

**Instituciones Preconcursoales. Responsabilidad De Administradores Sociales Y Concurso.
¿Dónde Está Y Hacia Dónde Se Dirige El Derecho Español? ¹**

JAVIER ARIAS VARONA²

RESUMEN

El presente trabajo trata de ofrecer un primer análisis de la situación del Derecho español en materia de instituciones preconcursoales (acuerdos de refinanciación) y de responsabilidad concursal de administradores. Para ello se estudian ambas instituciones desde un punto de vista general, el régimen actualmente en vigor y la posible evolución futura a la luz de la reforma de la Ley Concursal actualmente en marcha.

Palabras clave: acuerdos de refinanciación, responsabilidad concursal de administradores, reforma de la Ley Concursal española

ABSTRACT

This paper analyzes the situation of Spanish Law regarding pre-insolvency arrangements and workouts (refinancing agreements) and insolvency liability of directors. Both issues will be studied in general terms, the present situation and possible evolution considering the amendment to the Spanish Insolvency Law now being discussed

Key Words: refinancing agreements, directors' liability in case of insolvency

* Este artículo fue presentado a la revista el día 7 de Septiembre de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 24 de noviembre de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente trabajo tiene su origen en la conferencia impartida en el 5º Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, y celebrado los días 25 a 27 de Agosto de 2011 en Cartagena de Indias, Colombia. Su realización se ha hecho en el marco del Proyecto de Investigación DER2009/11269 del Ministerio español de Ciencia e Innovación ("*Balance de la Ley Concursal. Líneas de reforma*").

² Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos. España. franciscojavier.arias@urjc.es

Sumario

1. PRELIMINAR.....	205
2. INSTITUCIONES PRECONCURSALES.....	208
2.1 INTRODUCCIÓN.....	208
2.2 SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	211
2.2.1 Planteamiento.....	211
2.2.2 Protección de la negociación.....	214
2.2.3 Protección de la ejecución.....	216
2.2.4 Protección en caso de concurso.....	218
3. CONCURSO Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIALES.....	221
3.1 INTRODUCCIÓN.....	221
3.2 LOS DISTINTOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD Y SU NECESARIA COORDINACIÓN.....	222
3.3 LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE Y PROYECTADO.....	225
3.3.1 Líneas maestras.....	225
3.3.2 Algunas cuestiones particulares.....	227

1. **PRELIMINAR**

El presente trabajo trata de ofrecer una aproximación a dos temas diferentes en los que pueden observarse alteraciones a las reglas tradicionales del derecho privado, por razón del concurso, y que, al margen de que puedan suscitar dificultades interpretativas en un ámbito estrictamente nacional, tienen un alcance general que les dota de interés más allá de ese ámbito y, en especial, fuera del derecho español. Se trata, por un lado, de las instituciones preconcursales y, por el otro, de la responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso. En los dos supuestos nos encontramos ante situaciones en las que las reglas de derecho privado, como tradicionalmente las concebimos, pueden sufrir alteraciones importantes al conectarse con una situación de insuficiencia patrimonial, eventualmente desencadenante de un procedimiento concursal. En el caso de las instituciones preconcursales, las alteraciones se refieren, sobre todo, a los posibles cambios en los instrumentos de tutela individual del derecho de crédito. Para el problema de la responsabilidad de los administradores, la clave puede encontrarse en las adaptaciones de las tradicionales reglas de responsabilidad por daño en caso de concurso y en la necesidad de acomodar el régimen clásico societario a la especial situación que representan este tipo de procedimientos.

Por otra parte, se trata de temas que superan una dimensión puramente local. No puedo obviar que desde esta última perspectiva, se trata de dos de los problemas en los que más énfasis se ha puesto en la doctrina concursalista española en los últimos tiempos por razones diferentes. En el caso de las instituciones preconcursales, por la incrementada discusión sobre la necesidad de que el ordenamiento español se dotara de mecanismos eficaces en ese plano, potenciada por la dimensión y las características propias de la crisis económica en nuestro país y el perfil del sector más afectado por ella. La preocupación con respecto a la responsabilidad concursal de los administradores tiene un origen diferente. En realidad, deriva de la previsión legal de instrumentos concursales específicos, no suficientemente bien precisados por el legislador en cuanto a su configuración técnica y el modo en que deberían ajustarse con los sistemas tradicionales de responsabilidad en el plano societario. La discusión sobre estos dos aspectos específicos del concurso de acreedores se ha acentuado, como es natural, con el proceso de reforma en marcha, en el que cristaliza, en mayor o menor medida, el rico debate habido al respecto.

Sin perjuicio de lo que acabo de indicar y como ya he dicho, el interés de estos temas no es solamente local, pues en ellos se concretan planteamientos de fondo que pueden extrapolarse a

otros ordenamientos y, al mismo tiempo, permiten analizar las claves y los problemas de las soluciones adoptadas en nuestro derecho.

La discusión planteada en España en materia de instituciones preconcursales conecta, en realidad, con problemas estructurales del derecho concursal, alguno de los cuales, de hecho, no son sino la expresión en este campo de una dimensión más amplia del problema. La necesidad de fijar normativamente instituciones preconcursales es producto de la propia visión crítica de la utilidad del concurso como medio para resolver los problemas asociados a la crisis empresarial. Esta visión crítica sólo se explica cuando se observa el procedimiento concursal no sólo como medio de satisfacción colectiva de los acreedores, sino como instrumento que asegure una supervivencia de las unidades empresariales en crisis, para evitar los negativos efectos derivados (pérdida de riqueza y de empleo, esencialmente). Esta forma de ver el procedimiento puede tener alcances muy diferentes y, sobre todo, puede o no postergar el interés privado de los acreedores en beneficio del colectivo de la conservación de la empresa. Sin embargo, incluso cuando el interés privado sigue siendo la guía, es cierto que debe tratarse de evitarse el indeseado efecto de la desaparición de empresas perfectamente viables al largo plazo. En cierto sentido, la experiencia ha demostrado que el concurso es, en muchos países, una auténtica trituradora de empresas. Los intentos por articular dentro del procedimiento sistemas especialmente rápidos para asegurar la satisfacción de los acreedores sin perjuicio del mantenimiento de la actividad empresarial se han demostrado poco eficaces, en particular en España. Tanto los deudores, como los acreedores, parecen preferir huir de estos procedimientos cuando sea posible³. Esta realidad incontestable plantea al legislador un problema. El acuerdo entre deudor y acreedor al margen del concurso es posible, gracias a la libertad de pactos, pero el sistema tradicional del derecho privado no proporciona una respuesta útil y ha de valorarse la necesidad de adaptarlo. Además, el legislador suele imponer obligaciones de solicitud del concurso cuyo cumplimiento puede condicionar la viabilidad de estas soluciones alternativas previas (o ajenas) al concurso. En definitiva, las cuestiones de fondo que subyacen al problema de las instituciones preconcursales son similares en la mayoría de los ordenamientos. De ahí que el modo en que se ha centrado la discusión y las soluciones en el Estado español pueda tener su utilidad fuera de sus fronteras, aunque solo sea en un plano estrictamente dogmático.

Algo similar podría decirse de lo relativo a la responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso. Es cierto que la situación en el derecho español y los problemas que se han venido presentando tienen mucho de local, en tanto que se derivan de la opción del legislador y

³ V. GUTIÉRREZ GILSANZ, 2010, p. 645.

los defectos que presenta. Pero, nuevamente, el problema conecta con una línea de debate más amplia y, hasta donde yo sé, presente en la mayoría de los ordenamientos. Se trata de la necesidad de articular mecanismos más poderosos en caso de concurso de las sociedades, que gozan en general de limitación de responsabilidad y en las que las consecuencias nocivas de la actuación en perjuicio de los acreedores se diluyen notoriamente. En otras palabras: ¿es preciso establecer deberes específicos en caso de crisis económicas, asociados a la solicitud del oportuno procedimiento concursal? ¿Deben los acreedores sociales gozar de algún instrumento de protección reforzada más allá de los que generalmente les tutelan en el ámbito societario, en caso de concurso? El problema, así, se plantea en una doble dimensión. Por un lado, si las normas tradicionales de responsabilidad del derecho privado requieren una adaptación en una línea más rigurosa en perjuicio de los administradores sociales. En cierto modo, los instrumentos de protección tradicionales frente a las maniobras de los administradores sociales no parecen muy eficaces y la necesidad de una respuesta óptima en el caso crítico, esto es, cuando los acreedores de la sociedad no pueden ver satisfechos sus créditos, parece apuntalar la idea de que es preciso un sistema de protección reforzado. Una respuesta favorable a esta pregunta explica la presencia de normas de *responsabilidad concursal de los administradores sociales*, más estrictas que las propias del derecho de sociedades en general. La segunda dimensión, heredera en realidad de la primera, es la necesidad de establecer algún sistema de coordinación entre ambos planos de responsabilidad, si es que existen. Lo habitual será que los presupuestos y las consecuencias no coincidan formalmente, pero haya solapamientos materiales que planteen ese problema.

Se puede apreciar que las dos dimensiones indicadas y las líneas de solución responden a problemas generales del derecho concursal e implicarían alteraciones de las reglas ordinarias del derecho privado que trascienden la dimensión local. En el fondo, puede que esta cuestión de la responsabilidad concursal de los administradores sociales conecte de hecho con el clásico problema del empleo abusivo de la ficción de la personalidad jurídica, frente al que la necesidad de remedios especiales se observa más acusadamente en el derecho concursal. La particular situación que subyace al concurso reclama una actuación más decidida del legislador y habrá que ver si ésta es realmente necesaria y cómo ha de articularse. En este sentido, los problemas que se plantean en el ordenamiento español pueden resultar muy útiles para otros ordenamientos.

