

LA HIBERNACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA Y POSTALARMA Y SU PROYECCIÓN EN LA DERIVACIÓN DE DEUDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

THE HIBERNATION OF THE RESPONSIBILITIES OF THE ADMINISTRATORS DURING THE ALARM AND POSTALARM STATUS AND THEIR PROJECTION IN THE DERIVATION OF LABOR AND SOCIAL SECURITY DEBTS*

Amparo Esteve-Segarra**
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Responsabilidades y medidas de protección de los administradores. –2. Vías más usuales para derivar responsabilidades a los administradores por deudas laborales y de Seguridad Social; 2.1. La acción por deudas sociales posteriores a una causa de disolución; 2.2. La responsabilidad por la existencia de un concurso culpable. –3. La congelación parcial de las responsabilidades de los administradores durante la pandemia; 3.1. La no obligación de solicitar el concurso; 3.2. La no obligación de convocar la junta general durante el estado de alarma; 3.3. La responsabilidad por deudas contraídas durante el estado de alarma y la suspensión temporal de la causa de disolución por pérdidas. –4. Conclusiones.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar las posibles responsabilidades por créditos laborales y de seguridad social que pueden reclamarse a administradores y directivos como consecuencia de la crisis económica del coronavirus. Se traza el estado de esta cuestión tras las previsiones establecidas para empresas en situación de insolvencia, en particular a partir de la no obligación de declararse en concurso, convocar la junta general cuando exista causa de disolución o la suspensión temporal de la obligación de disolución de pérdidas.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the possible responsibilities for labor and social security credits that can be claimed from administrators and executives as a result of the economic crisis of the coronavirus. The status of this issue is traced after the provisions established for companies in insolvency, in particular from the non-obligation to file for bankruptcy, to convene the general meeting when there is cause for dissolution or the temporary suspension of the loss dissolution obligation.

Palabras clave: Responsabilidad, Administradores y Directivos, deudas laborales y de seguridad social, crisis del coronavirus, concurso de acreedores.

Key words: Liability, Directors and officers, labor and social security debts, coronavirus crisis, bankruptcy.

*Recibido el 16 de diciembre de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.

El artículo recoge la participación en la mesa del debate del Coloquio de Otoño del 2020 de la AEDTSS organizado por ésta y por la Universidad Jaime I de Castellón.

** Profesora Titular de Universidad. Magistrada Suplente TSJ de la Comunidad Valenciana.

1. RESPONSABILIDADES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Desde la declaración en España del primer estado alarma por la pandemia decretado el 14 de marzo de 2020 se han aprobado una serie de normas con la finalidad de tratar de evitar una destrucción sin precedentes del tejido productivo y proteger el patrimonio de los administradores societarios. Estas normas han alterado las reglas generales contenidas en normas mercantiles ante situaciones de insolvencia empresarial. Tanto el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en adelante TRLC), como en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) se ha tendido a proteger el interés de los acreedores y del mercado, estableciendo medidas de gestión leal de los administradores y, en caso de incumplimiento, con posible afectación de su patrimonio empresarial. Se trataría esencialmente de instar temporáneamente el concurso, o la disolución, buscando hacer desaparecer por los cauces legales a las empresas insolventes, para no llamar a engaño a terceros de buena fe. Sin embargo, desde el 2020 la acciones para responsabilizar a los administradores se habrían rebajado por la vía de desactivar alguno de los presupuestos que permitiría utilizarlas.

En otros países europeos también se han introducido medidas similares, con la misma lógica de dar flexibilidad a las sociedades y sus administradores en las difíciles circunstancias de la crisis económica provocada por el COVID-19¹. En España, los concursos instados por un deudor podrían solicitarse, si bien, no existía la obligación de presentarlos, pero se ha impedido a los acreedores presentar concursos necesarios. La moratoria en la obligación de solicitar un concurso habría provocado un efecto curioso, al que los medios de comunicación denominarían como el espejismo en los concursos, al solicitarse un 15% menos que en el año 2019. Ello implica que las medidas de contención o congelación de los concursos han resultado exitosas, al menos desde la perspectiva estadística. Pero al mismo tiempo, la otra cara de la moneda es que se puede producir una descongelación violenta de todos los concursos no solicitados durante el primer año de la pandemia, que simplemente retrase el hundimiento de un buen número de empresas. Y es que el análisis de los procedimientos concursales evidencia que, pese a todos los intentos del legislador, suelen acabar en la liquidación de las sociedades.

