

La Directiva 2019/1023 (VI): deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, obliga a los administradores sociales a establecer mecanismos de alerta temprana que permitan detectar dificultades financieras indiciarias de la insolvencia de la sociedad. En este contexto deberán adoptar medidas para evitar la insolvencia tomando en consideración no sólo el interés de los socios, sino también los intereses de los acreedores y otros interesados.

1. Planteamiento

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, parte de la base de que uno de elementos fundamentales para la consecución de sus objetivos es el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora próxima a la insolvencia. Por eso dispone que las autoridades judiciales y administrativas, a la hora de evaluar si dichos administradores obraron con la diligencia debida en el desempeño de su cargo, deben tener en cuenta los deberes que la propia directiva les impone para proteger a los distintos interesados, si bien, al menos formalmente, se deja libertad a los Estados miembros para determinar el orden de protección de tales intereses (cfr. considerandos 70 y 71).

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

El artículo 19 exige a los Estados miembros que se cercioren de que, *en caso de insolvencia inminente*, los «administradores sociales» tomen «debidamente» en cuenta «como mínimo [...] a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa».

El texto aprobado contiene algunos cambios respecto del artículo 18 de la propuesta de directiva del 2016. En primer lugar, se elimina el requisito consistente en regular esta materia mediante normas de contenido concreto y determinado (los Estados miembros «establecerán normas», decía la propuesta) y se permite por tanto hacerlo mediante cláusulas generales o estándares, que servirán siempre que el conjunto del ordenamiento del Estado consienta concluir que la evitación de la insolvencia, la consideración de los distintos intereses afectados por ella y la conservación de la empresa viable sea un comportamiento vinculante para los administradores bajo sanción de responsabilidad. En segundo lugar, se elimina la referencia al deber de evitar o reducir las pérdidas para los distintos interesados, una terminología que estaba muy vinculada a la regulación inglesa sobre *wrongful trading* y a la tradición jurídica anglosajona que desaparece por razones obvias. También se produce un cambio en el ámbito subjetivo de aplicación, como veremos a continuación.

2. **Ámbito subjetivo de aplicación: los administradores sociales**

El ámbito subjetivo de aplicación del artículo 19 de la directiva se circunscribe a los administradores sociales. Aunque en alguna ocasión se identifica simplemente con los «directivos» (*cfr.* el considerando 73), probablemente se trate de un vestigio de la propuesta de directiva del 2016, que de forma generalizada utilizaba el término «directivos» como sujetos obligados para referirse a los «responsables de la toma de decisiones relativas a la gestión de la empresa» (cdo. 36 de la propuesta).

Desde luego, en el caso de los empresarios que adopten la forma de sociedades de capital, no cabe duda de que los destinatarios de los deberes que impone la directiva son los miembros del órgano de administración (*cfr.* el título del capítulo 5 «Obligaciones de los administradores sociales»). No obstante, la aplicación de normas de responsabilidad debe efectuarse en todo caso sobre las personas que ejerzan el poder de decisión (binomio poder-responsabilidad), lo que aconseja extender su ámbito de aplicación a quienes ocupen posiciones equivalentes, como los liquidadores, los administradores o liquidadores de hecho y el alto directivo a quien el Consejo de Administración haya atribuido la gestión diaria (art. 236.4 LSC) y que la Ley Concursal (LC) denomina «apoderado general» (arts. 164, 172 *bis* LC).

3. **Ámbito objetivo o funcional: la insolvencia inminente**

El tenor literal de la directiva sitúa en la «insolvencia inminente» el contexto en el que surgen los deberes de los administradores sociales a que se refiere el artículo 19 («Obligaciones de

los administradores sociales en caso de insolvencia inminente»). Según el artículo 2.2, este concepto se entenderá conforme con la normativa nacional, que en el derecho español se designa como la situación en que el deudor «prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» (art. 2.3 LC). La doctrina entiende que el horizonte temporal de la previsión para determinar si el deudor entrará en estado de insolvencia actual depende de las circunstancias de cada caso, si bien generalmente no debería superar los dos años.

En este sentido, conviene tener en cuenta que el *considerando 70* concibe la reestructuración preventiva como una de las medidas que los administradores deben adoptar para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia cuando la sociedad experimente «dificultades financieras» y que el *considerando 24* establece que el marco de reestructuración debe estar disponible «antes» de que el deudor se encuentre en una situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, esto es, cuando «el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador», lo que hay que entender referido al estado de insolvencia actual.

En nuestra opinión, una interpretación de la directiva conforme con su sentido y finalidad permite llegar a la conclusión de que los administradores deben reaccionar cuando detecten —o debieran haber detectado— dificultades financieras indiciarias de una insolvencia inminente. Es a partir de ese momento cuando deben adoptar medidas (en su caso de reestructuración) para evitar que la sociedad incurra en estado de insolvencia (*cfr. considerando 20*: «Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación»); han de ser medidas que tomen en consideración todos los intereses concurrentes y, señaladamente, protejan la conservación de la empresa viable.

4. La actividad gestora en la proximidad a la insolvencia

La directiva establece que los Estados miembros deben garantizar que los administradores, en caso de insolvencia inminente, cumplan sus funciones tomando en consideración no sólo los intereses de los socios («tenedores de participaciones»), sino también los intereses de los acreedores y «otros interesados», concepto que generalmente se anuda a intereses de todo tipo vinculados al desarrollo de una actividad empresarial (comunidad, proveedores, trabajadores, etcétera).