La naturaleza del presente trabajo aconseja huir de un análisis excesivamente detallado. Mi intención es marcar los que entiendo que son los problemas centrales en estas dos cuestiones y el modo en que han sido resueltos en el derecho español, las dificultades interpretativas que se

han generado, evitando en lo posible aquellos que responden a cuestiones de mero detalle y la posible vía de evolución.

2. INSTITUCIONES PRECONCURSALES

2.1 Introducción

Bajo la denominación de instituciones preconcursales quiero referirme a los instrumentos creados por el legislador para ofrecer alternativas al concurso para aquellos casos en los que, estando presente o cercana la causa que justifica el inicio del procedimiento, el deudor y sus acreedores negocian modificaciones en su relación tales que les permita evitarlo. Como es lógico, el término incluiría los llamados acuerdos de refinanciación y reestructuración, diseñados entre el deudor y (al menos parte de) sus acreedores para solventar coyunturas económicas complicadas que, a falta de esos acuerdos, obligarían a solicitar el concurso o conducirían al mismo en breve plazo.

Partamos en la exposición de constatar una evidencia. El derecho privado ya ofrece un mecanismo que permite alcanzar los fines anotados. La libertad de pactos ampara sin duda el que pueda llegarse entre un deudor y sus acreedores para modificar las condiciones de las obligaciones. Si el deudor no puede pagar a su acreedor, el derecho acepta un pacto por el que éste permita una prórroga, confiando en la mejoría de la situación económica, o la condonación de una parte de la deuda. En el fondo, los que denominamos acuerdos de refinanciación o reestructuración de deuda consisten, en buena medida, en eso. El modelo tradicional, sin embargo, no resulta práctico en los casos de crisis económica. En esta situación, es frecuente que exista una pluralidad de acreedores, reclamándose por ello reglas especiales que aseguren la efectividad real de ese mecanismo. Si se acepta la licencia, podría decirse que, si en casos de insuficiencia patrimonial se requiere un procedimiento colectivo, como es el concurso, el juego del acuerdo extrajudicial para esas situaciones requeriría medidas de colectivización equivalentes. Más adelante volveré sobre este tema, que no es nada pacífico, pero lo cierto es que la discusión en este punto, en mi opinión, acaba centrada en la posibilidad de extender a fases previas al concurso y a negociaciones más o menos desjudicializadas, reglas propias del procedimiento concursal que se explican, precisamente, por la insuficiencia patrimonial y la naturaleza colectiva de este procedimiento.

La importancia que han adquirido este tipo de instituciones está sin duda asociada a la voluntad de optimizar los instrumentos que permiten a las empresas superar sus dificultades sin poner en

riesgo su subsistencia. Esto no significa, sin embargo, que deba alterarse el principio de que lo prioritario es que los acreedores cobren. Siguen siendo ellos quienes deben decidir qué solución prefieren, sin que la continuidad de la empresa sea un valor al que subordinar sus intereses. Pero la protección de la empresa y su continuidad, a pesar de las dificultades, ha de ser un objetivo a perseguir, adecuadamente conciliado con la tutela del derecho de crédito, debiendo el legislador asegurar que no se introducen riesgos innecesarios para su subsistencia. Una cosa es negar que la subsistencia de la empresa deba ser un objetivo a conseguir a toda costa y otra muy diferente no proporcionar los instrumentos que le permitan superar las dificultades financieras con el menor riesgo para su continuidad.

Este problema, en realidad, ya fue afrontado por el derecho concursal histórico que, iría incorporando procedimientos que permitían acuerdos entre el deudor y sus acreedores, configurados como acuerdos de masa, que posibilitaban evitar la liquidación del deudor⁴. Con ellos, los acreedores aceptaban una espera en la satisfacción o un recorte en su crédito y aseguraban el mantenimiento de la actividad. El valor intrínseco de la permanencia de la empresa explica el diseño legal de medidas tendentes a estimular este tipo de acuerdos dentro de los procedimientos clásicos. Así, la fijación del convenio como salida prioritaria y la liquidación como alternativa, el establecimiento de ventajas procedimentales o sustantivas (por ejemplo, ausencia de calificación culpable en los procedimientos de convenio / suspensión de pagos) o la anticipación máxima de la apertura del procedimiento, dado que el retraso en ello suele desembocar en menores activos y, en consecuencia, en una mayor dificultad para llegar a soluciones conservativas. La realidad, sin embargo, no es muy amable con estas soluciones y, al menos en España, la gran mayoría de los procedimientos concursales terminan en la liquidación del deudor y las partes tratan de resolver el problema por la vía del acuerdo fuera del procedimiento concursal.

La razón que explica la preferencia por los arreglos fuera del procedimiento se encuentra, a mi juicio, sobre todo en los costes asociados a éste, que comprometen la viabilidad de una solución conservativa del deudor en su seno. Económicamente, los costes pueden ser muy elevados y llevarse por delante una buena parte del escaso activo. No menos importantes son los costes temporales. ¿Qué empresa puede permitirse subsistir en un procedimiento concursal, con las fuentes de financiación fuertemente comprometidas, más de unos pocos meses? También existe un coste reputacional inevitable asociado al procedimiento, que explica la alergia generalizada a

⁴ Sobre la evolución del derecho concursal y el modo en que la voluntad de conservar la actividad impactó sobre las instituciones tradicionales, sigue siendo de referencia obligada, a pesar del tiempo transcurrido y los cambios en el derecho comparado, PULGAR EZQUERRA, 1994, especialmente pp. 21 y ss.

su empleo y el hecho de que se acuda a él cuando no queda más remedio. Por último, no debe descartarse el coste asociado a la incertidumbre propia de cualquier procedimiento judicial, que puede ser especialmente importante en ciertas jurisdicciones. En realidad, estos costes pueden ser más o menos atenuados por el legislador, quizás con la excepción del reputacional, que tiene un componente social inevitable. Se pueden articular sistemas más rápidos, económicos y seguros, sin duda. Sin embargo, el procedimiento los lleva necesariamente aparejados: por rápido, barato y discreto que sea un procedimiento concursal, costará dinero, llevará tiempo y supondrá una negativa publicidad. De ahí el interés por soluciones alternativas que permitan una solución a los problemas financieros lo más discreta, rápida y económica posible.

Así que los operadores han buscado una salida práctica y la han encontrado en los acuerdos extrajudiciales de refinanciación o reestructuración de deudas. Es decir, huyendo del procedimiento judicial. En ello, el ámbito concursal no resulta muy distinto de otros en los que es clara la tensión entre la tutela judicial y las garantías que lleva aparejada y los sistemas alternativos de resolución de conflictos. La diferencia, sin embargo, se encuentra en que el carácter colectivo del problema parece reclamar mecanismos específicos, más propios del procedimiento concursal que del acuerdo individual, en la mayoría de los casos. Siempre se podrá objetar que esos mecanismos específicos ya se encuentran en el procedimiento concursal y que, de ser queridos, es allí donde las partes han de ventilar el asunto. Sin embargo, la realidad es tozuda y, unida al problema del *forum shopping*, está estimulando la creación de normas específicas en diversos ordenamientos tradicionalmente alejados de estos sistemas. Para ello el legislador cuenta con dos posibles alternativas. Una es crear un procedimiento formal, que debería ser especialmente rápido y económico para que pueda emplearse como mecanismo de superación de las crisis empresariales cuando ello sea posible. La otra, reconocer un régimen especial para los acuerdos extrajudiciales a los que se llegue entre el deudor y sus acreedores. Aunque la decisión adoptada depende mucho de las circunstancias y de cada ordenamiento, los actores principales de estos acuerdos presionan hacia la desjudicialización más o menos completa de estos sistemas ⁵.

Finalmente, y antes de entrar ya en el análisis del derecho español, creo que es útil anotar algunas ideas previas sobre el sustrato fáctico del problema, que contribuyen a entender mejor

⁵ V. PULGAR EZQUERRA, 2011, p. 26, donde se destacan las alternativas abiertas y los modelos de derecho comparado sobre el particular. En esta materia se han publicado, en español, diferentes trabajos relativos a los modelos de derecho comparado en materia de acuerdos preconcursales. Así, para el derecho francés, PEROCHON, 2008; para el derecho italiano, CASTIELLO D'ANTONIO, 2011; CASTIELLO D'ANTONIO, 2010 y BONFATTI, 2010 y, para el derecho inglés, WINDSOR, 2011; CARRASCO PERERA / TORRALBA MENDIOLA, 2011 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2010(b).

sus claves. En primer lugar, que se trata de una cuestión que suele asociarse a lo que clásicamente se ha denominado iliquidez, por oposición a la insolvencia absoluta: deudores cuyo patrimonio parece poder cubrir en el medio o largo plazo las deudas asumidas, pero para los que resulta materialmente imposible acometer el pago de las existentes en un momento determinado por falta de liquidez. En segundo lugar, que se trata de un tipo de acuerdos en los que típicamente participan instituciones financieras, que son las que proporcionan los instrumentos de financiación necesarios para superar ese momento crítico y con frecuencia los acreedores cuyos créditos abocan a la necesidad del acuerdo. Ello no quiere decir que acreedores no financieros no puedan participar en acuerdos de esta naturaleza, pero lo cierto es que la realidad los circunscribe en la práctica a los acreedores financieros, algo que el legislador español ha tenido en cuenta de manera nítida en la reforma. En tercer y último lugar, y aunque esto pueda haber tenido una dimensión nacional, no es desdeñable el papel que la regulación de las instituciones financieras y, en particular, el régimen en cuanto a provisiones para créditos dudosos o fallidos, tiene en la estimulación de este tipo de acuerdos. El incremento en el rigor en esta materia por parte de los organismos supervisores (bancos centrales) es un factor que puede ser determinante en la respuesta del legislador a la demanda de los sectores interesados en promover este tipo de acuerdos ⁶.