Otro elemento que hace interesante analizar el clásico tema de la responsabilidad de los administradores societarios es que las medidas para protegerlos, pueden tener un efecto *boomerang*. Partamos de un ejemplo de una empresa prototípica en nuestro país, que sería seguramente, una sociedad de responsabilidad limitada. Esta ha sido la forma jurídica más habitual a la que han recurrido muchos empresarios autónomos para no tener que responder de las deudas que contraiga la empresa con su patrimonio personal y generalmente con el capital mínimo de 3.000 euros. Si la sociedad ha recibido ayudas durante el COVID, por ejemplo, préstamos del Instituto de Crédito Oficial, ayudas a las cotizaciones sociales por expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE), etc., una tentación ante una situación de viabilidad amenazada es la de cerrar. Cualquier administrador sabe que ello es mucho más difícil que crear una empresa, por lo que muchos puedan sentir la tentación de dar un persianazo y desaparecer. Ello dejaría en tierra de nadie a la Tesorería General de Seguridad Social, al Instituto de Crédito Oficial, a los bancos que hayan tramitado estos préstamos y a los trabajadores, que, aunque podrían acudir al FOGASA, no cobrarían toda su deuda. Tradicionalmente el freno para evitar estos cierres fácticos ha sido que cuando un administrador actuaba de esta forma, cabía la posibilidad de derivarle responsabilidades societarias por incumplimiento de sus deberes de gestión leal.

¹ Un elenco de estas medidas puede verse en GURREA-MARTÍNEZ, A., *Insolvency Law in Times of Covid*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 2020. Recuperable en: <file:///C:/Users/USER/Downloads/SSRN-id3562685.pdf>

Sin embargo, precisamente durante la pandemia, estos frenos se han levantado parcialmente para intentar aliviar la preocupación de muchos administradores por su propio patrimonio personal en una situación de viabilidad empresarial amenazada y motivada por causas exógenas y extraordinarias. Si bien ello es perfectamente razonable, introduce un elemento de preocupación desde la perspectiva de la recuperación de créditos laborales y ayudas públicas, en particular de Seguridad Social.

El presente artículo pretende analizar las medidas de hibernación de la responsabilidad de los administradores societarios. En otros trabajos me he ocupado de estas medidas decretadas hasta el verano de 2020², pero cabe tener en cuenta que en la legislación aluvional propia de un estado de incertidumbre, se ha ido aprobando en meses sucesivos ha alterado alguna de las normas e introducido nuevos instrumentos y, en este caso, pretendo reflexionar sobre las consecuencias de los escudos para proteger a los administradores respecto a las deudas laborales y de Seguridad Social. En su ordenación sistemática, el artículo traza brevemente las vías más usuales desde la perspectiva de una iuslaboralista para derivar responsabilidades a los administradores societarios. A continuación, se analizan los escudos introducidos en la legislación mercantil y concursal hasta diciembre de 2020 para favorecer la continuidad de las empresas. Finalmente, se realizan algunas breves reflexiones sobre el panorama resultante.

2. VÍAS MÁS USUALES PARA DERIVAR RESPONSABILIDADES A LOS ADMINISTRADORES POR DEUDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

El cargo de administrador societario conlleva determinados deberes, regulados, l en el art. 236 de la LSC. El incumplimiento de estos deberes y la consiguiente responsabilidad de los administradores puede derivarse de distintas acciones de que disponen los socios y acreedores, pero las más importantes desde la perspectiva de las deudas laborales y de seguridad social, son la acción de responsabilidad por deudas sociales en caso no promover la disolución o concurso (art. 367 LSC) y la posible extensión de responsabilidad en caso de declaración de concurso culpable.

