



## LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL DE SEPTIEMBRE DE 2022 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO DE D&O Y DE RC PROFESIONAL

**José Manuel Busto Lago**

Catedrático de Derecho civil de la UDC  
Consejero Académico de Vales y Asociados  
Secretario del Patronato de Fundación Inade



Las razones de **la aconsejable revisión de las pólizas de seguros de responsabilidad civil** tras la reforma de la Ley Concursal por las entidades aseguradoras y por los profesionales que intervienen en los procedimientos concursales.

En fecha 26 de septiembre de 2022 entró en vigor la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal fruto de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. La reforma introduce modificaciones relevantes, al menos, en dos ámbitos que afectan a los contratos de seguro de D&O -al endurecer el régimen de responsabilidad de éstos en el caso de concurso de acreedores de la sociedad de la que son administradores o directivos- y de responsabilidad civil profesional, al crear dos nuevas categorías profesionales, al lado de los administradores y mediadores concursales, cuales son la de experto para la reestructuración y la de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, con funciones plenamente determinadas y con sus consiguientes riesgos de incurrir en responsabilidad civil, susceptibles de adecuada cobertura y transferencia a la industria aseguradora a través de la suscripción de seguros de responsabilidad civil. Este seguro tiene carácter obligatorio en el caso del primero, siendo su contratación plenamente voluntaria en el caso del segundo, como seguidamente procedo a exponer.

En cuanto a las consecuencias de la reforma del año 2022 en el ámbito de los seguros de consejeros y de directivos ha de tenerse en cuenta que introduce modificaciones relevantes en la pieza de calificación del concurso de acreedores que es en la que se decide acerca de la posible responsabilidad de los administradores de la sociedad declarada en situación de concurso de acreedores. El hecho de que el art. 449 del TRLC (rubricado «informe de calificación de los acreedores») contemple ahora la legitimación activa expresa de los acreedores concursales que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros para presentar un «informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable», determina que el Juez del concurso va a contar con elementos de juicio mucho más contundentes que los habitualmente presentados por los administradores concursales a efectos de la pieza de calificación del concurso.



## LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL DE SEPTIEMBRE DE 2022 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO DE D&O Y DE RC PROFESIONAL

La reforma resulta atinada puesto que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta reforma, la norma aplicable, fruto la reforma operada por el RD-Ley 3/2009 en el art. 168 de la LC/ 2003, los acreedores de la entidad concursada personados en la sección de calificación que acreditasen un interés legítimo, tenían la consideración de parte en la sección sexta, precisando la norma que podían alegar por escrito cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable (esta es la norma que se contiene en el vigente art. 448.1 del TRLC). La reforma de 2009 pretendía solventar las dudas interpretativas que acerca de la posición del acreedor en esta sección de calificación generaba la anterior regulación, si bien no lo consiguió o no en el sentido que resultaba adecuado desde la perspectiva de los intereses de los acreedores concursales. Es cierto que alguna resolución jurisprudencial como es el caso, v.gr., de la SJM núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2010 [AC 2010\1447], consideró que el acreedor, en su condición de tercero perjudicado, personado en la sección sexta tiene la condición de parte, en pie de igualdad con la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, de suerte que puede, amén de alegar aquellos extremos fácticos y jurídicos relevante para fundar la calificación culpable, ejercitar pretensiones, «que es lo propio y caracterizador de esa condición» [la de parte], postulando la interpretación del art, 179 de la LC/2003, de manera sistemática con el contenido del reformado art. 168 de la misma LC/2003. En este mismo sentido, el Magistrado del JM núm. 1 de Oviedo, A. MUÑOZ PAREDES, afirmaba que

