

La responsabilidad por deudas de los administradores a raíz del COVID-19

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se exponen los deberes y la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por la continuación de la actividad empresarial durante la suspensión temporal de los deberes legales de promoción de la disolución o el concurso. En particular, se analiza dicha responsabilidad frente a los denominados «nuevos acreedores».

1. Introducción

La normativa recientemente dictada en España para hacer frente al COVID-19 comprende un conjunto de normas dirigidas a procurar que las empresas dispongan del tiempo necesario para adoptar medidas de reestructuración y saneamiento tanto de su situación patrimonial como de su situación financiera, en su caso, mediante las ayudas públicas que el Estado ha puesto a su disposición.

En el caso de las sociedades de capital, además de ciertas medidas que expirarán en cuanto termine el estado de alarma, se han adoptado dos reglas que tienen gran importancia para los operadores y, en particular, para las sociedades de capital: 1) la suspensión del deber legal de promover la disolución por pérdidas hasta el cierre del ejercicio del 2021 y 2) la suspensión del deber legal de solicitar el concurso de acreedores hasta el próximo 31 de diciembre del 2021.

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.

En las líneas que siguen analizaremos el contenido de las normas que disponen la suspensión del deber de promover la disolución y, quizá más importante, la situación en la que quedan los administradores de las sociedades de capital en este contexto desde el punto de vista de sus deberes y su responsabilidad.

2. Reglas vigentes hasta la terminación del estado de alarma

Durante la vigencia del estado de alarma, conforme a lo dispuesto en los apartados 11 y 12 del artículo 40 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, está suspendido el plazo para convocar junta general en caso de concurrencia de causa legal de disolución surgida antes del estado de alarma y durante el estado de alarma.

La norma dispone también la suspensión de la responsabilidad por las deudas sociales contraídas durante el estado de alarma para causas de disolución acaecidas durante ese periodo. Aunque su tenor literal no lo comprende, parece claro que tampoco habrá responsabilidad por deudas posteriores al estado de alarma de sociedades incursas en causa de disolución antes del estado de alarma. No puede darse tal responsabilidad si está suspendido el plazo legal de convocatoria de la junta general para acordar la disolución por razones no imputables al administrador. Concorre un caso fortuito que excluye la culpa en un sentido subjetivo, que es un presupuesto de la responsabilidad del administrador incluso en la responsabilidad por deudas del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Estas normas decaerán por lo que toca a su vigencia en cuanto se termine el estado de alarma. En ese momento habrá que reanudar el cómputo del plazo pendiente para convocar junta general (o para solicitar la disolución judicial, se entiende) si la sociedad estaba incursa en causa de disolución antes del estado de alarma (generalmente por pérdidas del ejercicio del 2019). Cesará también el «escudo protector» para las obligaciones contraídas durante el estado de alarma por sociedades incursas en causas de disolución anteriores al estado de alarma que hubieran incumplido sus deberes de promoción de la disolución antes del estado de alarma.

Dicho esto, para el resto de los supuestos hay que analizar la suspensión de la causa de disolución por pérdidas que extiende su vigencia más allá del estado de alarma y, concretamente, durante el resto del ejercicio 2020 y hasta el cierre del ejercicio 2021.

3. La suspensión de la causa de disolución por pérdidas

El artículo 18 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, dispone la «suspensión de la causa de disolución por pérdidas» de las sociedades de capital en los siguientes términos:

Artículo 18. Suspensión de la causa de disolución por pérdidas.

G A _ P

1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1e del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada ley, la celebración de junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.
2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en el presente real decreto ley.

La finalidad de esta norma es suspender la causa de disolución por pérdidas de las sociedades de capital españolas durante un periodo de tiempo que se ha considerado suficiente como para permitir que reestructuren su deuda (por ejemplo, mediante la conversión de deuda ordinaria en deuda participativa) o que puedan compensar las pérdidas sufridas durante el ejercicio del 2020 con los resultados del ejercicio del 2021 mediante la continuación de la actividad ordinaria.

Es una norma dirigida a suspender el deber de los administradores de promover la disolución por pérdidas (aunque también el derecho de los socios o terceros a solicitar tal disolución) y por eso deja expresamente a salvo el deber legal de solicitar el concurso de acreedores en caso de insolvencia actual (que a su vez está suspendido hasta el 31 de diciembre del 2020).