2.1. La acción por deudas sociales posteriores a una causa de disolución

La acción prevista en el artículo 367 LSC puede ser utilizada por cualquier acreedor y, de hecho, frecuentemente es manejada por la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo, en el correspondiente procedimiento recaudatorio o de liquidación de cuotas de Seguridad Social posteriores al acaecimiento de la causa de disolución³. Los procedimientos de derivación de responsabilidades se prevén en los arts. 34 y 35 LGSS-2015 y permiten identificar al sujeto responsable y exigirle el pago bien mediante la reclamación de deuda, bien mediante un acta de liquidación cuando concurren las causas de responsabilidad previstas en la ley, sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil⁴. Se basan en que la Administración al defender intereses generales necesita como elemento imprescindible para una gestión eficaz, la ejecutividad inmediata de sus actos.

² ESTEVE SEGARRA, A., “Responsabilidad de los administradores y directivos de las empresas por deudas laborales y de seguridad social por la crisis económica del coronavirus”, *Revista de Derecho Social*, n.º 90, 2020, pp. 71-90.

³ Vid. MERCADER UGINA, J. R. y SUÁREZ CORUJO, B., “La responsabilidad laboral y de Seguridad Social de los Administradores”, en AA.VV. (Dir. E. Rojo y E. Beltrán), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 486 y ss., quien cita en apoyo la respuesta a la consulta de la TGSS al exp. 1605/2006.

⁴ Entre las monografías de la doctrina laboralista en la materia, vid. DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento de Seguridad Social*. Lex Nova, Valladolid, 2000. GALA DURÁN, C., *La responsabilidad laboral y de seguridad social de los administradores de las sociedades*, Bosch, Barcelona, 2007. MERCADER UGINA, J. R. y SUÁREZ CORUJO, B., “La responsabilidad laboral y de

Interesa detenerse un momento en esta responsabilidad por la acción del art. 367 TRLSCP que depende exclusivamente de la existencia de una causa legal de disolución en los supuestos legalmente previstos. En este sentido, se la ha descrito como una responsabilidad “objetiva o cuasi objetiva”⁵ o, con una descripción más eufemística, de un carácter marcadamente objetivo⁶, por el simple incumplimiento de determinadas obligaciones legales, las de convocar la junta general o la de disolver judicialmente la sociedad. Con esta calificación, se trata de diferenciarla claramente de la acción individual que sí que va a exigir una acreditación de la negligencia en la acción u omisión del administrador, del daño ocasionado a los acreedores reclamantes y de la relación de causalidad. Sin embargo, el carácter cuasi objetivo de la responsabilidad prevista en el art. 367 LSC sólo puede predicarse cuando se confronta con la acción individual, no en otros aspectos⁷.

Por otra parte, no conviene pasar por alto otros atributos de esta responsabilidad de los administradores. Por ejemplo, el de que, pese a que las deudas son deudas de la sociedad, los administradores son garantes directos de éstas en régimen de solidaridad (de los administradores entre sí y con la sociedad). No se trata de una responsabilidad subsidiaria, para el caso de insuficiencia o insolvencia de la sociedad, sino de una corresponsabilidad de los administradores y éstos responden con todo su patrimonio, con la salvedad de lo dispuesto en los arts. 605 y 606 LEC.

Seguridad Social de los Administradores”, en AA.VV. (Dir. E. Rojo y E. Beltrán). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 455-494.

⁵ STS, Civil, 3 abril 1998, rec. cas. 176/1994.

⁶ STS, Civil, 124/2010, 11 de marzo, rec. cas. 1435/2010.