2.2 Situación en el Derecho Español

2.2.1 Planteamiento

Pasemos ahora, pues, a analizar la situación del ordenamiento español en este punto, los problemas que se han venido planteando y las perspectivas que se abren a raíz del proceso de reforma de la Ley Concursal. Lo primero que debo indicar es que, de las opciones que antes he señalado que se abrían al legislador, es decir, crear un procedimiento específico o establecer el reconocimiento de especialidades al acuerdo extrajudicial, el derecho español se está orientando con nitidez por la segunda alternativa. En mi opinión juegan para ello varios factores. Uno es la saturación de los órganos especializados en el concurso (los juzgados de lo mercantil), que está conduciendo a una prolongación exagerada de los procedimientos, lastrando su viabilidad práctica de cara a una subsistencia de la empresa afectada, hasta el punto que cerca del 90% de los

⁶ El papel de las exigencias de dotación de provisiones para los créditos dudosos o fallidos, tradicionalmente exigente en el Derecho español, se suele destacar como un factor determinante en la *explosión* de acuerdos extrajudiciales de refinanciación en los años precedentes. V. ya PULGAR EZQUERRA, 2008 y también, mas adelante, PULGAR EZQUERRA, 2009(a) y GUTIÉRREZ GILSANZ, 2010.

concursos finalizan en la liquidación. Otro es el especial estigma que sigue suponiendo para el deudor cualquier procedimiento judicial conectado con las dificultades financieras de la empresa. En España, el concurso sigue siendo una tacha prácticamente insoslayable y los deudores huyen de él. Y, por último, también ha influido la presión que generan otros ordenamientos, muy flexibles en cuanto a la competencia territorial, que está generando una cierta huida del ordenamiento español en este punto en casos muy significativos. Me refiero, en concreto, al modelo de los *schemes of arrangement* del derecho inglés, país en el que se han negociado varios acuerdos de este tipo para empresas españolas muy relevantes ⁷.

La conjunción de esos factores ha estimulado, así, que el legislador español desestime la creación de un procedimiento específico orientado a este tipo de situaciones de hecho y opte por favorecer una autocomposición sobre la base de la autonomía de la voluntad, estableciendo un sistema de protección específico para esos acuerdos. En realidad, esto es producto de una evolución en la que pueden observarse tres momentos diferentes.

El primero de ellos es la redacción original de la norma. En ese momento (2003), el legislador omitió cualquier regla especial en esta materia. Dos posibles razones explican esta decisión. La primera, que la ley se diseña en un entorno económico muy favorable y, como sucede en otras zonas de la misma, solo la profunda crisis económica, en especial en el sector inmobiliario, dejó al descubierto ciertas carencias regulatorias. La segunda, que en el diseño legal teórico (otra cosa será la ejecución práctica), existían suficientes mecanismos para que este tipo de acuerdos se incorporaran al procedimiento concursal en el que, de forma especialmente acelerada, podía llegarse a un acuerdo que permitiera la conservación de la actividad empresarial. Así, la previsión de la insolvencia inminente como presupuesto para la apertura del concurso voluntario, más el sistema especial de tramitación de la propuesta anticipada de convenio, conformaban un modelo que permitía, en teoría, solventar una situación como la mencionada en un plazo extremadamente breve (unos pocos meses). La práctica, sin embargo, ha estado muy lejos del diseño legal, lo que posiblemente explique por qué los operadores económicos no han hecho uso del modelo ofrecido y hayan optado por otras alternativas.

La crisis económica y el brutal impacto sobre el mercado inmobiliario a partir del 2008 puso de manifiesto la ausencia de previsiones legales en materia de acuerdos de refinanciación y/o

⁷ Sobre los *schemes of arrangement*, institución típicamente inglesa que, aunque insertada en el derecho de sociedades, ha acabado teniendo un papel determinante como instrumento para la renegociación de deudas, tanto desde el punto de vista de sus notas sustanciales, como de los problemas asociados a su empleo por sociedades no inglesas, v. WINDSOR, 2011 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2010(a).

reestructuración de deuda. Esta constatación se produciría desde el momento en que los operadores económicos recurrieron a estos instrumentos, amparados en el principio de autonomía de la voluntad y la posibilidad de negociación entre deudores y acreedores. La concentración de la deuda en pocas manos (instituciones financieras) y las exigentes normativas de provisiones del Banco de España favorecieron este tipo de acuerdos, aún ausente un régimen específico en la normativa concursal. Sin embargo, rápidamente se observaron los problemas generados por esa omisión, de los que uno de los más preocupantes fue la posible rescindibilidad de los mismos si, no solventada la situación con carácter definitivo, más adelante se producía el concurso⁸. A ello se añadía el riesgo, para las entidades financieras, de que su participación en esos acuerdos (que frecuentemente implicaban el aplazamiento o la concesión de un nuevo crédito con vencimiento a más largo plazo, con el consiguiente incremento de las garantías), pudiera suponerles la calificación de cómplices en un posible concurso culpable⁹.

La constatación de esos problemas marca una segunda fase en esta materia del Derecho español que se concreta con la reforma de la Ley Concursal por medio de un RD-Ley 3/2009 en abril de ese año. La reforma tuvo un alcance algo mayor, a pesar de su carácter fragmentario, pero hay coincidencia en reconocer que la finalidad principal de la misma se encontraba en resolver el problema de los acuerdos de refinanciación y su posible rescindibilidad, introduciéndose una disposición adicional nueva (la 4ª), con ese objeto. Además, se introdujo una norma de coordinación entre las negociaciones preconcursales y el plazo para la solicitud obligatoria del concurso que, aunque pensada teóricamente para la tramitación futura de una propuesta anticipada de convenio, terminaría siendo otro de los pilares normativos referentes a los acuerdos de refinanciación.

El modelo legal vigente es el producto de esta reforma de 2009, pero, como en tantos otros sectores, la propia evolución de los acontecimientos recientes ha obligado a un replanteamiento del modelo. En esta segunda fase, el legislador omitió deliberadamente un tratamiento pleno de este tipo de acuerdos, dejando abiertos muchos problemas y desentendiéndose de formular un régimen que los estimulara. La situación ha puesto nuevamente de manifiesto estos problemas y la propia evolución de otros ordenamientos de nuestro entorno ha estimulado entre nosotros un rico debate acerca de la necesidad de acometer un cambio legal que profundice en materia de

⁸ Un análisis amplio del desarrollo de esta cuestión en los tribunales españoles puede verse en GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2009. Por la fecha, sin embargo, el trabajo no pudo hacerse eco de la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2009, que, interpretando la noción de perjuicio del art. 71 LC, acotada con la necesidad de que la garantía real concedida a una entidad de crédito supusiera un sacrificio desproporcionado, ha supuesto un hito en esta materia (SAP Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, rec. 607/2009 [LALEY 6886/2009]).

⁹ Sobre esta cuestión, v. en general ALCOVER GARAU, 2009.

acuerdos preconcursales de refinanciación y reestructuración. Esta, que sería la tercera fase de las que he mencionado, es la que se ha desarrollado en los meses precedentes y ha terminado concretándose en el texto de reforma de la Ley Concursal que, en el momento de la remisión de este trabajo, está pendiente de su tramitación parlamentaria en el Senado ¹⁰. El contenido, como expondré a continuación, es mucho más ambicioso.

Desde un punto de vista sistemático, la opción regulatoria presente y proyectada marca tres líneas de actuación legal nítidas: proteger estos acuerdos frente a las posibles acciones rescisorias, resolver la calificación concursal de los créditos derivados de la inyección de liquidez al deudor (dinero fresco, “*fresh money*”) y proteger el proceso de negociación y la ejecución del acuerdo frente a los comportamientos estratégicos de los acreedores disidentes. Expondré esta cuestión siguiendo una estructura que no parta externamente entre el derecho vigente y el proyectado, sin perjuicio de la aclaración oportuna. Así, voy a seguir un esquema de corte temporal que distingue el régimen de tutela de la negociación, la protección en la ejecución del acuerdo y los sistemas de protección en caso de concurso ¹¹.

2.2.2 Protección de la negociación

Un acuerdo de refinanciación requiere, por razones evidentes, un proceso de negociación que puede ser más o menos largo según las circunstancias, el monto de la deuda, los acreedores implicados, el tipo de compromisos que haya de alcanzarse, etc. Uno de los riesgos que presenta este proceso es, naturalmente, el de que no se respete su existencia. Para evitarlo suelen incluirse los denominados pactos de *stand still* en el proceso negociador, que impiden a las partes la búsqueda de la tutela individual del crédito durante su desarrollo. Sin embargo, esto no es suficiente y la fijación de reglas que protejan el proceso negociador sigue teniendo interés, puesto que el principio de la relatividad de los efectos de los contratos limita la eficacia del pacto mencionado a quienes se encuentran en el proceso. Así, un acreedor no participante porque no fue llamado o, sencillamente, porque no le interesa participar en el proceso, puede ponerlo en riesgo, comprometiendo su éxito y, con él, el de la propia continuidad del deudor.

¹⁰ Durante el proceso de revisión académica del presente trabajo ha tenido lugar la aprobación definitiva de la reforma de la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE núm. 245, de 11 de noviembre de 2011). A pesar de que el trámite parlamentario en el Senado introdujo importantes modificaciones que, en lo sustancial, no afectaron al contenido desarrollado en este artículo, la posterior remisión al Congreso de los Diputados eliminó la gran mayoría de las modificaciones, retornándose a la redacción sobre la que se elaboraron estas páginas que siguen, por tanto, siendo perfectamente válidas en lo que al proceso de modificación se refiere.