«la interpretación que confiere al tercero la condición de parte es, además, la que mejor se ajusta al derecho a la tutela judicial efectiva. De seguir la tesis más restringida, el auto por el que se acuerda el archivo al amparo del art. 170.1 LC realmente no estaría negando acceso al recurso, que también, sino a la propia primera instancia, en la que el juicio de constitucionalidad se exagera, por lo que estaría viciado de inconstitucionalidad, cuando menos, por falta de motivación, pues habremos de convenir que el auto no entra a resolver sobre el fondo ni puede hacerlos al no existir aún un proceso contradictorio que él mismo acaba de cercenar» (cfr. MUÑOZ PAREDES, A.: «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal», en Tratado judicial de la insolvencia [P. PRENDES CARRIL y A. MUÑOZ PAREDES, Dirs.], T. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 670-671). Sin embargo, la doctrina jurisprudencial mayoritaria no reconoció esta condición de parte a los acreedores concursales en la sección de calificación del concurso y su consiguiente legitimación para impetrar del Juez del Concurso la declaración del mismo como culpable. Esta interpretación se plasma, v.gr., en la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 9 de marzo de 2012: «la legitimación para plantear pretensiones en materia de calificación del concurso, para la determinación de personas afectadas por la misma y por complicidad y para interesar la condena de cualquiera de los implicados ha sido confiada por la ley a la administración concursal y al Ministerio Fiscal (artículo 169 de la LC/2003). Dichos órganos concursales son los que ostentan, en exclusiva, la facultad de interesar del juez del concurso los pronunciamientos que entiendan que procedan en el seno de la pieza de calificación».

Consecuencia de la reforma se septiembre de 2022 es que, tras su entrada en vigor y la relevancia que se conceder al informe de calificación de los acreedores concursales, con mucha mayor frecuencia estadística las entidades aseguradoras que den cobertura a la responsabilidad civil de los administradores tendrán que cubrir la defensa jurídica de éstos en la propia pieza de calificación en el marco de la sección 6ª del concurso, al tiempo que será también más frecuente que la sentencia que ponga fin a esta pieza de calificación concluya con la declaración del concurso como culpable. Esta declaración del concurso como culpable implica,



## LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL DE SEPTIEMBRE DE 2022 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO DE D&O Y DE RC PROFESIONAL

entre otras consecuencias vinculadas a los administradores de la sociedad concursadas y a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices en dicha sentencia, que responderán -solidariamente, o no- de los daños y perjuicios causados (art. 445.2.5º del TRLC) y, en su caso, a la cobertura, total o parcial del denominado déficit concursal: la diferencia entre el valor de los bienes y derechos de la masa activa de la sociedad concursada según el inventario realizado por la Administración Concursal y la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores (art. 456.1 del TRLC).

Adicionalmente, el nuevo art. 450.bis del TRLC establece que «en el caso de que en cualquiera de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez, en la misma resolución por la que acuerde el emplazamiento de las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o declaradas cómplices, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal». Esta previsión normativa también tendrá influencia en las coberturas a las que tendrán que hacer frente las entidades aseguradoras de directivos y administradores de sociedades mercantiles, puesto que si bien las consecuencias jurídicas vinculadas a actuaciones dolosa no están amparadas por las coberturas de los seguros de D&O, sí lo están ordinariamente los gastos de defensa jurídica en los que incurra el administrador o directivo en el seno del

procedimiento penal seguido frente a él como consecuencia de la elevación de los referidos informes por parte del Juez del Concurso al Ministerio Fiscal.

Otra novedad fruto de la Ley 16/2002 es la regulación de la transacción que prevé el art. 451.bis del TRLC, a tenor de cuya regulación, la administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que, según cualquiera de esos informes, pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices, pueden alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación, que será plenamente válido y eficaz en el caso de aprobación por el Juez del Concurso. En consecuencia, el importe que, en su caso, reconozcan los administradores de la sociedad concursada -y, en su caso, los cómplices y las personas afectadas por la pieza de calificación concursal- como indemnización de daños y perjuicios causados por su actuación tendrá relevancia en relación con la entidad aseguradora de D&O. La norma de prudencia invita a recomendar que en este acuerdo transaccional el consejero / administrador o directivo afectado y que cuente con una póliza de seguro de D&O, antes de su aceptación la ponga en conocimiento de su entidad aseguradora, pues la referida indemnización podrá estar cubierta por la póliza de seguro, al tiempo que, de manera cónsone, cualquiera de los beneficiarios del contenido económico de la transacción aprobada por el Juez podrá reclamar a la entidad aseguradora su cumplimiento / pago a través del ejercicio de la acción directa prevista en el art. 76 de la LCS, en tanto que ésta no está excluida en los seguros de D&O.