⁷ Este carácter objetivo, tendría matizaciones relacionadas con la razón de ser del precepto. Así, en la STS 3 octubre 2003 se había insistido en que “esta responsabilidad *sui generis*... tiene su fundamento o ratio en que con su conducta omisiva los administradores han inducido a error a un determinados tercero contratante con el ente social, que creyendo en una situación normal desde un punto de vista económico y financiero de la sociedad, ha realizado operaciones mercantiles con él, llevándose con el transcurso del tiempo una desagradable sorpresa que afecta gravemente a su posición patrimonial por mor de dicha contratación”. Posteriores sentencias estiraron del hilo argumental, señalando: “Este sistema de responsabilidad, que deriva de los arts. 262.5 TRLSA y 105 LSR considerado extremado por algún sector de la doctrina, no exige relación causal con el resultado producido ni concurrencia de culpa en el administrador responsable, en el sentido de falta de previsión del daño, ya que éste no se precisa. Sin embargo, la doctrina defiende la posibilidad de aplicar a esta responsabilidad la cláusula de exoneración del art. 133 TRLSA, adaptado a las características del supuesto, aproximándolo de este modo a la aplicación de las reglas generales de imputabilidad y, en idéntico sentido, esta Sala también tiene declarado que el fundamento de la responsabilidad del administrador o administradores –que respecto de las sociedades de responsabilidad limitada se consagra en el apartado 5 del art. 105 LSRL– no concurre en el caso de que el acreedor, en el momento de concertar la deuda, conoce la situación económicamente precaria o en bancarrota de la sociedad”. En aplicación de esta idea, se habría admitido una causa de exoneración, cuando el acreedor en el momento de concertar la deuda conoce la condición económica precaria de la sociedad (STS, Civil, 15 febrero 2006). En igual sentido, la STS 6 abril 2006, insiste en que: «Es cierto que ha venido dándose una lectura del precepto del artículo 262.5 LSA en clave de “responsabilidad cuasi objetiva” (Sentencias de 20 de diciembre de 2000, de 20 de julio de 2001, de 25 de abril de 2002, entre otras) o incluso objetiva (Sentencia de 14 de noviembre de 2002), o se ha dicho que no se trata exactamente de la reparación de un daño, ni hay que establecer la relación de causalidad entre comportamiento y daño (Sentencias de 20 y 23 de febrero de 2004), pero no es menos cierto que gran número de sentencias han tratado de modular o de templar la responsabilidad de los administradores acudiendo a diversos expedientes, tales como la valoración de la buena fe en el ejercicio de la acción o el conocimiento de la situación (sociedad incurso en causa de disolución) por parte del reclamante en el momento de la operación que da lugar al crédito (Sentencias de 1 de marzo y 20 de julio de 2001, de 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, de 16 de febrero de 2006), pues, aunque la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA no requiere una negligencia distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen (Sentencia de 26 de marzo de 2004), se ha de dar un interés digno de protección que justifique la acción y su consecuencia respecto de la responsabilidad, lo que equivale a exigir un daño en sentido amplio, que en este caso sería el impago del crédito, consecuencia de la insolvencia de la sociedad, y una conexión con la actuación (o la omisión) de los administradores».

2.2. La responsabilidad por la existencia de un concurso culpable

El administrador o algunos administradores, liquidadores, de derecho o de hecho o apoderados generales de una persona jurídica concursada, es decir, directores generales, incluidos las personas que hubieran tenido cualquiera de estas condiciones en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pueden quedar condenados a cubrir total o parcialmente el déficit concursal conforme al art. 456 del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC). La responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en determinadas conductas como pagos injustificados y retraso en la solicitud de concurso. A estos efectos, la condena prevista en el ordenamiento concursal no nace simplemente de la mera calificación de un concurso culpable, sino de determinadas conductas que contribuyan a minorar el activo y agravar la situación de insolvencia, y a provocar la insatisfacción total o parcial de los créditos.

3. LA CONGELACIÓN PARCIAL DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES DURANTE LA PANDEMIA

Es importante destacar que, durante el 2020 se ha aprobado una batería de medidas que pueden incidir en las responsabilidades de los administradores societarios. Tres son las características comunes de estas medidas.

Primero, el objetivo es la protección de los administradores, pero no son un escudo absoluto, es decir, directamente el legislador no ha optado por excluir la responsabilidad de los administradores.

Segundo, las medidas se han establecido dentro de una legislación aluvional propia de este estado constitucional con método que se aproxima al del ensayo y error, es decir, con constantes rectificaciones, matizaciones o mejoras respecto a las previsiones normativas aprobadas poco tiempo antes.

Tercero, las medidas de salvaguarda de la responsabilidad de los administradores parecen razonables pues tradicionalmente los supuestos de responsabilidad de los administradores y directivos se vinculaban a un supuesto de fracaso en la gestión del negocio, pero ahora las causas son externas, vinculadas a la difícil situación económica de la pandemia. Por consiguiente, las acciones contra los administradores por un comportamiento contrario a los deberes de gestión, lo que en la legislación anglosajona se conocería como *wrongful trading*, deberían ser objeto de relajación.

Otra medida que cabe enunciar está relacionada con la protección del entorno del administrador. En la Ley 3/2020, se prevé la calificación como ordinarios de los créditos de las personas especialmente vinculadas con el deudor, en los concursos que pudieran declararse en el plazo de dos años a la primera declaración del estado de alarma (art. 7 Ley 3/2020). Y es que muchos deudores habrían recurrido a créditos de cónyuge o pareja, ascendientes o descendientes o empresarios del mismo grupo. En el TRLC en el art. 281 LC, eran originariamente créditos subordinados, que eran los que menos preferencia tenían para cobrar. Tras la modificación, quedarían amparadas como créditos ordinarios, al mismo nivel que los créditos de proveedores, tarjetas, créditos personales. Dicha medida que buscaría también facilitar la financiación de las sociedades junto con otras⁸, tampoco sería exclusiva de nuestro país, sino que se habría adoptado en legislaciones comparadas, como la italiana⁹.

⁸ Para facilitar el acceso de las empresas a financiación o liquidez, con la Ley 3/2020, se estableció que los créditos derivados de compromisos de financiación o prestación de garantías a cargo de terceros se califican como créditos contra la masa.

⁹ En este sentido, GURREA MARTÍNEZ, A. (b).

3.1. La no obligación de solicitar el concurso

En nuestro país, al igual que en otros países de la Europa continental, ha existido un deber del deudor de solicitar el concurso. Pues bien, una línea de defensa para los administradores durante la pandemia ha suspendido la obligación que tienen los administradores de las empresas insolventes de solicitar su concurso o iniciar una negociación para llegar a un acuerdo con sus acreedores. Inicialmente, el art. 43 del RD-L 8/2020, de 17 de marzo, interrumpió el plazo para que un deudor en estado de insolvencia debiera solicitar un concurso, ante la previsible insolvencia de la empresa. Además, tampoco los acreedores podrían actuar contra las compañías deudoras. La medida de suspensión del inicio del procedimiento concursal fue adoptada por otras legislaciones comparadas, siguiendo las recomendaciones de expertos en insolvencias empresariales, para evitar que una empresa que, en ausencia de la pandemia, fuera solvente se viera abocada a declararse en concurso y con la finalidad de reducir la cantidad de concursos provocados por el COVID-19, lo que también podría ayudar a evitar un colapso del sistema judicial¹⁰. Sin embargo, la moratoria fue alargada inicialmente por el RD-Ley 16/2020, de 28 de abril, en concreto en el art. 11, hasta final de año.

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, en su disposición derogatoria única derogó la Ley 16/2020 y en su art. 6 reguló, de forma similar la no obligación de solicitar el concurso recogiendo el contenido antes establecido en el art. 11 del RDL 16/2020. Sin embargo, el precepto fue rápidamente modificado por el RD-L 34/2020, de 17 de diciembre, por estimarse que se había quedado nuevamente corto el plazo, de modo que, conforme a la redacción vigente al cierre de este artículo, la obligación de solicitar la declaración de concurso si la sociedad está en estado de insolvencia se suspende hasta el 14-3-2021. Igualmente se prevé que los juzgados no tramitarán las solicitudes de concurso necesario. En cristiano, eso significa que los acreedores no las podrán pedir. En muchos foros mercantilistas, ello se criticó sobre la base de considerar que, aunque se había alargado el plazo, se decía que, en realidad, dicha ayuda a las empresas era una medida para evitar el colapso de los juzgados de lo mercantil. Además, se decía que la moratoria podía ser de ayuda para empresas saneadas a las que les podía dar un respiro, pero que no impedía a los acreedores reclamar contra el patrimonio de la empresa. Por lo que, en compañías insolventes, se recomendaba a los administradores no agravar el estado de insolvencia y plantear un concurso o un precurso.

En este último sentido, se introdujo la previsión de que, si se solicitaba el precurso regulado en el art. 583 del TRLC, antes de 31 de diciembre de 2020, en este caso, el deudor no tendría la obligación de solicitar el concurso hasta que transcurrieran 6 meses desde la comunicación. Esta medida daba unos meses más a las empresas y a los administradores para sanear las cuentas y evitar declaraciones de concurso, que estadísticamente suelen acabar en la liquidación de una empresa. El dar tiempo a las compañías para recuperarse económicamente mediante la evitación de un concurso permitiría sortear los costes económicos y de reputación empresarial vinculados al estigma de que la empresa hubiera entrado en esta situación. Se trataría también de una medida que protegería a los administradores frente a eventuales reclamaciones ulteriores, pues este período de gracia impide la aplicación de la regla general conforme a la cual la conducta de los administradores de no actuar en plazo podría conllevar que el concurso se calificase como culpable, con el consiguiente riesgo para el administrador, que podría tener que responder solidariamente con su patrimonio de las deudas de la sociedad que se hubieran generado o agravado por esta causa.

3.2. La no obligación de convocar la junta general durante el estado de alarma

Entre las obligaciones de los administradores cuando una sociedad está incurso en una de las causas de disolución previstas en el artículo 363.1 LSC está la de convocar la junta general

¹⁰ En este sentido, GURREA MARTÍNEZ, A. (2020,b) expone que entre los países que adoptarían una medida similar se encontrarían Alemania, República Checa, Luxemburgo, Portugal y Francia.

en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, se inste el concurso. Si los administradores incumplen esta obligación de disolver la sociedad pueden ver afectado gravemente su patrimonio personal. No en balde, el artículo 367.1 LSC establece que “responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución”. El fundamento de esta responsabilidad personal de los administradores es la existencia de una causa legal de disolución no atendida, y que, como consecuencia de ello, se genere una obligación o deuda para la sociedad posterior a la existencia de dicha causa de disolución. Es decir, se asienta en el orden público societario o económico, que establecería esta responsabilidad para atender al objetivo de eliminar del tráfico aquellas sociedades en las que concurre causa legal de disolución con el fin de garantizar la seguridad del mercado y los intereses de accionistas o terceros acreedores. Se trataría de evitar que los administradores induzcan a error a terceros contratantes con el ente social, que pudieran creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde el punto de vista económico y ésta vaya contrayendo obligaciones creando una situación de riesgo frente otros acreedores.

Sin embargo, con la pandemia se ha introducido un segundo escudo para evitar la responsabilidad de los administradores. La previsión apareció durante el primer estado de alarma y, concretamente, se contiene en el artículo 40.11 del RD-L 8/2020, que suspende, hasta que finalice el estado de alarma, el plazo legal de dos meses para que los administradores convoquen junta general en caso de que concurriera causa legal o estatutaria de disolución. Dicha medida parecía del todo lógica, por la imposibilidad de los administradores sociales durante el primer estado de alarma, caracterizado por el confinamiento de la población, tanto para celebrar juntas generales, como para preparar e instar procedimientos judiciales de disolución o concurso de acreedores. Ahora bien, debe llamarse la atención sobre que el plazo no era coincidente con el de la suspensión de la obligación de presentar el concurso.

Un problema interpretativo deriva de si ha renacido este artículo con el nuevo estado de alarma general declarado por el RD 926/2020, de 25 de octubre, o se refiere al primer estado de alarma declarado en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. El gobierno debería aclarar si este artículo continúa vigente o no, porque hay dos posibilidades hermenéuticas.