¹¹ Sigo en este punto el trabajo de PULGAR EZQUERRA, 2011.

Lo indicado explica por qué el legislador español se ha planteado la fijación de algún tipo de mecanismo de protección. Para ser más preciso, debería decir que el legislador ha decidido extender expresamente el sistema de protección previsto para la negociación de las propuestas anticipadas de convenio a los acuerdos de refinanciación en la reforma. Para entender lo afirmado es precisa una aclaración más general. La posibilidad de que el convenio se tramite más rápidamente a través de un expediente especial, como es el de la propuesta anticipada de convenio, requiere en la LC el apoyo de un porcentaje determinado del pasivo (un 20%, art. 106 LC). Al mismo tiempo, constatada la insolvencia, el deudor está obligado a solicitar la apertura del procedimiento en un plazo máximo de dos meses (art. 5 LC), con severas consecuencias si no lo hace así (esencialmente, posibilidad de calificación culpable y responsabilidad de los administradores sociales por la omisión). La experiencia en la aplicación de la norma demostró la extrema brevedad de los plazos para que la propuesta anticipada de convenio fuera una alternativa viable, que debía ser negociada para alcanzar las adhesiones mínimas para presentarla al solicitar el concurso bajo la espada de Damocles del plazo de los dos meses. Con la reforma de 2009, se adicionó al art. 5 un último párrafo (el art. 5.3 LC) que concedía al deudor un plazo añadido de 3 meses desde la insolvencia para presentar el concurso si estaba en negociaciones con los acreedores para alcanzar las adhesiones necesarias para presentar una PAC con la solicitud de concurso. De facto, ello supuso que con un mero escrito de notificación (aunque sobre esto ha habido una cierta polémica de orden procesal¹²), el deudor obtenía un plazo total de 6 meses desde la generación de la insolvencia para cumplir con su deber de solicitar concurso. Para garantizar la protección máxima, durante ese tiempo, no se proveían las posibles solicitudes de concurso presentadas por los acreedores, que sólo se tramitaban cuando, pasado el plazo, el deudor no había solicitado el concurso (v. art. 15.3 LC).

En realidad, el plazo añadido se ha venido empleando, más que para las propuestas anticipadas de convenio, para obtener un tiempo precioso para negociar acuerdos de refinanciación (en el año 2010, sólo 145 concursos se presentaron con propuesta anticipada, de un total de 5750¹³). Con este tipo de acuerdos a veces se removía la causa de la insolvencia, resultando así innecesaria la tramitación del procedimiento concursal. Aunque durante un tiempo se discutió sobre si (i) el plazo añadido debía admitirse para estos acuerdos y (ii) si el concurso debía tramitarse necesariamente una vez empleada la notificación del art. 5.3 LC, la práctica de los tribunales terminó aceptando el

¹² Sobre esta cuestión, v. por todos GUTIÉRREZ GILSANZ, 2010; GONZÁLEZ NAVARRO, 2010 y FERNÁNDEZ TORRES, 2010.

¹³ La referencia es de la Estadística del Procedimiento Concursal que lleva a cabo el Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>).

juego de las refinanciaciones en este punto y negando la necesidad de tramitar un procedimiento de insolvencia si, dadas las circunstancias, la insolvencia había desaparecido gracias al acuerdo de refinanciación ¹⁴.

El sistema de protección de la negociación, por tanto, se limita al comportamiento de los acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo, dirigido a la solicitud de concurso, sin que se les impida el ejercicio de acciones ejecutivas individuales, probablemente entendiendo que es una lesión extrema del derecho de crédito individual que no se justifica en esta fase. La indefinición legal sobre el juego de la norma en caso de refinanciaciones ha debido resolverse por la vía interpretativa, no siempre uniforme en todos los tribunales.

La solución introducida en 2009 se mantiene en la reforma sustancialmente idéntica, aunque se mejora el texto legal para solventar los problemas interpretativos (admisibilidad del plazo para negociar acuerdos de refinanciación y la no necesidad de tramitar el procedimiento si ya no hay insolvencia).

2.2.3 Protección de la ejecución

Ni el régimen original de la LC ni el resultante de la reforma realizada en 2009 contemplaron un sistema para proteger los acuerdos preconcursales de refinanciación y similares en su ejecución, algo ampliamente reclamado por los sectores interesados y que se afronta en la reforma en tramitación. Antes de ver la solución que posiblemente adoptará el Derecho español en este punto, me parece útil anotar algunas cuestiones de carácter general sobre el particular, que contribuyen a entender los problemas planteados.

El supuesto de hecho al que se refiere este apartado es el de un acuerdo de refinanciación que ha sido exitosamente alcanzado y que, como tal, permite la subsistencia de la empresa con un grado de satisfacción razonable para los acreedores participantes, habida cuenta de que deriva de un acuerdo voluntario en este sentido. El problema es que el comportamiento de los acreedores individuales disidentes o no participantes en el proceso puede condicionar su viabilidad. Así sucedería, por ejemplo, si un acreedor individual no conforme decide ejecutar un bien determinado, imprescindible para la continuidad de la empresa a pesar de que, aparentemente, esa parece la solución más satisfactoria para el conjunto de acreedores que aceptaron el acuerdo.

¹⁴ V., por todos, PULGAR EZQUERRA, 2009b y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010.

En muchas ocasiones, acreedores con una posición de fuerza, desarrollan conductas oportunistas que pueden comprometer una solución globalmente satisfactoria e impedir el mantenimiento de la actividad. Al referirme a la protección en la ejecución del acuerdo quiero hacerlo al establecimiento de medidas tendentes a asegurar que esas maniobras estratégicas de los acreedores disidentes no podrán desarrollarse. En el fondo, de lo que se trataría es de configurar este tipo de acuerdos de una manera similar al convenio, es decir, como acuerdos de masa que vinculen a la totalidad de los acreedores. La clave, sin embargo, está en la fijación de las condiciones bajo las cuales puede reconocerse un efecto semejante, que es una derogación nítida del principio de relatividad de los contratos, teniendo en cuenta que el planteamiento de partida reside en evitar un procedimiento judicial, en el que se fijan las garantías mínimas en tutela de los acreedores individuales disconformes con la solución.

El derecho español no incluye, como dije y por ahora, regla alguna sobre el particular, de manera que los acuerdos de refinanciación no extienden sus efectos más allá que entre quienes participan en ellos. Sin embargo, el modelo anglosajón de los *schemes of arrangement* ha supuesto un claro incentivo al legislador español en el proceso de reforma, diseñándose un mecanismo similar que permitirá, si la reforma se aprueba en los términos previstos, dotar a cierto tipo de acuerdos de refinanciación de esa protección añadida de la extensión de su contenido a acreedores no participantes. Desde mi punto de vista, con ello se produciría una penetración clara del principio de conservación de la actividad como límite al derecho individual a la tutela del crédito y como fundamento de la derogación de un principio básico del derecho privado, como es el de la relatividad de los efectos de los contratos. Muy brevemente, trataré de exponer las líneas fundamentales de la propuesta de reforma en este punto, que se concretan mediante una reforma de la Disposición Adicional 4ª, cuyo contenido actual se traslada al art. 71 LC.

La reforma de la LC española prevé dos mecanismos de protección durante la ejecución de estos acuerdos: la extensión de las esperas pactadas a la totalidad de los acreedores financieros, participen o no en el acuerdo, salvo si tienen garantía real, y la paralización de las ejecuciones individuales

La primera de ellas, tal y como queda configurada, significa que, en caso de acuerdos más complejos, sólo la parte relativa a la espera es objeto de extensión en sus efectos y que los acreedores comerciales no las sufren. Parece que el fundamento para ello está en que la limitación del principio de relatividad de los contratos debe ser muy restrictiva y sólo se justifica en la medida en que sea imprescindible para asegurar el fin superior previsto (es decir, la

conservación de la actividad). Debe aclararse que el legislador ha omitido de este efecto a los acreedores con garantías reales, lo que lastrará probablemente la eficacia práctica de la regla, puesto que la mayoría de los financieros cuentan con este tipo de garantías. Posiblemente, se cuente con que sería un sacrificio excesivo. La segunda medida extraordinaria es la paralización de las ejecuciones individuales, pero en este caso no se trata de un efecto automático, sino que depende del criterio judicial, que decide en qué medida es razonable este efecto ponderando las posibles circunstancias y, además, tiene una limitación temporal máxima de tres años. Cabe hacer notar que el diseño legal es menos preciso en este segundo efecto, lo que plantea importantes dudas interpretativas en las que no me puedo detener.

Estos dos efectos, que son claras derogaciones del principio de la relatividad de los efectos de los contratos, no se contemplan con carácter general, sino con ciertas limitaciones:

- a. Depende de que el acuerdo cumpla con los requisitos generalmente fijados para los acuerdos de refinanciación en el art. 71.6 LC;
- b. sólo se extiende a los acreedores financieros;
- c. reclama una mayoría cualificada de acreedores participantes en el acuerdo (al menos, el 75% del pasivo) y,
- d. debe ser objeto de una homologación judicial en dos sentidos: cumplimiento de los requisitos legales y oportunidad del acuerdo, en el sentido de que el sacrificio que se pide a los acreedores que no lo han suscrito no sea “desproporcionado”, introduciéndose así un margen de decisión y autonomía judicial que inevitablemente recuerda a la que el juez inglés tiene para los *schemes*. Esta homologación es precisamente lo que justifica la extraordinaria eficacia concedida a estos acuerdos.
- e. A lo indicado ha de añadirse que los acreedores afectados por la homologación que no hubieran prestado su consentimiento pueden impugnarla, bien por no concurrir el porcentaje mínimo requerido, bien porque discutan la valoración judicial de la desproporción del sacrificio.

