

## Doctrina

---

*Por Cecilio Molina Hernández, profesor adjunto de Derecho mercantil de la Universidad San Pablo CEU.*

### La responsabilidad de los administradores en los supuestos de insolvencia inminente: ¿necesidad de cambio?

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), en su Considerando 70, y en relación a los marcos de reestructuración preventiva, se establece que “es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables”.

En concreto, si la sociedad experimenta dificultades financieras, los administradores sociales, en palabras de la Directiva, deberán tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como son las siguientes:

- Buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo, utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda.

- Proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave.

- Examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos.

- Evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada.

- Seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento.

- Mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva.

Sin duda alguna, todas estas medidas son manifestaciones presentes en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea en el ámbito del derecho de sociedades, y, más concretamente, en el régimen del deber de lealtad, en el entorno de las sociedades cotizadas y en el informe del buen gobierno de las sociedades cotizadas y en nuestro derecho de la insolvencia.

A partir de ahí, el artículo 19 de la referida Directiva señala que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales deberán tomar debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente:

- 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.

En mi opinión, considero que nuestro ordenamiento societario y concursal cuenta con unos adecuados instrumentos de responsabilidad de los administradores, en vía societaria y concursal, que pueden trasladarse, sin problema, a las situaciones de preinsolvencia o insolvencia inminente. Para ello, comenzamos esta idea, partiendo del régimen de la responsabilidad civil o por daños y, más concretamente, del contenido de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores.

El deber de diligencia ha sufrido una modificación como consecuencia de la Ley 5/2021, donde se ha introducido que el administrador deberá “subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”. Consciente de las múltiples críticas que ha recibido este precepto, por considerarlo reiterativo al hilo del deber de lealtad, valoro positivamente la incorporación que, sobre este precepto, se ha realizado y, a mi parecer, en conexión con la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia inminente. En concreto, las recomendaciones 255 y 256 de la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia, por las que se prevé que los administradores sociales quedarán obligados a tener debidamente en cuenta los intereses de los

acreedores y demás interesados y a adoptar medidas razonables para: a) evitar la insolvencia; y b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance. Esas medidas, previstas en la segunda de las dos recomendaciones, se asemejan a las contempladas en el Considerando 70 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

En segundo lugar, en el marco del deber de la lealtad, se prevé que el administrador societario actuará de buena fe en el interés de la sociedad; en este sentido, el interés de la sociedad se entiende respecto de cualquier circunstancia, como también, lógicamente, en situaciones de insolvencia inminente. Si, como consecuencia de las actuaciones de los administradores, la sociedad termina en concurso, y nos encontramos con un perjuicio para la propia sociedad, los accionistas o los acreedores, nuestro ordenamiento contempla el ejercicio de las acciones social e individual de responsabilidad.

Por último, en tercer lugar, la responsabilidad de los administradores ante la concurrencia de una causa legal de disolución, contemplada en el artículo 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se encuentra en este momento ante una posible modificación, contenida en el Anteproyecto de reforma de Ley Concursal. En este sentido, siguiendo el contenido actual del precepto, se incorpora la siguiente previsión como apartado tercero del artículo: *No obstante el previo acaecimiento de causa legal o estatutaria de disolución, los administradores de la sociedad no serán responsables de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento, si en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o de la aceptación el nombramiento, hubieran comunicado al Juzgado la existencia de*

*negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubieran solicitado la declaración de concurso de la sociedad. Si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses se reanuda desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.*

Por todo ello, y toda vez que esta reforma es la que debiera recoger la reclamada responsabilidad de los administradores en situaciones de preinsolvencia, concluyo que nuestro sistema legal actual, en relación con la responsabilidad de los administradores, ya sea concursal o preconcursal, cuenta con los elementos y mecanismos suficientes para cuestionar su diligencia y lealtad ante situaciones de pérdidas económicas, conducentes a una situación próxima a la insolvencia inminente y/o actual.