La primera es considerarlo en vigor, y, por tanto, ello implicaría una hibernación de la responsabilidad de los administradores por la vía del art 367 TRLSC. Un argumento a favor de su vigencia continuada es que el art. 40.11 del RDL 8/2020 no ha sido derogado.

La segunda interpretación es entender que el tenor literal del art. 40.11 del RD-L 8/2020 se referiría al primer estado de alarma que finalizó el 21 de junio de 2020. Ello impondría a los administradores la obligación de hacer desaparecer empresas, por el riesgo de mantener empresas zombis en el mercado. Y es que utilizando una metáfora distópica, las empresas zombis o que deberían estar disueltas suelen atacar patrimonialmente a las sanas (por ejemplo, con impagos a proveedores) y extienden el veneno de la crisis. Esta segunda postura se apoyaría en la lógica de que no se puede mantener la hibernación de la obligación de disolución de empresas que deberían desaparecer por un tiempo prolongado.

En todo caso, la falta de un criterio claro puede frustrar judicialmente una acción para extender responsabilidades a un administrador por la vía más utilizada para la reclamación de deudas laborales y de Seguridad Social, la del art. 367 LSC. Los tribunales clásicamente han aplicado estrictamente esta responsabilidad que toca la clave de la bóveda de nuestro sistema económico, pues se llega a privar del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. De ahí que se exija que se produzcan todos y cada uno de los requerimientos para que pueda derivarse esta responsabilidad personal, entre ellos, la existencia de alguna de causa de disolución prevista legalmente en el artículo 363, el transcurso del plazo de dos meses sin convocar a los socios o que, constituidos en junta, no se adoptara el acuerdo de disolución ni se instara el concurso.

La existencia de dudas sobre el presupuesto enumerado en segundo lugar motivará que seguramente los tribunales vayan a ser cautelosos para admitir una derivación de responsabilidades a un administrador, máxime cuando otras medidas aprobadas por el legislador apuntalarían la hibernación de responsabilidades de los administradores, como las expuestas a continuación.

3.3. La responsabilidad por deudas contraídas durante el estado de alarma y la suspensión temporal de la causa de disolución por pérdidas

Durante el estado de alarma han existido propuestas ambiciosas para excluir que los administradores puedan ser directamente declarados responsables de sus actuaciones para salvar la empresa en esta situación excepcional. Sin embargo, pese a que esta medida no ha sido tomada por el legislador español, sí se adoptaría un tercer escudo muy relevante. Se trata de la exoneración de causa de responsabilidad prevista inicialmente en el apartado 12 del art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Dicho precepto establece que: «*Si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales **contraídas en ese periodo***». Ello implicaba que, para las deudas sociales surgidas a partir del 14 de marzo de 2020 hasta el cese del primer estado de alarma por la pandemia, los administradores no responderían solidariamente de las deudas por la vía del art. 367 LSC. Sin embargo, en determinados foros mercantilistas se había criticado que dicho precepto no era suficiente, pues no era un mecanismo de protección fuera del estado de alarma, al liberar únicamente administrador de las deudas sociales correspondientes a este periodo, pero no de las posteriores, y ello pese a que las mismas serían una consecuencia o secuela de la situación de crisis causada por la pandemia. Por ello, no pocos despachos mercantiles publicaban en sus blogs que ante la frecuente cuestión de cómo actuar ante un estado de insolvencia inminente o de pérdidas que redujeran el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social era pedir el concurso o proponer a la junta de socios la disolución para evitar incurrir en responsabilidades.

Por esta razón, el art. 18 del RD-L 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, estableció la suspensión legal de la causa legal de disolución por pérdidas –prevista en el art. 363.1.e) LSC– hasta el 2022. Esta norma según expresa el preámbulo del mencionado Real Decreto ley iba dirigida a que las empresas pudiesen “ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas”. La norma tenía dos partes, por una parte, no se tendrían en cuenta las pérdidas del ejercicio 2020 a efectos de la causa legal de disolución por pérdidas que hayan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. Para el 2021, se establece que «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».