2.2.4 Protección en caso de concurso

El hecho de que se haya alcanzado un acuerdo de refinanciación o de reestructuración de deuda no significa que se elimine definitivamente el riesgo de un concurso. Como la experiencia ha demostrado en sobradas ocasiones, a pesar de las previsiones de las partes, puede que en un plazo breve de tiempo el deudor se vea definitivamente abocado a solicitar el concurso por razón

de su insolvencia. La regulación de los acuerdos de refinanciación exige contemplar de manera específica esta circunstancia. De hecho, como ya he indicado, el reconocimiento legislativo de este tipo de acuerdos vino primero de la mano de los problemas que se planteaban cuando más tarde se producía el concurso del deudor. Hay dos cuestiones determinantes en esta materia. En primer lugar, el tratamiento de la posible rescindibilidad de esos acuerdos, por considerarlos perjudiciales para los acreedores (por ejemplo, porque incrementaron las garantías reales de los participantes). El segundo, la clasificación de la financiación preconcursal, es decir, el tradicionalmente llamado dinero fresco o *fresh money*.

La primera de las cuestiones ya está regulada en el derecho español y la reforma no introduce grandes novedades. Se trata de crear una protección específica para evitar que determinado tipo de acuerdos de refinanciación pueda luego ser rescindido en caso de concurso. El problema se plantea, fundamentalmente, porque en el derecho español esa posibilidad se da cuando en los dos años anteriores al concurso se haya mejorado la posición relativa de un acreedor, lo que evidentemente podría suceder cuando, en el contexto de una refinanciación, una entidad de crédito pide una garantía que no tenía antes o que se aumenten las existentes (art. 71 LC)¹⁵. Para evitarlo, el legislador español excepciona expresamente de la aplicación de las normas relativas a la rescisoria concursal, a través de la actual Disposición Adicional 4ª (cuyo contenido la reforma prevé incorporarlo al art 71 LC) aquellos acuerdos que cumplan con una serie de condiciones, que sirven como garantía para prevenir abusos. Concretamente, la regla se aplica a acuerdos que cumplen ciertos requisitos, referidos a una representatividad mínima y a un cierto control externo por un experto independiente. Así, para que se produzca esa excepción a la aplicación del régimen de acciones rescisorias se exige que los acuerdos de refinanciación reúnan los siguientes requisitos.

- a. Que se proceda a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de las obligaciones, mediante prórrogas en el vencimiento o la sustitución de las antiguas por otras nuevas, siempre que

¹⁵ El sistema español en materia de rescisorias las vincula a que supongan un perjuicio para la masa, sin más precisiones añadidas que las distintas presunciones que se integran. Ello ha generado una tesis interpretativa mayoritaria a la consideración del perjuicio en sentido amplio, es decir, incluso no sólo de los actos que hayan implicado un detrimento de la masa activa, sino también de los que han supuesto modificaciones en la posición relativa de los acreedores en beneficio de algunos de ellos. Esta línea de análisis, en todo caso, se ha visto fuertemente afectada por la ya mencionada SAP Barcelona de septiembre de 2009. V. ESCRIBANO GÁMIR, 2007, aunque por su fecha, el trabajo no ha recogido el desarrollo jurisprudencial de esta cuestión que puede verse en MARTÍN REYES, 2010, si bien este último no incluye el análisis de la importante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que señalo.

- b. respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo y
- c. cumplan las siguientes condiciones:
 - i. Sea suscrito al menos por las tres quintas parte del pasivo;
 - ii. sea objeto de informe por un experto independiente y
 - iii. se eleve a escritura pública.

La segunda cuestión, es decir, el especial régimen aplicable al dinero fresco, se introduce *ex novo* en la reforma. Es sencillo entender de qué hablamos: a falta de un tratamiento especialmente favorable es casi imposible para un deudor obtener financiación en los confines del concurso. La liquidez necesaria para la continuidad del negocio sólo se obtiene cuando el especial riesgo asumido se ve compensado con un tratamiento más favorable, que se justificaría porque permite la continuidad de la empresa que, en caso contrario, se vería fuertemente comprometida. El legislador español ha sido receptivo a estos argumentos, configurando en la reforma un tratamiento especialmente favorable para el líquido aportado en el contexto de los acuerdos de refinanciación. Se ha pretendido, eso sí, llegar a un punto intermedio en el que, reconociendo cierta ventaja, no se produzca un beneficio excesivo a favor de estos acreedores. Así las cosas, la solución que se apunta en la reforma, mediante la modificación de los actuales arts. 84 y 91 LC, sigue las siguientes orientaciones.

- a. La preferencia en el cobro de este tipo de créditos, en caso de futuro concurso, sólo se contempla cuando se han concedido en el contexto de acuerdos de refinanciación que reúnan las garantías fijadas en el art. 71.6 LC.
- b. Las preferencias se conceden solo para los nuevos ingresos de tesorería concedidos en ese marco, empleándose así un concepto indeterminado que, sin duda, presentará dudas interpretativas importantes.
- c. De esos ingresos de tesorería, el 50% se satisfará como deuda de la masa, es decir, con prededucción –salvo que se trate de ingresos realizados por socios o personas especialmente relacionadas con ellos que deberían haber sido aportados como capital–, mientras que el 50% restante goza de un privilegio general, ubicado dentro de las últimas categorías de esta preferencia.

3. **CONCURSO Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIALES**

3.1 **Introducción**

La segunda de las cuestiones a tratar es la relativa a la posible responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso de la sociedad que gestionan o gestionaban. Se trata de un problema del que trataré de proporcionar una visión de sus claves básicas, el modo en que han sido resueltas en España y los problemas que ha generado. La clave, en el fondo, no es otra que dar respuesta a la pregunta de cómo resolver el problema específico de la responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso de la sociedad que administran. Para ello conviene aclarar algunas cuestiones iniciales.

Partamos para ello de nuevo de una evidencia: la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital es uno de los grandes temas, más o menos abierto, del derecho de sociedades.

Sigamos recordando que el sistema tradicional de responsabilidad ha tenido siempre un enfoque societario y ha sido en el seno de esta regulación donde se ha incluido y desarrollado. Este sistema societario de responsabilidad de los administradores, en tanto que órganos de la sociedad, se ha sustentado generalmente en el esquema tradicional de la responsabilidad por daños propia del derecho privado. El mayor o menor rigor en el mismo deriva generalmente del estándar de diligencia sobre el que se evalúa la obligación de indemnizar los daños que pesa sobre el administrador. Por otra parte, el enfoque societario explica que, en términos generales, se construya desde una perspectiva de la relación sociedad-administrador, por lo que buena parte de la preocupación se centra en la cobertura del daño sufrido por la sociedad e indirectamente sus socios. Lo cual, en todo caso, no impide que también pueda diseñarse un esquema de responsabilidad que tutele a los terceros que se relacionan con la sociedad a través de sus administradores.

Terminemos esta introducción anotando que en los casos de insolvencia societaria, en especial en las sociedades con limitación de responsabilidad, el planteamiento puede modificarse. Se buscaría para estas situaciones un sistema más riguroso mediante la configuración de deberes específicos y el establecimiento de sistemas de responsabilidad más estrictos que, en no pocas veces, terminan saliéndose del esquema tradicional de la responsabilidad por daños. En el ordenamiento español, por cierto, este sistema especial, más riguroso y conectado estrictamente

al cumplimiento de deberes específicos tuvo un primer acomodo en el régimen societario, donde surgió y se desarrolló conectado con el deber de promover la correcta disolución de la sociedad.

3.2 Los distintos sistemas de responsabilidad y su necesaria coordinación.

Antes de entrar en detalle en el régimen de la responsabilidad concursal de los administradores en el derecho español, anotemos ciertas ideas iniciales sobre los distintos sistemas de responsabilidad y su coordinación ¹⁶. Lo dicho hasta ahora explica que sea preciso distinguir los dos tipos de responsabilidad que afectan a los administradores sociales, la societaria y la concursal.

El **régimen de responsabilidad societario** es, como señalé, el básico en esta materia. Se trata de un sistema que se apoya en la infracción por parte de los administradores de sus deberes genéricos y, en especial, los relativos a la diligencia con que deben ejercer su cargo. El diseño de la responsabilidad siguiendo el modelo de la responsabilidad civil por daños supone que, más allá de los mecanismos habituales para hacerla más rigurosa, es decir, mediante estándares de diligencia más exigentes o la inversión de la carga de la prueba, se sustenta en una actuación negligente (o no diligente), generadora de unos perjuicios que han de ser indemnizados por los administradores. Este esquema significa que el perjudicado debe demostrar todos estos extremos y la relación de causalidad entre el comportamiento y el daño cuya indemnización se pretende. El diseño legal de esta responsabilidad en el ordenamiento español distingue dos tipos de acciones asociadas a la misma: la acción social y la acción individual. La diferencia se encuentra en el sujeto que sufrió el daño *directo* por el comportamiento de los administradores. En la acción social, este sujeto es la sociedad y, por tanto, se trata de cubrir el perjuicio sufrido por el patrimonio de la sociedad (sin perjuicio de que, en cuanto a la legitimación activa, se admita una extensión subsidiaria que abarque también a los socios y a los terceros, dándose determinadas circunstancias) –v. arts. 238 a 240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RD Legislativo 1/2010, en adelante TRLSC–. La acción individual, en cambio, es la proporcionada a los socios y a los terceros para paliar el daño directo sufrido en su patrimonio por el comportamiento de los administradores (v. art. 241 TRLSC). Es importante aclarar que, aunque este es un tema no siempre suficientemente bien resuelto por los tribunales, la acción individual no sirve para indemnizar a los acreedores por los *daños derivados de los perjuicios sufridos en el*

¹⁶ La bibliografía en materia de responsabilidad concursal de administradores es abrumadora, pero en este punto conviene remitirse a dos trabajos del profesor QUIJANO, que condensan muy acertadamente los problemas presentados (QUIJANO GONZÁLEZ, 2009 y QUIJANO GONZÁLEZ, 2011).

patrimonio social. Es decir, para que un acreedor perciba de los administradores lo que no pudo obtener de la sociedad por su insuficiencia patrimonial.