Desde nuestro punto de vista, el resultado en cuanto a su aplicación en la práctica es el siguiente:

- a) Al formular las cuentas del 2020 (generalmente, en marzo del 2021) no se computarán las pérdidas del presente ejercicio a los efectos de promover la disolución. Esta regla, prevista en el inciso 1 del apartado 1 del artículo 18, se refiere exclusivamente al ejercicio del 2020.
- b) Al formular las cuentas del 2021 (generalmente, en marzo del 2022) y no en un momento intermedio, los administradores deberán constatar si, a la vista del resultado del ejercicio, el patrimonio neto es inferior a la mitad del capital social. En este caso, como advierte el inciso 2 del apartado 1 del artículo 18, los administradores deberán promover la recapitalización de la compañía o su disolución (o, como alternativa, el concurso) en los plazos del artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como se ha señalado, se trata de analizar al cierre del 2021 si la continuación de la actividad ordinaria más las medidas de reestructuración de la deuda o de saneamiento que se hayan adoptado han permitido compensar las (previsibles) pérdidas del 2020 que deberán tenerse

en cuenta en el cómputo. Si se ha conseguido revertir la situación, no habrá obligación de disolver. Si no es así, se activarán los plazos legales y la responsabilidad por deudas derivada del incumplimiento del deber de promover la disolución.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la obligación de solicitar el concurso si la sociedad incurre en estado de insolvencia actual, al menos a partir del 31 de diciembre del 2020, cuando se levante la suspensión de este deber legal establecida en el artículo 11 del Real Decreto Ley 16/2020.

4. Los deberes de los administradores y las pérdidas

El resultado que tiene esta regulación en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores es muy relevante. La suspensión de los deberes legales de contenido concreto (societarios o concursales) obligará a enjuiciar el comportamiento de los administradores conforme a los estándares generales de diligencia, teniendo en cuenta además que el propio legislador contempla como un comportamiento básicamente permitido la continuación de la actividad ordinaria aunque se causen nuevas pérdidas y aunque se contraigan nuevas deudas.

Con todo, el análisis no puede llevarse al extremo de considerar que se ha ofrecido «carta blanca» para que los administradores de las sociedades afectadas por la crisis del COVID-19 puedan actuar como les plazca y libres de toda responsabilidad.

En primer lugar, es necesario informar a los socios, ya que no se ha derogado el deber de convocar la junta general siempre que ello sea conveniente para el interés social (art. 167 LSC). Otra cosa es que dicha convocatoria, por su publicidad y en casos muy puntuales, pudiera afectar negativamente a la consecución de una operación de reestructuración o saneamiento, en cuyo caso habría que valorar lo más conveniente para el interés social. Si los socios no son informados de la concurrencia de causa de disolución, habrá responsabilidad por las pérdidas sufridas por la sociedad desde ese momento.

En segundo lugar, la suspensión de los deberes de promoción de la disolución se justifica en ofrecer a los operadores un tiempo para reestructurar la deuda y compensar las pérdidas con la actividad ordinaria acompañada de medidas de saneamiento, pero esto requiere realizar un test de viabilidad y elaborar un plan de recuperación que facilite la conservación de la empresa como unidad económica en funcionamiento, en su caso, mediante la adopción de medidas de saneamiento.

Todo el escenario es muy favorable a los administradores, no sólo porque es aplicable en este ámbito la regla de la discrecionalidad empresarial, sino también porque el propio legislador tiene una expectativa razonable de que, mediante las medidas de saneamiento a disposición de las empresas, la situación de desbalance patrimonial que concurra al cierre del ejercicio del 2020 se podrá revertir al cierre del ejercicio del 2021. Los administradores también pueden,

en línea de principio, confiar en esa recuperación mediante un análisis razonable y documentado. Sobre la base de todo lo anterior —y a diferencia de lo que ocurre cuando se incumplen deberes legales de promoción de la disolución o el concurso—, cumplidos los anteriores requisitos (test de viabilidad, plan de recuperación, etcétera), ni los socios ni los acreedores podrán exigir responsabilidad por las pérdidas sufridas por la sociedad durante este periodo.

