conocido como administrador oculto. La nota denominadora común no es otra que la carencia de un título formal de quien se comporta de una

²²³ Conforme también SEBASTIÁN QUETGLAS, *El concurso de acreedores del grupo*, cit., p. 229, nota 448; FERRÉ FALCÓN, *Los créditos subordinados*, cit., p. 470.

²²⁴ Sobre los administradores de hecho véase la monografía de LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003; DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor, 2002; PERDICES HUETOS, “Significado actual de los ‘administradores de hecho’: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)”, *Rds*, 2002, nº 18, pp. 277 y ss.

determinada forma para actuar en tal modo.²²⁵ Pero al margen del formalismo o no, son la influencia, el poder directo e incluso indirecto, la imposición, el conocimiento de la situación, la esfera de gestión, los que marcan el carácter fáctico de la administración no inscrita.

No importa, o no debería ser así, a la norma concursal que el administrador de hecho sea sólo un administrador con el cargo, o por mejor decir, el nombramiento caducado, ni tampoco que éste se vea más o menos apoyado en sus decisiones por los socios o juntas de socios. Lo verdaderamente importante es que gestiona o incide sobremanera en esa esfera de gestión y decisión empresarial.²²⁶ Piénsese hasta qué punto, y ya lo hemos señalado *supra*, en el ámbito de los convenantes financieros, una entidad de crédito que concede línea de crédito a una sociedad no se convierte de facto en un administrador de hecho, al menos teniendo en cuenta toda la retahíla de obligaciones colaterales que el crédito conlleva en sí mismo y son objeto de aprobación o condicionamiento por parte de la propia financiera.

Es cierto que los contornos o las aristas no siempre son fáciles ni cómodas de detectar, tampoco de acreditar indubitadamente por la administración concursal, que además tiene un plazo exiguo para confeccionar informe, inventario, listado y todas las demás funciones que paralela y linealmente asume en el concurso. Pero estos contornos se proyectan tal y como doctrina y jurisprudencia han reconocido, al exigir que la actuación del *extraneus* suponga el ejercicio positivo de una labor de dirección, administración o gestión en la persona jurídica. Intervención que además debe y tiene que revestir una importancia relativa en el ámbito o marco de los negocios sociales, pues no serían suficientes si las actuaciones fueren marginales y escasamente relevantes para la vida societaria. El administrador de hecho ha de gozar o asumir, no sabemos si con descaro o sonrojo, una total autonomía decisional, sustituyendo o colaborando con los administradores formalmente designados, pero jamás subordinándose o dependiendo de ellos. Estamos ante un comportamiento

²²⁵ Sobre la noción de hecho véase en profundidad PERDICES HUETOS, "Significado actual de los 'administradores de hecho'", cit., pp. 280 y 281.

²²⁶ Como bien ha señalado SEBASTIÁN QUETGLAS, *El concurso de acreedores del grupo*, cit., p. 230, en la dicotomía entre el formalismo o la mínima investidura formal a través de la inscripción y quién ejerce la gestión de la sociedad, hay que decantarse por una concepción amplia, primando la función de dirección o de gestión por sobre el formalismo del nombramiento, porque lo importante para la ley concursal es que quien tenga información relevante de la sociedad, la financia con deuda y agrava la situación de insolvencia.

y una influencia directiva y gestora constante, continuada en el tiempo, no ocasional o meramente esporádica.²²⁷

La realidad práctica está plagada de supuestos de administración de hecho. ¿Una sociedad matriz cabeza de grupo, hasta qué punto no ejerce una administración de hecho de otra sociedad del grupo, aunque formalmente no esté en el consejo de administración de ésta última?, o lo que es lo mismo, ¿hasta dónde llega la filialización de las sociedades a partir de una matriz, incluso en un proceso de segregación de sociedades que con la ley de modificaciones estructurales cobra tipicidad legal (art. 71) cuando todo el capital o valores de la sociedad beneficiaria o beneficiarias se entregan a la sociedad segregada o se crea una sociedad de cartera o *holding*?