El sistema de responsabilidad societario expuesto se completa en España, en lo que resulta un elemento diferenciador de nuestro ordenamiento, con un régimen específico aplicable a los administradores que, estando la sociedad incurso en causa de disolución, no la promuevan adecuadamente (convocando la junta o solicitando la judicial cuando la decisión de la sociedad no se ha adoptado en ese sentido). La particularidad de este sistema especial es su nítida separación del básico en lo que a los presupuestos se refiere. Aunque se trata de una regla que ha sufrido distintos avatares y cuya interpretación no ha sido uniforme durante su existencia, hoy parece más o menos asentada la idea de que se configura como una responsabilidad de corte sancionador, apartada del esquema de la responsabilidad por daños en muchos de sus aspectos, asociada al incumplimiento de un deber legal específico (el de promover la disolución), del que se deriva la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales (art. 367 TRLSC). Esta configuración y, en especial, la nítida separación de la responsabilidad por daños, presenta indudables ventajas en el plano probatorio para los perjudicados y explica por qué, en España, ha sido el instrumento a través del que se ha canalizado generalmente la responsabilidad de los administradores en los casos extremos, es decir, en aquellos en los que la causa de disolución se encontraba en las pérdidas cualificadas que más tarde condujeron a que la sociedad careciera de patrimonio suficiente para la cobertura de sus obligaciones.

Junto al régimen societario puede fijarse, como dije, un **régimen de responsabilidad concursal** que, por su mayor rigor, proporcione una respuesta más adecuada a una situación que pide un nivel de tutela más amplio en beneficio de los sujetos afectados. En general, este régimen va de la mano de la fijación de deberes específicos asociados a la solicitud tempestiva del concurso y el establecimiento de la consecuente responsabilidad, no necesariamente concebida como responsabilidad por daños. La solución del ordenamiento español varía un tanto, en la medida en que sí reconoce un sistema de responsabilidad concursal para los administradores pero sin una conexión absoluta con el deber de solicitar el concurso. En realidad, la obligación de solicitar en tiempo el concurso de la sociedad influye en la posible responsabilidad de los administradores sociales, pero sólo indirectamente. Lo característico del régimen español en esta materia es la vinculación con la calificación culpable del concurso (no hay responsabilidad concursal especial si el concurso no es culpable) y la fijación de un régimen específico que condena a los administradores a pagar la parte de los créditos no satisfechos en la liquidación que, al margen de la discusión existente sobre su naturaleza, parece más estricto que el societario general. A ello se

une la previsión de medidas cautelares específicas que pueden adelantar con claridad el efecto negativo del concurso a un momento anterior en el desarrollo del procedimiento.

El reconocimiento legal de los dos tipos de responsabilidad plantea el problema específico del **modo de coordinarlos** ¹⁷. El punto de partida debería ser si el reconocimiento de una responsabilidad específica en el plano concursal debería desplazar el régimen societario. Para ello se ha de poner especial cuidado en orientar el análisis correctamente, partiendo sobre todo de los intereses que se protegen con la acción correspondiente. Lo digo porque, en principio, la responsabilidad concursal se entiende en el contexto de la tutela de los acreedores, es decir, se insertaría en los sistemas de responsabilidad asociados al interés individual y no de la sociedad. Desde ese punto de vista, la subsistencia y necesidad de coordinación de las acciones sociales de responsabilidad no plantearía el problema con la misma intensidad. La acción social sigue siendo perfectamente compatible con la existencia de un procedimiento concursal en el que podría ventilarse la responsabilidad de los administradores y la cuestión será, esencialmente de orden procesal (quién debería estar legitimado para su interposición, el juez competente y su acumulación o no al procedimiento), como ha señalado la doctrina sobre el particular.

La situación pasa a ser algo más complicada en el caso de la acción individual, y no tanto porque haya una superposición formal de los instrumentos de tutela. En realidad, el fundamento de la protección en el plano teórico y el sistema de responsabilidad son diferentes, pues una se refiere al daño individual y la otra se conectaría con la obligación de cobertura de las deudas sociales en beneficio del sujeto últimamente dañado con el impago. Sin embargo, sí hay una frecuente coincidencia material, porque el daño que se pretende subsanar coincide con la deuda insatisfecha (en términos generales). De ahí que la pauta de coordinación teórica debería quizás ser, no obstante los problemas interpretativos que genera, la compatibilidad de las acciones societaria y concursal, bien coordinadas sobre todo para evitar una doble indemnización, descontándose de la otra lo obtenido en una de ellas, lo que no evita importantes problemas procesales en este plano (cosa juzgada, litispendencia y similares).

Donde la respuesta parece más nítida, al margen de la decisión del legislador español en este punto, es en la posible concurrencia de sistemas de responsabilidad por deudas sociales. En este caso, la coincidencia material y en parte también formal en ocasiones, aconseja que la creación de un mecanismo de responsabilidad específico concursal desplace cualquier norma de contenido equiparable en el plano societario. El ordenamiento español proporciona un ejemplo muy bueno

¹⁷ V. el acertado desarrollo de la cuestión en QUIJANO GONZÁLEZ, 2009.

de los problemas interpretativos que suscita mantener una responsabilidad solidaria por deudas si los administradores no promueven una disolución que es imperativa en caso de pérdidas cualificadas junto a una responsabilidad concursal que, en caso de concurso culpable, condena a los administradores a pagar a los acreedores el importe que no perciben en el concurso.

La situación es algo más complicada en la individual, que no coincide formalmente, pero sí hay una coincidencia material. En teoría son cosas distintas, pero en la práctica coincide. De ahí que, como mínimo, debería deslindarse correctamente y coordinarse para evitar solapamientos (es decir, una doble indemnización). En todo caso, no es descartable que la mejor opción sea el desplazamiento de la responsabilidad societaria por la concursal frente al tercero acreedor. De hecho, hay también un factor a tener en cuenta. Se trata del modo en que materialmente puede afectar a la *par condicio* el tratamiento de la responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso. Ciertamente, estamos hablando de deudores distintos, pero la verdad es que en la práctica suele observarse con desconfianza la posibilidad de que el acreedor que exija primero la responsabilidad de los administradores sociales, termine percibiendo la totalidad del crédito por esa vía, quedando los restantes a la pérdida derivada del concurso si el patrimonio de los administradores no alcanza a cubrir más que ese otro crédito. Formalmente no hay infracción del principio de la comunidad de pérdidas característico del derecho concursal, pero materialmente uno cobrará y los otros no. La solución es difícil, pero sin duda puede obtenerse mediante una adecuada coordinación de los diferentes tipos de responsabilidad, material y procesalmente y, en el caso del derecho español, quizás también con la ayuda del embargo preventivo de los bienes de los administradores que se contempla en el art. 48.3 LC.

3.3 La responsabilidad concursal de los administradores sociales en el Derecho español vigente y proyectado

3.3.1 Líneas maestras

La última parte de mi trabajo estará dedicada a proporcionar una visión del estado de la responsabilidad concursal de los administradores en el Derecho español. Es necesario aclarar en este primer momento que no voy a ocuparme del tratamiento societario de esta cuestión, ni de las adaptaciones de estas acciones a las particulares exigencias del derecho concursal. Ya he indicado que es un problema de coordinación y que, en principio, no deberían verse afectadas ni la acción social ni la individual de responsabilidad, siempre que se enfoque adecuadamente la cuestión y se solventen correctamente los posibles solapamientos derivados de la coincidencia

material entre el daño y la deuda insatisfecha. Por lo que se refiere a la responsabilidad por deudas por no promover la disolución de la sociedad, es el supuesto más problemático y requeriría una extensión que excedería el propósito de este trabajo. Baste decir que el hecho de que una de las causas de disolución sea la existencia de pérdidas cualificadas y la frecuente (que no necesaria) coincidencia entre ese hecho y la insolvencia hubiera aconsejado el predominio de la responsabilidad concursal, cosa que no se ha hecho y está generando problemas interpretativos de mucho calado¹⁸. Prefiero, por sus particularidades, ocuparme específicamente de la responsabilidad concursal, dejando en todo caso claro, una vez más, que su existencia no desplaza en nuestro derecho a la posible responsabilidad societaria. Partamos de una visión panorámica inicial que permita observar los aspectos esenciales del régimen y dejemos para el final un análisis más de detalle.

La Ley Concursal española fija el régimen de responsabilidad concursal de los administradores en el art. 172 LC. Su comprensión completa, sin embargo, requiere considerar un abanico más amplio de normas, que abarcan esencialmente la solicitud de concurso por el deudor, los efectos derivados de su apertura y la calificación culpable del mismo.

En primer lugar, es imprescindible señalar que la Ley Concursal establece la obligación para el deudor de solicitar su concurso en un plazo máximo de dos meses desde que se produjo la situación de insolvencia (art. 5 LC). En el (habitual) supuesto de las sociedades de capital, esta obligación grava a los administradores, sin perjuicio de que sea necesaria la intervención de la Junta General en un plano puramente societario. La norma no establece una consecuencia nociva automática para los administradores que infringen esta obligación, pero las normas en materia de calificación del concurso sí la tienen muy en cuenta.