En todo caso, si el resultado de ese análisis prospectivo de la situación es (o debió haber sido, empleando la más mínima diligencia) que la crisis es irreversible y la sociedad no será capaz de recuperarse, entonces lo diligente será promover «voluntariamente» la disolución o el concurso. Evidentemente, las compañías que ya estaban incursas en causas de disolución o insolvencia antes del COVID-19 tendrán pocas perspectivas de revertir una situación que ya era negativa, y todo esto hay que tenerlo en cuenta en el análisis *ex ante* o *ex post* de la situación. El incumplimiento de este deber estará sancionado con la responsabilidad (por daños) correspondiente según las reglas generales.

5. Responsabilidad frente a nuevos acreedores

La situación más conflictiva se refiere a la contratación con nuevos acreedores. Durante todo este periodo habrá sociedades que actuarán válidamente en el tráfico, habiendo sufrido pérdidas graves y, al menos hasta el 31 de diciembre del 2021, incluso en situación de insolvencia actual. Esas sociedades contraerán nuevas obligaciones o recibirán prestaciones basadas en contratos ya suscritos y es probable que todas o algunas de esas obligaciones no se pagarán llegado al vencimiento.

En este contexto, los «nuevos acreedores» no dispondrán de la posibilidad de promover la acción del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (responsabilidad por deudas derivada del incumplimiento del deber de promover la disolución) y se plantearán promover una acción individual por daño directo del artículo 241 de dicha ley.

En relación con este escenario, cabe exponer las siguientes consideraciones:

- a) En cuanto al fundamento de la acción, es evidente que no se podría alegar la mera infracción de los deberes legales de promover la disolución o el concurso, porque la vigencia de las normas que imponen esos deberes está suspendida.
- b) Sólo será posible atribuir responsabilidad por falta de diligencia al administrador que, siendo la empresa inviable de forma irreversible o no habiendo adoptado medida alguna de saneamiento, permite que la sociedad continúe en el tráfico generando nuevas pérdidas o contrayendo obligaciones (contractuales o extracontractuales). El administrador que, debidamente informado o asesorado, aprovecha la «ventana temporal» ofrecida por el legislador para procurar la recuperación de la empresa sobre la base de un plan de saneamiento, cumple con sus deberes de conducta y no tiene obligación de informar a sus

proveedores sobre la situación patrimonial o financiera de la compañía. En ausencia de infracción de un deber legal de solicitar la disolución o el concurso, el riesgo de impago recae sobre el acreedor y no se puede trasladar sin más sobre los administradores.

- c) La acción individual, por tanto, sólo se podrá fundamentar en el dolo (incluido el *dolo in contrahendo*) o en la denominada *culpa in contrahendo* y sólo la pueden interponer acreedores contractuales y no extracontractuales.

El dolo consiste aquí en suscribir un contrato o permitir que un tercero, no estando obligado a ello por un contrato anterior, realice una prestación a favor de la sociedad (o comprometerse la sociedad a realizarla a favor de ese tercero) conociendo que, llegado el vencimiento, no podrá cumplir lo prometido. No es lo mismo saber que la sociedad está en situación de sobreendeudamiento o insolvencia actual y que, por tanto, existe un riesgo de impago al vencimiento, que tener la certeza de que la sociedad no podrá cumplir llegado el vencimiento.

También es posible que haya *dolo in contrahendo* (se facilitan informaciones falsas sobre la situación patrimonial y financiera) o *culpa in contrahendo*, es decir, la creación de una especial confianza personal en el tercero respecto del hecho de que la sociedad cumplirá llegado el vencimiento. Todos estos presupuestos los deberá probar el demandante

- d) El daño indemnizable no se puede identificar con la totalidad de factura. Cuando un nuevo acreedor demanda mediante la acción individual, no cabe reclamar el importe total de la factura o crédito impagado, sino que sólo es indemnizable como daño directo (art. 241 LSC) el interés contractual negativo. Dicho de otro modo: hay que dejar al acreedor en la misma situación que estaría de no haberse suscrito el contrato o realizado la prestación a favor de la sociedad. Esa es la regla general que, obviamente, tiene excepciones (*v. gr.*, un acreedor que perdió otra oportunidad de negocio con un cliente solvente).
- e) Las anteriores consideraciones «valen» en tanto en cuanto la sociedad no incurra en insolvencia actual y surja el deber legal de solicitar el concurso a partir del 31 de diciembre del 2020. A partir de ese momento, las demandas (por pérdidas o frente a nuevos acreedores) volverán a fundamentarse en el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso y no será necesario apelar al dolo como fundamento de la responsabilidad.