En parecidos términos y como bien se ha señalado, la inclusión de los administradores de hecho podría afectar a las entidades de crédito que asesoran y dirigen los negocios de una sociedad en crisis financiera, tomando las decisiones que en puridad corresponderían a los administradores.²²⁸ Estaríamos sin duda ante supuestos de personas administradores de hecho, ocultos en la sombra, que ejercen una “indeseable” influencia sobre los administradores y les “fuerzan” a adoptar ciertas obligaciones de información o actitudes favorables en supuestos de transmisiones. Estos administradores en la sombra bien pueden ser un socio mayoritario, un socio “tirano” o, por qué no, determinados acreedores garantizados y el *mismanagment*, suministradores o entidades de financiación.²²⁹ Pensemos en el supuesto de una prenda de valores que suponga

²²⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de marzo de 2004, 24 de septiembre de 2001, 26 de mayo de 1998, entre otras muchas, ha venido entendiendo por administradores de hecho a quienes se presentan como apoderados gestores, aunque carezcan de poderes, entendiendo por tales además los que refiere el artículo 141 de la LSA, y los factores generales y singulares del artículo 286 cdc, pero también todas aquellas personas que en la práctica ostentan el poder de decisión de la sociedad bien por razones de parentesco, por asunción del cargo de director, gerente, o por ser socios mayoritarios con poder de intervención y que efectúan total o parcialmente funciones propias y con transcendencia en la administración social.

²²⁸ Conforme GARRIDO, “Artículo 93”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., p. 1678; CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, cit., p. 60.

²²⁹ La sección 741 de la Companies Act 1985 (2), que es análoga a la sección 251 de la Insolvency Act de 1987 y a la sección 207 de la Financial Services Act de 1987, asevera: “In relation to a company, ‘shadow director’, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. However, a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity”. En *Gower’s, Principles of Modern Company Law*, Londres, 1997, p. 183, se afirma: “the definition of shadow director presupposes that

un control directo que no indirecto de la sociedad. ¿Acaso no se ejercitan los derechos sociales de conformidad con las directrices y pautas marcadas por el acreedor pignoraticio, o incluso directamente por el propio acreedor si es él quien está legitimado tanto por el título constitutivo de la garantía prendaria como por los mismos estatutos societarios, ya que así lo impuso el acreedor en la negociación del préstamo?²³⁰

Junto a los administradores, la Ley concursal también señala como personas especialmente relacionadas con el deudor concursado-sociedad a los liquidadores de la persona jurídica. Todos los liquidadores se verán afectados por esta calificación, al margen de quién los hubiere nombrado y con independencia de su modo de actuación. Finalmente, tanto factores, como gerentes y directores generales, con o sin poderes inscritos o notorios, en suma, apoderados generales, tendrán igualmente la consideración de personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada.²³¹

Supuesto también subordinatorio aunque de aristas complejas es el del apoderado general. Un apoderado que está supeditado y depende de los administradores o del órgano de dirección, amén de que sus facultades se ven más mermadas si se comparan con las propias de un administrador en ámbitos tales como, por ejemplo, la contabilidad. Pero, ¿es lo mismo un apoderado general que un administrador de hecho?, ¿cuál es la verdadera naturaleza jurídica de un apoderado general?, ¿intrasocietaria o extrasocietaria? ¿Han de entenderse subordinados los créditos de los apoderados con poder general si lo son de una empresa individual? Y apoderados generales serían también los

there is a board of directors who act in accordance with instructions from someone else, the *eminence gris* or shadow director". Sobre socios tiranos y acreedores tiranos puede consultarse Farrar's, *Company Law*, 4ª ed., Londres, 1998, pp. 337 y ss., pp. 573-574; SCHNEIDER, *Scholz GmbHG Komm.*, 8ª ed., cit., parágrafo 43, p. 18. Respecto de un caso de acreedores tiranos vid. *Re PFTZM Ltd., Joudain v. Paul*, 1995, 2 BCLC354, 1995, BCC, p. 280, en donde el tribunal mantuvo que los supuestos administradores en la sombra no daban instrucciones, sino que trataban de rescatar de la sociedad aquello a lo que tenían derecho como acreedores.

²³⁰ Nos remitimos, entre otros, a nuestro trabajo *La prenda de acciones*, Madrid, 2002; sobre todo a su capítulo 4 sobre el ejercicio de los derechos sociales, pp. 290-404. Respecto del *mismanagement* y la responsabilidad de los administradores vid. pp. 398 y ss.