Con ello el legislador comunitario incide en una cuestión compleja, sensible y de hondo calado, como es la determinación del fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia. La necesidad de tomar en consideración la posición de los distintos grupos de intereses implica que resultará antijurídica la conducta de quienes sólo tomen en consideración los intereses de uno de los grupos afectados por la regulación en detrimento de otros. Por ejemplo, no sería

jurídicamente correcta la decisión adoptada en interés exclusivo de los socios (v. gr., el rechazo de la transacción de un litigio cuando lo obtenido permitiría cobrar a los acreedores, pero no permitiría recobrar una cuota de liquidación a los socios), ni siquiera cuando esa decisión se adopte mediante un acuerdo de instrucciones válidamente emitido por la junta general de socios, que habría que calificar de ilícito. Del mismo modo, no es aceptable una decisión de gestión que sólo proteja los intereses de los acreedores sin tomar en consideración los de los socios o los de los trabajadores, teniendo en cuenta que el legislador comunitario parte de la necesidad de procurar la continuidad de la actividad de las empresas o unidades productivas viables (v. gr., se acepta una oferta de compra de activos y se rechaza la venta de la unidad productiva —a precio inferior, pero con continuidad de la empresa—).

Se trata de una cuestión que se debe valorar caso por caso, que requiere una ponderación justa de los intereses en juego y que, en definitiva, deberán realizar *a posteriori* los jueces. Esto requiere que los administradores se esfuercen en emplear un procedimiento de decisión informado, adecuado y documentado que permita luego llevar a cabo el seguimiento. El escrutinio judicial no debería verse limitado sino en los términos de la protección del margen de discrecionalidad empresarial del artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Es decir, analizar el impacto que la decisión adoptada tendrá en los distintos grupos de intereses no es una cuestión estratégica o de negocio. Sí lo es, obviamente, valorar la continuidad de la actividad empresarial o las medidas de reestructuración que se deban adoptar.

5. ¿Es necesaria una reforma legal?

La legislación comunitaria exige que los Estados miembros se aseguren de que los administradores cumplan sus deberes de tomar medidas dirigidas a evitar la insolvencia (reconocimiento temprano de la crisis, previsión de situaciones de sobreendeudamiento o falta de liquidez, etcétera), tomen en consideración todos los intereses concurrentes y procuren la conservación de la empresa viable. Esto requiere que los Estados dispongan de normas con suficiente eficacia preventivo-punitiva, que en nuestro ordenamiento jurídico habría que situar en el sistema normativo correspondiente a la calificación concursal (arts. 164 y ss. LC).

Si es necesaria una reforma o no, depende de cómo se interpreten las normas sobre calificación culpable del concurso. Desde luego, si la cláusula general de concurso culpable del apartado 1 del artículo 164 se interpreta como un comportamiento doloso o culpable grave desde un punto de vista subjetivo («dolo o culpa grave») causalmente enlazado con la producción de un daño al patrimonio del deudor en detrimento de sus acreedores («generación o agravación de la insolvencia») habrá que reformar la ley, porque no resultaría una regulación adecuada: pueden darse comportamientos que perjudiquen los intereses jurídicamente protegidos por esta regulación sin causar un daño al patrimonio del deudor.

En nuestra opinión, sin embargo, se debe desvincular la calificación culpable del concurso

de la idea de que la generación o agravación de la insolvencia consiste en causar un daño al patrimonio del deudor. El juicio de calificación concursal es un juicio de antijuridicidad que no requiere identificar la producción de un daño patrimonial concreto, sino simplemente un comportamiento doloso o culpable grave (contrario a un estándar de gestión ordenada) que perjudique de modo objetivamente imputable (previsible) la posición jurídica de los titulares de intereses jurídicamente protegidos por la regulación concursal en su conjunto (que hubiera mediado en la generación o agravación de la insolvencia). Si además ese comportamiento ha causado un daño patrimonial concreto o ha provocado una traslación indebida del riesgo de insolvencia de la sociedad, determinará la imposición de las consecuencias indemnizatorias o de reintegración del déficit que estén previstas para el caso de calificación culpable del concurso.

La normativa concursal protege una pluralidad de intereses que anuda al concepto de «interés del concurso», a cuya consecución se debe orientar desde luego la administración del patrimonio del deudor concursado (arts. 43 y 44 LC), pero también la gestión del deudor en una situación de proximidad a la insolvencia. Entre esos intereses se encuentran los del deudor (en realidad, de los socios), los de los acreedores como titulares de derechos de crédito —que comprenden no sólo facultades de orden patrimonial, sino también funcional y de defensa de su posición jurídica (derecho a elegir la solución del concurso más adecuada a sus intereses)— y los de los trabajadores y otros interesados vinculados a la actividad empresarial desarrollada por el deudor (venta de la unidad productiva, continuidad de la actividad empresarial como regla). Hace tiempo ya que se subordinaron los intereses de los socios que estén *out of the money* incluso en la proximidad a la insolvencia (*cfr.* la obstaculización de acuerdos de refinanciación orientados a dar viabilidad a una empresa).

Sobre la base de lo anteriormente expuesto se puede llegar a dos conclusiones: que en nuestro ordenamiento jurídico ya es obligatorio adoptar medidas para evitar la insolvencia (incluso la inminente) que procuren la consecución de la actividad empresarial viable y que podría calificarse de culpable el concurso si los administradores del deudor perjudicasen en la proximidad a la insolvencia cualquiera de los intereses jurídicamente protegidos por la Ley Concursal que el legislador anuda al concepto de ‘interés del concurso’. En estas condiciones, en nuestra opinión, la vigente regulación concursal resultaría suficiente para cumplir el mandato de la directiva sin necesidad de transposición.