En efecto, el ordenamiento español ha mantenido la posibilidad de que el concurso pueda ser objeto de un enjuiciamiento en términos de culpabilidad, desestimando otras opciones técnicas en la que la reprochabilidad de los comportamientos conducentes a la insolvencia solo se enjuicia en el ámbito penal. No todos los concursos han de pasar por ese juicio, que se limita a aquellos en los que las consecuencias para los acreedores resultan particularmente nocivas, de manera que la sección de calificación sólo se abre cuando el concurso termina en liquidación o en un convenio

¹⁸ No es posible incorporar en este trabajo las complejas construcciones necesarias para acomodar adecuadamente el régimen de responsabilidad por no promover la disolución en caso de pérdidas cualificadas y el deber de solicitar el concurso que grava a los administradores, debiéndome remitir a los diversos trabajos que se han ocupado de esta cuestión (así, entre otros, v .SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA, 2006; SACRISTÁN BERGIA, MUÑOZ GARCÍA y SEQUEIRA MARTÍN, 2006; SEQUEIRA MARTÍN, SACRISTÁN BERGIA y MUÑOZ GARCÍA, 2007 y SACRISTÁN BERGIA, 2007).

con un índice de sacrificio particularmente alto (más de 3 años de espera o de un tercio de quita, art. 163 LC). En estos supuestos se abre una sección especial para determinar si el concurso es culpable que, en definitiva, no supone un juicio negativo sobre el concurso en sí, sino sobre las causas que condujeron al mismo y que encierra un reproche sobre determinados comportamientos del deudor o sus gestores condicionantes de la situación generada. El juicio de culpabilidad se sustenta en una cláusula general (la generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave, art. 164.1) y una serie de supuestos que determinan la calificación culpable (falsedad contable, salida fraudulenta del patrimonio, por ejemplo, art. 164.2) más un conjunto de presunciones de dolo o culpa grave que admiten prueba en contra (art. 165 LC), entre las que se encuentra el incumplimiento del deber de solicitar el concurso. Dado que a la declaración de culpabilidad se pueden anudar consecuencias en cuanto a la responsabilidad de los administradores, puede observarse que, como en otros ordenamientos el deber específico de solicitud de concurso parece operar como presupuesto de un régimen especial de responsabilidad. Sin embargo, hay otros factores que considerar, porque separan al derecho español de otros.

La calificación culpable del concurso se apoya en los distintos presupuestos que he indicado, pero sólo se desencadena en caso de apertura de la fase de liquidación. Aunque la responsabilidad también puede darse en otros supuestos (v., en particular, el art. 172.2, 3º, *in fine* LC), es el específico del art. 172.3 LC el que constituye la gran especialidad. Esta norma permite que el juez del concurso condene a los administradores, en ese caso, a pagar todo o parte de lo que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa.

El juicio de calificación, como puede suponerse, se produce en un estado muy avanzado del procedimiento, pues requiere que se haya tomado ya una decisión sobre si se liquidará o no y, en caso de convenio, el contenido de lo pactado. Sin embargo, en lo que es otra pieza importante del sistema, el art. 48.3 LC reconoce una medida cautelar que habilita al juez a decretar, desde la declaración de concurso, el embargo preventivo de los bienes de los administradores cuando exista una posibilidad fundada de que el concurso se declarará culpable y de que la masa resultará insuficiente para cubrir la totalidad de las deudas.

3.3.2 Algunas cuestiones particulares

Resulta materialmente imposible analizar en detalle la multitud de cuestiones prácticas e interpretativas que ha generado el art 172.3 LC, pero trataré de recoger algunas que creo más

interesantes. La primera de ella es la relativa a los **sujetos afectados** por este especial régimen de responsabilidad.

El legislador español quiso dar desde el primer momento un ámbito de aplicación deliberadamente amplio al precepto, tanto en el plano de los sujetos afectados, como en el abanico temporal abarcado. En primer lugar, porque la responsabilidad puede alcanzar a los administradores de derecho, pero igualmente a los de hecho, así como a los liquidadores y se refiere a los de cualquier persona jurídica y no exclusivamente a los de las sociedades mercantiles (por más que este sea el supuesto prácticamente único). En segundo lugar, porque se extiende a los que tienen esa condición en el momento del concurso y a aquellos que lo fueron durante los dos años anteriores. La fijación del plazo es la misma que para las acciones rescisorias y resulta razonable, en la medida en que los comportamientos que son objeto de reproche pueden resultar imputables a administradores precedentes (piénsese, por ejemplo, en la salida indebida de activos del patrimonio del deudor). Sin embargo, no deja de plantear el problema de que esa limitación no se fija para los supuestos determinantes de la culpabilidad del concurso, aunque esa discordancia puede salvarse teniendo en cuenta que una cosa son los hechos determinantes del concurso culpable y otra distinta los comportamientos determinantes de la declaración de responsabilidad.

Un problema particular en cuanto al abanico de sujetos responsables, es el referido a los administradores de hecho. Se trata de una categoría que no es nueva en materia de responsabilidad (hace tiempo que se encuentra recogida como tal en el derecho de sociedades) pero que, por ser de construcción doctrinal y carecer de una definición legal expresa, presenta indiscutibles dificultades en la aplicación¹⁹. En realidad, se trata de un problema que no puede resolverse sino en líneas muy generales, puesto que depende del caso concreto, pero puede, empleándose un criterio funcional, admitirse que sólo son administradores de hecho quienes ejercitan de forma continuada y sistemática el poder de decisión de la sociedad en los términos en que está legalmente atribuido al órgano administrativo sin estar investido del correspondiente poder. El problema del administrador de hecho se presenta con especial delicadeza en los supuestos de grupo, en los que la ausencia de un principio de responsabilidad del grupo en caso de concurso se genera la duda de si podría alcanzarse un resultado similar bajo la consideración de la matriz como administrador de hecho. Sobre ello conviene apuntar que es un tanto discutible, más allá de lo que suceda en los casos concretos, identificar con carácter general los conceptos

¹⁹ V., sobre el concepto de administrador de hecho, en general, LATORRE CHINER, 2003 y LATORRE CHINER, 2004. V. también, más recientemente GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2010.

de control o influencia decisiva, determinantes del concepto de grupo, con el de asunción efectiva de las funciones administrativas (a pesar de la frecuencia con que lo hacen los tribunales)²⁰.

La incorporación, en general, de los denominados administradores de hecho ha planteado además problemas con los denominados apoderados generales²¹, que no siempre reúnen los requisitos para ser calificados como administradores de hecho, pero que suelen tener una participación a veces determinante en los comportamientos conducentes a la calificación culpable del concurso. La reforma trata de resolverlo mediante una mención expresa a esos sujetos como posibles afectados por la responsabilidad, lo que eliminaría el problema de la conexión con el concepto de administrador de hecho, si bien abre quizás el del propio concepto de apoderado general.

La reforma, por el contrario, no va a resolver el problema generado por la ausencia de criterios claros para los casos de órganos administrativos pluripersonales, en los que se está presentando la duda de si el silencio legal justificaría la extensión del régimen societario, que opta por la solidaridad con un catálogo de causas de exoneración tasadas, o sería aplicable el régimen civil ordinario, es decir, la mancomunidad. Cuestión, por cierto, que se añade a la que supone decidir si el grado de intervención personal en los actos determinantes de la responsabilidad ha de ser tenido en cuenta por el juez o éste ha de actuar imputando al órgano en general.

Esta segunda cuestión, que se resuelve en la práctica por el amplio margen que el precepto deja al juez en su aplicación, nos conduce, en realidad, a la que creo que es una de las cuestiones clave en la aplicación de la norma, fuertemente dependiente de la naturaleza que se le asigne y determinante del alcance de su rigor. Me refiero a los criterios conforme a los cuales ha de decidirse la **imputación de la responsabilidad**, es decir, de la obligación de que el administrador cubra con su propio patrimonio la parte de las deudas que la liquidación del deudor no ha conseguido pagar. El problema se plantea porque la estructura de la norma es la típica de una norma de corte sancionador, entendido en el reducido sentido de sanción civil, asociada a la infracción de un deber específico y, por tanto, desligada en parte de las tradicionales exigencias de la responsabilidad indemnizatoria y, en concreto, de la necesidad de un comportamiento antijurídico generador de un perjuicio unido a él por una relación causa-efecto. Esta cuestión es vital, porque la respuesta que se proporcione afecta de modo decisivo a la aplicación práctica de la norma y al alcance de la responsabilidad de los administradores sociales en caso de concurso.

²⁰ Así, PULGAR EZQUERRA, 2011, p. 339. Sobre el supuesto, más ampliamente, v. ALONSO UREBA, 2009.

²¹ V. LATORRE CHINER, 2009.

No puedo extenderme todo lo que requeriría un tratamiento correcto del tema, así que creo que resultará más útil ejemplificar la cuestión, lo que permite apreciar, creo, más claramente lo que quiero decir.

Piénsese, por ejemplo, en una sociedad en la que la insolvencia se agravó fuertemente por la retirada indebida de activos por un administrador con plenos poderes, perteneciente a un consejo de administración que dimite en pleno poco antes del concurso. La administración se encomienda luego a un único administrador que, confiando en la recuperación del dinero, tarda en pedir el concurso más de la cuenta. El concurso es lógicamente declarado culpable, entre otras cosas por el retraso, confesado por el administrador. La liquidación resulta en el práctico impago de la totalidad de la deuda y, naturalmente, los acreedores pretenden obtener la responsabilidad de los administradores.

Una visión puramente indemnizatoria de esta responsabilidad identificaría la parte impagada con el daño y exigiría una conexión causal con un comportamiento reprochable de los sujetos afectados por la calificación. En ese contexto, difícilmente podría obligarse al actual administrador a pagar esas deudas, si es que el daño (el impago) es realmente consecuencia de la evasión de activos realizada por el anterior administrador. Como imaginarán, la pieza determinante en este juego de intereses será la prueba de los presupuestos, que gravará a los acreedores a través de la administración concursal. También pueden ver que esta solución resulta especialmente ventajosa para los administradores sociales, pues dificulta sin duda a los acreedores la aplicación del precepto.