En relación con la cobertura de las indemnizaciones reconocidas transaccionalmente de conformidad con la previsión del art 451.bis del TRLC por los seguros de D&O procede traer a colación que la STS, Civil, 58/2019, de 29 de enero [RJ 2019\226] que, casando la SAP Asturias, Secc. 6ª, de 25 de abril de 2016 [JUR 2016\120025], calificó como limitativa la cláusula incluida en una póliza de seguro de D&O, en virtud de la que se excluía la cobertura de la responsabilidad por deudas tributarias de los administradores en los casos en los que la AEAT derive al administrador la responsabilidad por la



## LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL DE SEPTIEMBRE DE 2022 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO DE D&O Y DE RC PROFESIONAL

deuda tributaria de la sociedad. Argumenta atinadamente el TS que si el seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil por razón de su cargo, su cobertura no se puede limitar a la responsabilidad civil de los administradores regulada en la Ley de Sociedades de Capital (LSC), sino que alcanza también a la que se prevé en la normativa administrativa, como es el caso de la Ley General Tributaria (LGT) y, lógicamente, siguiendo este mismo razonamiento a la responsabilidad civil de los administradores fruto de las previsiones de la Ley Concursal. Considera el TS que el contenido natural de la cobertura de un seguro de D&O no se limita a la responsabilidad civil regulada en la LSC sino que alcanza también a la que se prevé en la LGT, de manera que siendo ésta una responsabilidad relativamente común es lógico que se encuentre en la previsión de quien concierne el seguro y su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa (ex art. 3 de la LCS), debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos del administrador o directivo asegurado, debiendo tenerla por no puesta y sin efecto alguno.

En efecto la cobertura del seguro de responsabilidad civil de administradores / consejeros y directivos, está constituida por los riesgos propios que se derivan del ejercicio de las funciones propias de estos cargos, cuales son: a) La responsabilidad por los daños que ocasionen al patrimonio de la sociedad en el desempeño de su cargo (acción social de responsabilidad ex arts. 236 a 240 de la LSC) o frente a terceros (socios,

acreedores, trabajadores: acción individual de responsabilidad ex arts. 236 y 241 LSC). b) La responsabilidad por deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de convocar tempestivamente la junta general o solicitar la declara el concurso de la sociedad en el caso de que la sociedad se encuentre incurso en una causa de disolución (art. 367 de la LSC). c) La responsabilidad por daños y perjuicios y por el déficit concursal vinculado a deudas impagadas en procedimientos de concurso de acreedores declarados culpables (arts. 455.2.5º y 456 del TRLC). d) La cobertura de otras responsabilidades civiles en que incurran el ejercicio de sus funciones propias, siempre que no concurre dolo en la producción del siniestro, entre las que se encuentra la responsabilidad por deudas tributarias frente a la Hacienda Pública por el incumplimiento o la demora en la ejecución de los deberes de naturales tributaria (art. 43.1 a) y b) de la LGT).

Por otra parte, la Ley 16/2002 introduce en la regulación del concurso de acreedores dos nuevas figuras, que se añaden a las tradicionales del administrador concursal (arts. 57 y ss. del TRLC) y del mediador concursal (art. 702 del TRLC): el experto para la reestructuración y el experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva.