La norma se derogó, pero la previsión se mantiene en el art. 13 de la Ley 3/2020, de 8 de septiembre, que vino a recoger el contenido del RD-L 16/2020, con alguna modificación. Por ejemplo, se añadió “sin perjuicio de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la presente ley”. El objetivo de la norma era mantener la suspensión temporal de la obligación de los socios de hacer desaparecer sociedades si no disponían de activos suficientes para recapitalizarlas.

En todo caso, la norma de suspender hasta principios del 2022 la regla de “recapitalizar o disolver las sociedades” cuando en una sociedad se habría reducido el patrimonio neto a la mitad del capital social, habría suscitado críticas por entenderla demasiado tibia para proteger a los administradores. Así se señala: «la suspensión de esta regla resulta todavía más necesaria en España, ya que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, los admi-

nistradores de las sociedades españolas pueden responder de manera personal y solidaria por todas las deudas contraídas por la sociedad desde la concurrencia de la causa legal de disolución y la pasividad de los administradores para promover, en el plazo de dos meses, la disolución, el restablecimiento del equilibrio patrimonial o, si procediere, el concurso»¹¹.

4. CONCLUSIONES

Durante el 2020 se ha tratado de construir un muro de contención para proteger a las empresas, relajando medidas de derecho societario y concursal. No en balde, los administradores y administradoras de muchas sociedades tienen aún frescas las consecuencias de la crisis económica del 2008, donde muchas empresas siguieron una estrategia de endeudamiento con intereses cada vez más caros, que resultó no sólo en la desaparición de muchas empresas, que se vieron abocadas a cerrar, sino también en derivación de responsabilidad de administradores si no habían procedido a solicitar el concurso para posibilitar una liquidación ordenada de la empresa. Se produjo en los años posteriores una gran litigiosidad consecuencia lógica de que, para muchos acreedores, la única vía para intentar recuperar sus créditos, fue la de dirigir las reclamaciones, entre ellas por deudas laborales y de seguridad social, contra el patrimonio personal de los administradores.

Sin embargo, las medidas en materia concursal y societaria aprobadas desde el estallido de la pandemia han ido en un sentido contrario, tratando de proteger a los administradores de las acciones de derivación de responsabilidad. Las normas más importantes aprobadas son las de moratoria de la obligación de solicitar un concurso voluntario, la suspensión temporal de los concursos necesarios, la congelación temporal de la obligación de convocar juntas generales para disolver una sociedad y la relajación de la regla de "recapitalización o disolución". Todas ellas van en la línea de proteger a los administradores. Ello puede ser perfectamente razonable, con la finalidad de ayudar a la difícil situación de las sociedades y de sus administradores; pero como ocurre siempre, estas medidas pueden provocar efectos colaterales. Muchos acreedores públicos (ICO, TGSS, FOGASA) y privados, entre ellos los trabajadores, pueden quedarse sin cobrar e incumplirse el objetivo primario de las medidas de contención para garantizar la viabilidad de las empresas, de no destruir tejido productivo y mantener el empleo. Por si ello no fuera suficiente, el Banco de España ha advertido que puede producirse una tormenta perfecta, con una crisis que primero fue sanitaria, después económica y por último, financiera¹². Y desde la crisis financiera global de 2008 sabemos lo duras que son éstas y sus efectos devastadores en las cifras de paro y en las cuentas de seguridad social, en particular en nuestro país con un mercado de trabajo asentado en la contratación temporal, donde la jubilación anticipada ha sido un remedio para trabajadores mayores en desempleo, y donde los mecanismos de inserción de los parados son muy mejorables.

¹¹ GURREA-MARTÍNEZ, A. (b).

¹² Vid. Informe del Banco de España sobre el año 2019, presentado en junio de 2020, pp. 236 y ss. Recuperable en: file:///C:/Users/USER/Downloads/InfAnual_2019.pdf