La alternativa es considerar la norma como una norma de tipo sancionador, que solo requiere probar sus presupuestos de hecho para anudar la consecuencia, que no es la indemnización de un pretendido daño, sino la obligación de cubrir las deudas sociales, cosa que puede ser materialmente lo mismo, pero que son cosas formalmente distintas (el daño, sin duda, puede ser muy superior a la deuda). Esta interpretación tiene la ventaja de que facilita la aplicación práctica de la norma, cierto que en perjuicio de los administradores sociales, pero con la posibilidad de una moderación judicial que el propio precepto reclama, al establecer que el juez “puede” condenar a los administradores y que esta condena lo será para “todo o parte” del pasivo impagado. Esta interpretación asegura una función represora de los comportamientos mucho más eficaz, al no requerir la conexión causal entre el comportamiento del administrador y el daño sufrido. Otra cosa será que el juez tenga margen para moderar la condena, pero esa conexión causal no debe ser probada con carácter previo para que se desencadene la obligación de los administradores.

Lo que acabo de indicar permite comprender el juego tan diferente que en una tesis y otra tienen los presupuestos del concurso culpable de cara a la declaración de la responsabilidad concursal de los administradores sociales. Algunos de los supuestos de hecho determinantes de la calificación culpable no se relacionan en absoluto con la generación dolosa o gravemente culpable de la insolvencia o su agravación, que algunos consideran como la justificación última de un régimen de responsabilidad tan agravado como el dispuesto en el art. 172.3 LC. El mero retraso, por ejemplo, no tiene por qué suponerlo, así como tampoco la infracción del deber de colaboración con la administración concursal, presunciones ambas establecidas en el art. 165 LC. La imputabilidad de estas conductas a los administradores sociales no puede suponer, en una visión indemnizatoria de la responsabilidad, una condena de los mismos, mientras que la percepción será indudablemente más laxa en este punto si se parte de una concepción sancionadora de la responsabilidad.

La discusión en este punto sigue sin estar resuelta entre nosotros, dado que hay argumentos casi igualmente poderosos a favor de una y otra tesis y la jurisprudencia se divide nítidamente entre ambas ²². La única respuesta del Tribunal Supremo con que contamos es lo suficientemente ambigua como para no dar por cerrada la cuestión (se acoge una visión no sancionadora, pero a los meros efectos de la aplicación retroactiva, lo que no excluye pues que, desde una perspectiva del derecho privado se pudiera defender). El legislador, en fin, no ha considerado oportuno clarificar definitivamente esta cuestión en la reforma. El tema seguirá, pues, abierto por un tiempo si no cambian radicalmente las cosas, aunque hay que anotar que un sector de la doctrina está abriendo una línea de análisis muy interesante que habrá que seguir en el futuro ²³.

Un último punto del que me querría ocupar es el del **importe de la responsabilidad y a quién ha de satisfacerse**. La LC se refiere a los importes no satisfechos en la liquidación, lo que ha provocado la duda de si incluiría también las deudas de la masa, cosa que parece razonable para no afectar al principio de prededucción ²⁴. Pero la cuestión más delicada es la de a dónde debe ir el dinero. ¿Pagan los administradores a los acreedores individuales o debe fluir el pago a la masa y, en ese caso, abonarse siguiendo los criterios de prelación establecidos en la LC? La duda surge porque los modelos de derecho comparado no son uniformes, pero creo que la respuesta

²² La cita de los trabajos referidos a la responsabilidad de los administradores y su naturaleza resultaría interminable. Un buen análisis de las diferentes posturas puede verse en BELTRÁN SÁNCHEZ, 2008 y RONCERO SÁNCHEZ, 2007, aunque resulta obligada la consulta de GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2011.

²³ V. el imprescindible trabajo de MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, 2011, cuyo interesante planteamiento y profundidad en el análisis ya se había anticipado en cierto sentido en BÁRCENA GARCIMARTÍN, 2002.

²⁴ Así, PULGAR EZQUERRA, 2011, p. 369.

satisfactoria debe asociarse al tipo de responsabilidad que se contempla. Quiero decir con ello que si la acción que se plantea es de naturaleza colectiva, permítanme la expresión, también ha de serlo la consecuencia. Sólo si el ordenamiento permite acciones individuales de los acreedores en tutela de sus créditos cuando hay un concurso, ha de admitirse que sea a ellos directamente a los que los administradores deban abonar la indemnización. En caso contrario, como sucede en el ordenamiento español, debería fluir a la masa y, probablemente, mantenerse la prelación de pagos dispuesta en la propia LC, dado que como hemos visto, no necesariamente se condenará a los administradores al pago de la totalidad de lo no satisfecho.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G., "Refinanciación bancaria y complicidad", en *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, 2009*, pgs. 213 y sigs.

ALONSO UREBA, A., "La aplicación del concepto de administrador de hecho en supuestos de concurso de sociedades integradas en un grupo y refinanciación", en *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, 2009*, pgs. 135 y sigs.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., "Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (comentario a la STS 1ª de 23 de febrero de 2011)", en *RCP*, 15, 2011, pp. 463 y sigs.

BÁRCENA GARCIMARTÍN, F.M., "Responsabilidad civil de los administradores de sociedad anónima por incumplimiento de sus deberes en caso de pérdidas: Comentario a la SAP Madrid (sección 11ª) de 28 enero 2002", en *RDS*, 19, 2002, pgs. 179 y sigs.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., "En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal: (comentario de la Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)", en *ADCo*, 14, 2008, pgs. 329 y sigs.

BONFATTI, S., "Los "paraguas protectores" de los acuerdos extrajudiciales para prevenir y superar la crisis de la empresa en las reformas de las leyes concursales española e italiana", en *RCP*, 12, 2010, pgs. 397 y sigs.

CARRASCO PERERA, A. / TORRALBA MENDIOLA, E.C., "'Schemes of arrangement" ingleses para sociedades españolas: una crítica", en *RCP*, 14, 2011, pgs. 349 y sigs.

CASTIELLO D'ANTONIO, A., "La evolución legislativa del derecho preconcursal italiano", en *RCP*, 14, 2011, pgs. 331 y sigs.

CASTIELLO D'ANTONIO, A., "Refinanciación de deuda y concesión abusiva de crédito en el derecho italiano", en *RCP*, 13, 2010, pgs. 399 y sigs.

ESCRIBANO GÁMIR, R., "El perjuicio en la acción rescisoria concursal", en *ADCo*, 10, 2007, pgs. 7 y sigs.

FERNÁNDEZ TORRES, I., "Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso: (a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)", en *RCP*, 12, 2010, pgs. 257 y sigs.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "La responsabilidad concursal", en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2011, pgs. 305 y sigs.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Administradores sociales y administradores de hecho", en *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, 2010, pgs. 527 y sigs.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La eficacia en España de los "schemes of arrangement" ingleses", en *RCP*, 13, 2010(a), pgs. 383 y sigs.

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal", en *ADCo*.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Refinanciación de deuda y perjuicio patrimonial: (un apunte crítico de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007)", en *RCP*, 10, 2009, pgs. 295 y sigs.

GUTIÉRREZ GILSANZ, J., "Comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio", en *RDM*, 276, 2010, pgs. 645 y sigs.

LATORRE CHINER, N., "Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008).", en *RDS*, 32, 2009, pgs. 389 y sigs.

LATORRE CHINER, N., "El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA", en *RDM*, 253, 2004, pgs. 853 y sigs.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, 2003.

MARTÍN REYES, M.A., "El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal", en *RCP*, 12, 2010, pgs. 167 y sigs.

PEROCHON, F., "El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de Salvamento (Sauvegarde) de las empresas", en *RCP*, 8, 2008, pgs. 79 y sigs.

PULGAR EZQUERRA, J., "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación", en *Revista De Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales De Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 14, 2011, pgs. 25 y sigs.

PULGAR EZQUERRA, J., "Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL/2009...", en *Implicaciones financieras de la ley concursal: adaptado al real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, 2009(a)*, pgs. 49 y sigs.

PULGAR EZQUERRA, J., "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 RDL 3/2009", en *RCP*, 11, 2009(b), pgs. 45 y sigs.

PULGAR EZQUERRA, J., "Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de «escudos protectores» y el fraude del art. 10 de la Ley del mercado hipotecario", en *Diario La Ley*, 6963, 2008.

PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del derecho concursal comparado y español: (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Madrid, 1994.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La responsabilidad societaria en el seno del concurso: marco de relaciones con la responsabilidad concursal", en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2011, pgs. 391 y sigs.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones", en *RCP*, 10, 2009, pgs. 19 y sigs.

RONCERO SÁNCHEZ, A., "Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital: (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)", en *RCP*, 7, 2007, pgs. 143 y sigs.

SACRISTÁN BERGIA, F., "El marco de las relaciones entre el concurso de acreedores y la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada", en *RCP*, 7, 2007, pgs. 109 y sigs.

SACRISTÁN BERGIA, F./ MUÑOZ GARCÍA, A. y SEQUEIRA MARTÍN, A.J., "La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. (La Sentencia del Juzgado de los Mercantil núm. 5 de Madrid, de 16 de febrero de 2006 como pretexto)", en *RCP*, 5, 2006, pgs. 199 y sigs.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Refinanciación y reintegración concursal", en *ADCo*, 20, 2010, pgs. 9 y sigs.

SEQUEIRA MARTÍN, A.J./ SACRISTÁN BERGIA, F. y MUÑOZ GARCÍA, A., "La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima", en *Diario La Ley*, 6610, 2006, pgs. 1 y sigs.