²³¹ No parecen compartir esta postura IGLESIAS/VAQUERIZO, "Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor", cit., pp. 3739 y 3740, dado que la relación que vincula a la sociedad con el gerente o apoderado general que está al frente de un establecimiento carece por regla general de la *affectio societatis* que caracteriza a la condición de socio y la del propio administrador.

factores, estuvieran inscritos o no, como es el caso del artículo 286 del Código de Comercio y el factor notorio, pero no los créditos de otros dependientes del empresario.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 15 de diciembre de 2006 subordina el crédito de una sociedad acreedora de la concursada promotora inmobiliaria que, para saldar la deuda, con anterioridad a la declaración del concurso, alcanza un acuerdo de apoderamiento por el que pasa a ser el nuevo gestor de hecho de la promoción inmobiliaria pendiente de conclusión. El crédito de la apoderada tiene, como no podía ser de otro modo, la consideración amén de condición de persona especialmente relacionada con la concursal.

No ha sido menor la polémica que la dicción del artículo empleó. En efecto, apeló a los apoderados generales de la empresa, no a la persona física o empresario individual. Lo que ha dado pie a mantener que tan sólo se subordinarán los créditos de los apoderados de las personas jurídicas, pero no del empresario individual, algo con lo que no estamos de acuerdo y debe hacerse una subordinación holística, cualquiera que sea el ámbito físico o jurídico del poderdante.²³²

En todos estos supuestos la subordinación se entiende siempre que el administrador, el liquidador o el factor estén en activo, o lo hubieren estado en algún momento dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Si se produce el fallecimiento de cualquiera de ellos, sus herederos o legatarios no se verán afectados por la subordinación, puesto que no habrían transmitido el crédito intervivos, como sí se produce en el caso de cesionarios y adjudicatarios si no desactivan la presunción *iuris tantum*.

5.4.4. Sociedades del grupo y sus socios

También son incluidos de un modo automático, y por tanto calificados como subordinados, los créditos a favor de sociedades pertenecientes a sociedades del mismo grupo que la sociedad concursada. Se está refiriendo la Ley a la sociedad matriz, sociedad filial y sociedades de matriz común. Por todos es conocida la escasez de tratamiento normativo tanto en nuestro derecho como en el comparado respecto de los grupos de sociedades en términos generales; mucho menor es todavía la presencia de normas significativas relativas a la

²³² Vid. a favor de una concepción restringida, ÁVILA DE LA TORRE/CURTO POLO, “La subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, cit., p. 3588.

concursalidad de los grupos de sociedades. Nuestra Ley Concursal, al menos tangencialmente, rompe con esa tónica.²³³

Ha de entenderse por sociedades del grupo a las sociedades que formen parte del mismo grupo de sociedades, entendiendo el concepto de grupo tal y como se señala en el artículo 42 del Código de Comercio.²³⁴ No ignoramos aquí el rico debate doctrinal en busca de un concepto legal de “grupo”, el cual ha hecho correr auténticos ríos de tinta. El encuentro y consenso en la doctrina en torno a la noción de grupo radica en dos de sus características; a saber, de un lado, la pluralidad de sujetos, y de otro, el sometimiento de éstos a una dirección económica única. A partir de ahí surge el desencuentro y la discrepancia, un desencuentro que se suscita acerca de la noción de dependencia.

Para unos será condición necesaria para la existencia del grupo que exista una relación de dependencia entre las sociedades o empresas que lo integran, la cual surge como consecuencia de relaciones de participación entre los integrantes del grupo. Para otros, el acento recae sobre la nota de la unidad eco-

²³³ Como bien señala EMBID IRUJO, “Grupos de sociedades y derecho concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 1885 y ss., p. 1888, encontramos en nuestra Ley Concursal un amplio elenco de instrumentos jurídicos, que, sin perjuicio de las críticas que se les puedan formular, permitirá a buen seguro la formación de una doctrina solvente en el campo de las relaciones entre grupos de sociedades y derecho concursal.