El experto para la reestructuración es la persona (física o jurídica) que asistirá al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración y quien elaborará y presentará al Juez del Concurso los informes exigidos por la LC y aquellos otros que el Juez estime necesarios o convenientes. Su nombramiento procede a solicitud del deudor, de los acreedores que representen un parte del pasivo superior al 50% de éste y, en determinados casos a instancia del propio Juez del Concurso. El experto par la reestructuración responde por los daños y perjuicios causados al deudor o a los acreedores por infracción de los deberes de diligencia, independencia e imparcialidad y, a efectos de cubrir esta responsabilidad civil, el art. 681.2 del TRLC exige que concierte un seguro de responsabilidad civil o que, en su caso, constituya una garantía equivalente, proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto por cuya virtud el asegurador o la entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados,



## LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL DE SEPTIEMBRE DE 2022 Y SUS EFECTOS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO DE D&O Y DE RC PROFESIONAL

a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del propio experto asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados a terceros en el ejercicio de su función.

El art. 672.2.3º del TRLC exige expresamente que la solicitud de nombramiento de experto para la reestructuración vaya acompañada de la copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que tuviera concertada y vigente para responder de los posibles daños y perjuicios que el experto pudiera causar en el ejercicio propio de las funciones de su cargo. El carácter obligatorio de este seguro de responsabilidad civil determinará que las entidades aseguradoras adecúen las pólizas de seguro a los riesgos propios de esta actividad, que no entran dentro de las coberturas propias del seguro de responsabilidad civil del administrador concursal.

Frente al carácter obligatorio del seguro de responsabilidad del experto para la reestructuración y del administrador concursal (art. 67.1 del TRLC y Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales; con la sanción de inhabilitación por plazo de tres años en el caso de que acepte el cargo si tener suscrito el referido seguro, ex art. 70 del TRLC); en el caso del experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva no se contempla la exigencia de concertar un seguro de responsabilidad civil para responder de los daños y perjuicios que pueda ocasionar a terceros como consecuencia del

ejercicio de su actividad profesional, sin perjuicio de la viabilidad y bondad (desde la perspectiva del experto y de terceros que se relacionen con él) de concertar un seguro de esta naturaleza (un seguro voluntario de responsabilidad civil).

Las funciones propias del experto para recabar ofertas de adquisición de unidades productivas en el marco del proceso conocido como «pre-pack» consisten en recabar ofertas de terceros interesados en la adquisición de una o varias unidades productivas que formen parte de la sociedad en situación de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual (art. 224.ter del TRLC); debiendo velar porque la venta se haga al mayor precio posible, con la finalidad de ayudar a mantener la viabilidad económica de la sociedad o a transferir la unidad económica o la sociedad de la manera más eficiente posible para los implicados en la operación y con el pago del precio al contado.

Aun cuando el hecho de haber sido nombrado como experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva es plenamente compatible con el posterior nombramiento, en su caso, como administrador concursal de la misma sociedad, las atribuciones y funciones son diferentes y, en consecuencia, también los riesgos asumidos y los instrumentos adecuados para la cobertura de los mismos, en virtud de las pólizas de seguro de responsabilidad civil que los contemplen. En efecto, las pólizas de seguro concertadas por el administrador concursal no cubrirán, ordinariamente (tanto por mor de las funciones específicas, como por razón de cobertura temporal), los riesgos en los que haya incurrido como consecuencia de su actuación como experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, aun cuando se trate de la misma sociedad y de nombramientos y actuaciones sucesivas y concatenadas en el tiempo. La demanda de este tipo de pólizas de responsabilidad civil y de la adecuación de sus coberturas a los riesgos típicos de esta actividad debe determinar su preparación y la oferta de las mismas dentro de los productos típicos de cobertura de la responsabilidad civil profesional.

**José Manuel Busto Lago**

*Catedrático de Derecho civil de la UDC  
Consejero Académico de Vales y Asociados  
Secretario del Patronato de Fundación Inade*