

## Doctrina

---

*Ana Belén Campuzano, catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad San Pablo CEU y abogada.*

### La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal

**E**l deber de lealtad impone a los administradores la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC). Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012, dado el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación. A ello se añade, al determinar el parámetro general de conducta del administrador social, la exigencia de actuación en el mejor interés de la sociedad. El deber del administrador de actuar como un representante leal en el mejor interés de la sociedad -el interés social- implica la obligación del desempeño del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros (la cuestión posee especial relevancia en el supuesto de grupo de sociedades, en lo que se ha denominado el interés del grupo; Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 y de 11 de diciembre de 2015).

En el diseño de la Ley de Sociedades de Capital, como concreción de esta cláusula general de desempeño del cargo obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, se recogen lo que se denominan obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (art. 228 LSC), partiendo de que el régimen del deber de lealtad es imperativo, por lo que no resultan válidas las

disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, lo que si se prevé expresamente es la dispensa en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias de algunas de estas prohibiciones. En concreto, se prevén dispensables algunas -no todas- de las obligaciones impuestas al administrador para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (arts. 228 e) y 229.1, salvo art. 229.1.b) LSC). No pueden considerarse dispensables, por el contrario, la mayoría de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (arts. 228 a), b), c) y d) LSC). Esa es la interpretación que se deriva de la literalidad legal que, tras contemplar las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (art. 228 LSC), con especial atención al deber de evitar situaciones de conflictos de interés (art. 229 LSC), dispone la naturaleza imperativa de este régimen, no admitiendo disposiciones estatutarias limitativas o contrarias (art. 230.1 LSC), pero admite posibles dispensas en casos singulares autorizados respecto a los supuestos previstos en el artículo 229, referido al deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 230.2 LSC). El precepto legal no extiende esta posible dispensa respecto a las obligaciones establecidas en el artículo 228 (excepción hecha de la contenida en la letra e) del artículo 228 -el deber de evitar situaciones de conflicto de interés- que es precisamente desarrollada en el artículo 229, al que sí, con carácter general -que no absoluto- se extiende el régimen de dispensa singular autorizada).

Estas previsiones resultan aplicables tanto si el beneficiario de estos actos o actividades prohibidas es el administrador, como si lo es una persona vinculada a él (art. 231 LSC). El régimen de personas vinculadas a los administradores no es sólo exigible a las abstenciones impuestas al administrador como consecuencia de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, sino que su alcance se predica, cuando resulte aplicable, respecto a todo el régimen del deber de lealtad. Así se deduce no sólo de la referencia a las personas vinculadas que se incluye en el artículo 228 c), sino, sobre todo, de que el precepto que las regula indica expresamente que tendrán esa consideración, a efectos de los artículos anteriores. En este sentido, el administrador infringe el deber de lealtad tanto si el beneficiario por los actos o conductas prohibidas es él, como si es una persona vinculada a él (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2016).

Además, el régimen imperativo relativo a la responsabilidad por la infracción del deber de lealtad se caracteriza por la amplitud de acciones previstas (arts. 227.2 y 232 LSC). De un lado, se enuncia, al establecer el deber genérico de lealtad de los administradores, que la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227.2 LSC). El precepto parte de la posible interposición de acciones de responsabilidad por daños contra los administradores. Si la actuación del administrador ha causado un daño al patrimonio social, procede el ejercicio de la acción social de responsabilidad, en la que se reconoce legitimación directa a los socios para su interposición cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad. Si el daño se ha causado al patrimonio individual de un socio o de un tercero, procede el ejercicio de la acción individual (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2016). Y añade, de forma general, que la infracción del deber de lealtad determinará también la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. De otro lado, como cierre del régimen legal establecido para el deber de lealtad, se incorpora una previsión específica referida a

las acciones derivadas de su infracción, que, de forma expresa, determina que el ejercicio de la acción de responsabilidad por daños contra los administradores (arts. 236 y ss LSC), no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad (art. 232 LSC). Es evidente, por tanto, que se pretende disponer de un amplio elenco de acciones, susceptibles de interponerse como consecuencia de la infracción del deber de lealtad del administrador social.

Pues bien, la infracción del deber de lealtad del administrador social, en los términos previstos en la Ley de Sociedades de Capital, no puede considerarse que tenga, como tal infracción de ese deber, efectos específicos en la sección de calificación concursal. Ciertamente, la sistematización legal del deber de lealtad del administrador social y la amplitud de acciones derivadas de su infracción, dan una clara idea de la relevancia que el correcto cumplimiento de este deber posee en el ámbito de la Ley de Sociedades de Capital. En consonancia con ello, la infracción de este deber podrá también tener sus oportunas consecuencias en el concurso de acreedores, aunque ello debe venir de la mano del ejercicio de las acciones previstas para su infracción, de conformidad con las reglas concursales aplicables respecto a cada una de ellas. Así, declarado el concurso de acreedores la continuación o interposición de acciones de responsabilidad por daños, enriquecimiento injusto, impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de los actos y contratos contra los administradores sociales por infracción de su deber de lealtad, se adecuará a las reglas concursales.