²³⁴ Con mayor profundidad ROJO, “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, *RDM*, 1996, p. 470; GARRIDO, “La reforma del derecho concursal español. Reflexiones en torno a la ‘Propuesta de anteproyecto de la ley concursal’”, cit., p. 937. También RUIZ-RICO RUIZ, “En torno a los controvertibles créditos subordinados”, cit., p. 3857. No comparte este criterio ALONSO LEDESMA, “Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado”, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., p. 934, para quién resultaba más razonable considerar que la noción que se debía tener en cuenta era la contenida en el artículo 4 de la LMV, dado que es en la que se hace referencia al hecho del poder único de dirección como rasgo característico y diferencial del grupo. Esta noción, por otra parte, es la que finalmente se ha ido consolidando en nuestro ordenamiento, primero en el artículo 127 ter. 5-3º LSA –introducido por la Ley 26/2003 de 17 de julio de Transparencia–, en el que para determinar a efectos de ese artículo quiénes tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores, se alude a “las sociedades que formen parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 LMV, y sus socios”, y después en la llamada “Ley de Acompañamiento” que ha modificado el artículo 42.2 del Código de comercio acogiendo la noción de unidad de decisión como elemento distintivo del grupo y, ésta es, además, la que también parece haber sido tenida en cuenta, si bien tangencialmente, por la LC cuando en el art. 3.5 se habla de “unidad en la toma de decisiones”. Especialmente críticos con esta remisión (hipotética) al artículo 42 del Código son IGLESIAS/VAQUERIZO, “Sobre la subordinación legal en el concurso”, cit., p. 3740, nota 16. Véase también DUQUE, “El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (GARCÍA VILLAVEDE, et. ál. (Dir.)), Madrid, 2003, pp. 137 y ss., p. 139, donde analiza pormenorizadamente el concepto legal de grupo.

nómica, la cual puede surgir como exponente de relaciones de dominación como también de acuerdos de colaboración empresarial entre sociedades. Para nosotros en este momento no es tan importante lo esencial como lo adjetivo, y lo adjetivo significa la subordinación de aquellos créditos a favor de sociedades pertenecientes al grupo. Esa es la dependencia que ahora interesa en la clasificación de los créditos, la pertenencia al grupo por el vínculo que sea, por dominación o por coordinación.²³⁵ Simplemente abogamos por entender un concepto de grupo sobre la idea de un control potencial por parte de la sociedad dominante, unido a la necesaria presencia de pluralidad de sujetos.²³⁶

Ahora bien, únicamente mediante el ejercicio de una dirección unitaria, cabe afirmar, estrictamente, que surge el grupo.²³⁷ Señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 13 de enero de 2012, que la noción fundamental en el concepto de grupo es la unidad de decisión. En el supuesto se impugnaba la lista de acreedores, al calificarse como crédito subordinado por ser el acreedor persona especialmente relacionada por pertenecer al mismo grupo. Así, advierte la sentencia, el concepto abarca no sólo los grupos verticales, en los que una sociedad domina directamente a otra u otras, sino también otras situaciones de control indirecto, de dirección única de varias personas físicas o jurídicas que actúan sistemáticamente en concierto, y de utilización de testafierros o de derechos de terceras personas de los que se dispone por medios contractuales. Para la sentencia el momento temporal en el que ha de darse la pertenencia al grupo es claro, a saber, basta con que se pertenezca al mismo grupo en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Aunque no es este el momento para abordar la cuestión en profundidad, hay que dejar claro que el concurso de una sociedad del grupo no se extiende al resto de las sociedades del grupo. No se contamina o se arrastra a las demás sociedades a la situación concursal. Ello no quiere decir que un acreedor pueda instar una declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores cuando exista confusión de patrimonios, o formen parte del mismo grupo

²³⁵ Véase el profundo análisis que lleva a cabo FERRÉ FALCÓN, "El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal", *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, 2005, pp. 1931 y ss., especialmente pp. 1935 y ss.

²³⁶ Véase GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, 2001, p. 201.

²³⁷ Esta es la línea marcada por quien es toda una autoridad en la materia, EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003, p. 13.

con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones, pero de ahí tal y como permite el artículo 3.5 de la Ley Concursal, a solicitar el concurso conjunto por la sola condición de grupo de todas las sociedades que lo integran, media un abismo. Sólo cuando en todas y cada una de las sociedades del grupo concurra el presupuesto objetivo del concurso, lo cual es distinto a todo lo anterior, podrá declararse aquél.

Unido a la hipótesis anterior de los administradores, y sobre todo administradores de hecho, pensemos en una sociedad cabeza de grupo que, aun no reservándose para sí la posición de administradora por medio de sus representantes, sí permite que la junta nombre un órgano o consejo de administración que estará completamente subordinado a sus instrucciones. Ciertamente, en este supuesto la sociedad cabeza de grupo no es la administradora de la dominada, dado que ésta tiene una administración propia en la que no participa directamente la dominante, pero que en cambio sí se inmiscuye y la somete a su capricho y dictado.²³⁸ Como bien se ha señalado, el problema es determinar quién es el administrador en la sombra, si la sociedad dominante o los singulares miembros de la administración de la dominante.²³⁹

Es cierto que la Ley Concursal no aborda ni menos contiene un tratamiento general de los grupos. No es ese tampoco su cometido, aunque sí aborda extremos tangenciales. El ya señalado problema de considerar que una entidad depositaria de valores –entidades de crédito– ha sido realmente un administrador de hecho, abriéndose la posibilidad de adoptar medidas drásticas sobre su patrimonio como el embargo que establece el artículo 48.3 de la LC, la cuestión de calificación de operaciones mantenidas con la sociedad concursada (art. 71.3 LC), la propia calificación del concurso (art. 164.1 LC), la complicidad para con el deudor culpable (art. 166 LC) y, cómo no, el tratamiento de los créditos que el grupo pueda merecer.

²³⁸ Véase el sugerente estudio de EMBID IRUJO, “Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas. (El artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores)”, *RDBB*, 2004, nº 96, pp. 7 y ss.

²³⁹ Vid. PERDICES HUETOS, “Significado actual de los ‘administradores de hecho’”, cit., p. 286; en parecidos términos Farrar´s, *Company Law*, cit., p. 338, quien se inclina por atribuir semejante condición a los miembros de administración de la sociedad cabeza de grupo. Como bien señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la Ley Concursal”, trabajo redactado para los participantes en el *Second Harvard-Complutense Seminal on Business Law Governance Conflicts and corporate Insolvency*, y publicado en la página web de la Universidad Complutense, la presencia de los bancos en las grandes empresas se suele contemplar con un generalizado escepticismo. Se critica el “poder de los bancos”.

La Ley también ha querido incluir a los socios de sociedades que pertenecen al mismo grupo que la sociedad deudora. Se trata, qué duda cabe, de socios de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad concursada, pero no de los socios de ésta, pues encajarían en el supuesto anterior si llegan a esos umbrales de participación societaria. Ahora bien, no hemos de entender tampoco que por ostentar la mera condición de socio de una sociedad del grupo, que no de la concursada, sólo por ese hecho haya de reputárseles como subordinados. Sería poco coherente y justo respecto de los socios de la sociedad deudora que, si no son relevantes, no se ven afectados por tamaña calificación. Así, serán subordinados los socios de sociedades del grupo al que pertenece la concursada, siempre que sean socios de referencia, esto es, socios con un umbral de participación del 5 o del 10% si la sociedad cotiza en adelante. Y por la misma razón y congruencia, también serían subordinados o personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada, los socios que respondan de manera ilimitada de sociedades que pertenezcan al mismo grupo, los socios con participaciones iguales o superiores al 10% del capital en sociedades del mismo grupo, y los socios con participaciones iguales o superiores al 5% del capital en sociedades emisoras de valores que formen parte de sociedades del grupo.

Se ha planteado el debate doctrinal, pero también casuístico en los concursos, sobre qué sucede con aquel crédito de una sociedad o empresa que forma parte de un grupo con la sociedad concursada, pero que no tenía relación alguna con ésta cuando adquirió su derecho de crédito, ¿se subordina?, ¿es suficiente para subordinar el crédito el hecho de que tras su adquisición la empresa acabase formando parte del grupo de empresas de la concursada?²⁴⁰ No parece, o al menos así lo creemos, que todo acreedor que no haya tenido nada que ver en la gestión, directa o indirectamente, de una sociedad o grupo de sociedades que ulteriormente concursa, aun cuando acabe a posteriori formando parte de ésta, deba subordinarse por este mero hecho el eventual crédito que ostente,

²⁴⁰ Se han planteado este interrogante MAIRATA/ROLDÁN, “Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas”, *RCP*, 2012, nº 16, pp. 227 y ss., p. 228, para quiénes en puridad sólo cabe hablar de créditos subordinados por existir relación de grupo de empresas si esa relación ya existía cuando nació el crédito. Extremo que sin embargo tampoco aclara la reforma concursal. Contundentes, los autores aseveran que nada justifica el que se subordine el crédito de un acreedor que no ha tenido influencia en la insolvencia del concursado ni ha tenido una posición de ventaja o privilegio cuando obtuvo su derecho de crédito respecto de éste.

ex ante, en relación con la concursada. Si en el momento de nacimiento o perfección del crédito no hay relación fáctica ni jurídica alguna entre la sociedad acreedora y la sociedad deudora y luego matriz o una más de las filiales a las que ambas pertenecerán a un grupo, no cabe subordinar como persona jurídica especialmente relacionada con el deudor concursado su crédito.²⁴¹ Al lado de este debate irrumpe otro en sede de responsabilidad por la gestión del grupo, de la sociedad concursada y la actuación sin duda de los administradores. Unos administradores que no han sabido o debido saber cómo sortear esa amenaza de insolvencia, cómo anticiparse a ésta, cómo tratar cuando menos, de evitarla. Por aquí han ido también los derroteros en el derecho inglés de la *section 214* de la *Insolvency Act*, que en el fondo no contiene sino pautas dirigidas a fijar en ese *wrongful trading*, específicas obligaciones de conducta en los administradores antes de que se concrete la insolvencia y la correspondiente responsabilidad en su caso de los administradores por las pérdidas que se produzcan e incrementen el pasivo después del momento objetivo de la insolvencia. Algo de cuyas consecuencias ya adviera nuestra norma de sociedades de capital, pero también incluye mecanismos o institutos de alerta y prevención encaminados a una tempestiva señalización de la crisis de la empresa. La finalidad, en principio, no es otra, que evitar una impropia traslación del riesgo de los socios hacia los acreedores y limitar así las pérdidas que gravan sobre ellos.²⁴²

²⁴¹ Nuevamente, MAIRATA/ROLDÁN, “Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas”, cit., p. 229, señalan que sólo tiene razón de ser la subordinación si dicha especial relación existía al nacer el crédito y pudo, por tanto, influir en las condiciones de éste o suponer algún trato de ventaja o uso privilegiado de información por parte del acreedor a la hora de adquirir su derecho. Plantean los autores la incongruencia que sería, por ejemplo, que dos créditos objetivamente idénticos recibieran un trato diferente en función de que su titular fuera persona física o una jurídica. Así, por ejemplo, si alguien ajeno a la concursada concede a ésta un crédito con garantía real, al día siguiente compra el 100% del capital de la sociedad prestataria, y un año después de declarada en concurso. Si aceptamos –continúan los autores– que cuando hay grupo hay subordinación, aunque la relación no existiera al nacer el crédito, ese alguien acreedor será titular de un crédito con privilegio especial si es persona física, y será titular de un crédito subordinado si es persona jurídica, lo cual supondría una grave arbitrariedad y podría legitimar algo tan contrario al principio de la *par condicio creditorum* como que dos créditos idénticos fuesen calificados de modo diferente sin causa objetiva que lo justifique y atendiendo exclusivamente a la identidad de su titular.

²⁴² Véase la aportación de BACHNER, *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge, 2009, pp. 209 y ss.; DAVIES, “Directors’ Creditors-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency”, *EBOR*, 2006, pp. 315 y ss. En la doctrina italiana, TOMBARI, “Crisi di impresa e doveri di ‘corretta gestione societaria e imprenditoriale’ della società capogruppo. Prime considerazione”, *Riv. Dir. Comm.*, 2011, n° 1, pp. 638 y ss.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon
Pro 11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70
gramos y encuadernado con método *hot melt*, en
septiembre de 2014, en Bogotá, D. C., Colombia
Estratégikamente Ltda.