Sin embargo, la infracción del deber de lealtad no debe tener, como tal, incidencia específica en la sección de calificación concursal. Y ello porque la calificación del concurso como culpable procederá conforme a las causas de calificación y al sistema de esta sección recogido en la Ley Concursal. De forma que el concurso será calificado como culpable cuando concurren los elementos específicos de culpabilidad previstos y no, singularmente, por haberse producido la infracción del deber de lealtad, salvo que ésta se concrete, precisamente, en uno o varios de los supuestos que fundamentan la calificación del concurso como

culpable. De acuerdo con el diseño de la Ley Concursal, la calificación del concurso como culpable se producirá cuando la insolvencia haya sido generada o agravada con dolo o culpa grave por el deudor o, si los tuviere, por sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, por sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho o apoderados generales -en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso- así como de sus socios (arts.164.1 y 165.2 LC). Se precisa, pues, la concurrencia de dos elementos: un elemento objetivo, consistente en la generación o en la agravación de la insolvencia y un elemento subjetivo, de modo que ese resultado ha de haberse producido actuando con dolo o con culpa grave (Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de septiembre de 2018). Las evidentes dificultades para demostrar que la insolvencia ha sido causada o agravada con dolo o con culpa grave explican que se utilice la técnica de las presunciones. En unos casos, constituyen presunciones iuris et de iure de concurso culpable, es decir, se trata de hechos cuya simple concurrencia conduce a calificar necesariamente el concurso como culpable (art. 164.2 LC). En otros casos, constituyen presunciones iuris tantum de concurso culpable, es decir, hechos cuya concurrencia permite calificar el concurso como culpable, salvo que se aporte la prueba en contrario, esto es, la falta de concurrencia del elemento objetivo o del elemento subjetivo (art. 165 LC). Inicialmente, estas últimas presunciones eran de dolo o culpa grave, pero la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, vino a aclarar que se trataba de una presunción de culpabilidad del concurso, de forma que, salvo prueba en contrario, habrá que considerar que los actos indicados legalmente han generado o agravado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor. El Tribunal Supremo ha afirmado que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del artículo 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1 de la Ley Concursal. Así, afirma que contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción iuris tantum, que permite prueba en

contrario, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia. La actual redacción del precepto, realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, elimina las dudas que pudieran existir sobre esta cuestión, al prever que cuando concurren las conductas descritas el concurso se presume culpable (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017).

Dicha cuestión ha tenido oportunidad de ser tratada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017. Aunque la resolución parte de que la singularidad del supuesto que enjuicia -sociedad unipersonal en la que el socio único es la sociedad matriz del grupo y el administrador es también la propia sociedad matriz-socio único- no es el marco más idóneo para llevar a cabo una precisa delimitación conceptual de los efectos de la infracción de los deberes de los administradores sociales en la sección de calificación concursal, incluye relevantes consideraciones en este ámbito. La referida resolución judicial se refiere al supuesto de que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable del artículo 164.1 de la Ley Concursal, es decir, que cause o agrave la insolvencia de la sociedad. No se refiere expresamente la sentencia a las presunciones de culpabilidad iuris et de iure ni iuris tantum de la Ley Concursal, en tanto el alcance de dichas presunciones en la sección de calificación concursal debe ser consecuencia de su concurrencia en los términos establecidos en la Ley Concursal y no de que resulte posible considerar que alguna de estas conductas pueda constituir un incumplimiento de las obligaciones que conforman el deber de lealtad de los administradores sociales, en cuyo caso, lo que procedería es el ejercicio de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad que se recogen en la Ley de Sociedades de Capital, bajo las reglas de coordinación para la continuación o interposición de tales acciones establecidas en la legislación concursal.

Las consideraciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 se realizan respecto al artículo 164.1 de la Ley Concursal: el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de

persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2. En esta sede, se afirma que para que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable, en concreto la del artículo 164.1 de la Ley Concursal (que cause o agrave la insolvencia de la sociedad) no es indispensable que vulnere el deber de fidelidad que le imponía el artículo 127.bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente cuando sucedieron los hechos y que actualmente le impone, con la denominación de deber de lealtad, el artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital, como deber de desempeñar el cargo obrando en el mejor interés de la sociedad, deber que viene referido fundamentalmente al ámbito interno de la sociedad. En palabras de la citada resolución, lo que caracteriza la conducta del administrador prevista en el artículo 164.1 de la Ley Concursal, que determina la calificación del concurso de la sociedad como culpable, es que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del administrador. Se trata de una norma de protección de los acreedores, no de protección de la propia sociedad deudora. Es más, en ocasiones, la salvaguarda del interés social pretende realizarse a costa de sacrificios de los acreedores que les son exigibles, por lo que no es necesario que la conducta del administrador social sea contraria al mejor interés de la sociedad para que el concurso pueda calificarse como culpable. Y añade, que ciertamente, la insolvencia del deudor es un riesgo propio de las relaciones comerciales, pero cuando esta insolvencia es buscada de propósito por el administrador social o, al menos, consentida, para beneficiar a los socios o a terceros, no puede pretender que su conducta carezca de consecuencias en la sección de calificación del concurso si encaja en alguna de las causas de calificación del concurso como culpable. Por regla general, la generación o agravación de la insolvencia por una conducta del administrador dolosa o gravemente culpable supone una infracción de sus deberes de administración diligente y leal. Pero incluso si se considerara que una conducta deliberada no supusiera una infracción del deber de lealtad, por

inexistencia del elemento de ajenidad entre administrador y administrada y por imposibilidad de que se produzca un conflicto de intereses entre el socio único administrador y la sociedad unipersonal administrada, ello no supondría la ausencia del elemento de antijuridicidad en la conducta del administrador, porque esa antijuridicidad no viene determinada necesariamente por la infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora sino por el expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culpable del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores.