

## RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE LA EMPRESA POR DEUDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL POR LA CRISIS ECONÓMICA DEL CORONAVIRUS<sup>1</sup>

**Amparo Esteve-Segarra**

Profesora Titular Universidad de Valencia. Magistrada Suplente Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana.

1. ¿Por qué volver a la tradicional cuestión de la posible derivación a administradores de responsabilidades laborales y de seguridad social? 2. Empresas en concurso y compromiso de mantenimiento de empleo en casos de Expedientes de Regulación Temporal de Empleo. 3. La hibernación de las responsabilidades de los administradores durante el estado de alarma y postalarma. 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 de los administradores por deudas contraídas durante el estado de alarma y la suspensión temporal de la causa de disolución por pérdidas. 4. Presupuestos de la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales en materia laboral y de seguridad social posteriores a la concurrencia de causa legal de disolución. 4.1. La concurrencia de causa legal de disolución. 4.2. La existencia de deudas posteriores. 4.3. Una actuación omisiva del administrador. 5. Las secuelas de la crisis anterior del 2008. 5.1. El endurecimiento de los deberes de gestión responsable para los administradores de hecho y determinados directivos. 5.2. Los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos.

### 1. ¿POR QUÉ HA VOLVER A LA TRADICIONAL CUESTIÓN DE LA POSIBLE DERIVACIÓN A ADMINISTRADORES DE RESPONSABILIDADES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL?

La crisis económica provocada por el covid-19 amenaza con hundir un importante número de empresas. Tras una primera oleada en la que los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE) han sido los protagonistas; en asesorías y bufetes de abogados, muchos están empezando a prepararse para la segunda ola del tsunami, es decir, la previsible avalancha de concursos de acreedores, y desgraciadamente, cierres. De manera que en una situación de viabilidad amenazada para muchas empresas no pocos han empezado a preocuparse del riesgo para el propio patrimonio personal del desempeño de un cargo de administrador único, administrador solidario o mancomunado o consejero delegado o miembro de la comisión ejecutiva del consejo de la administración de una sociedad<sup>2</sup>. Esta responsabilidad de los administradores puede derivarse de distintas acciones de que disponen los socios y acreedores, a saber: la acción individual (arts. 241 y ss. LSC) y la acción de responsabilidad por deudas sociales en caso no promover la disolución o concurso (art. 367 LSC). Por razones prácticas, se prescindirá de otras acciones como las dirigidas a preservar el patrimonio

<sup>1</sup> Trabajo realizado al amparo del Proyecto OTRI-UV, OTR2019-19507INVES, Clave 20190238.

<sup>2</sup> Arts. 236 y ss. 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).

de la propia sociedad (art. 238 LSC), pues, aunque teóricamente también pueden ejercerse por terceros con la finalidad de preservar el patrimonio de la sociedad frente a conductas inadecuadas de los administradores, en la práctica no son habituales reclamaciones ejercidas por trabajadores.

El análisis de los repertorios judiciales evidencia que las responsabilidades de los administradores por las deudas derivadas del contrato de trabajo han afectado en mayor medida a la acción prevista en los arts. 367 y ss. LSC. Razón por la que se centrará el análisis en ésta, prescindiendo de la acción individual, pues los tribunales del orden civil difícilmente admiten la acción individual para requerir responsabilidad de los administradores por deudas laborales. Y es que para la acción individual se va a exigir una acreditación de la relación de causa-efecto entre el comportamiento malicioso, abusivo o negligente del administrador y el impago de la deuda, de modo que se entiende que las deudas laborales han de ser soportados por la empresa como riesgo propio de su actividad industrial<sup>3</sup>.

Hay otra razón que abona el interés en focalizar el estudio en la acción prevista en el art. 367 LSCP. Y es que la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo, en el correspondiente procedimiento recaudatorio o de liquidación de cuotas, para derivarles en el procedimiento administrativo las deudas cuando concurren las causas de responsabilidad previstas en la ley sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil. Entre estas causas, la doctrina<sup>4</sup> ha destacado que la apreciación de la responsabilidad plantea evidente problemas tanto para la acción de la sociedad contra el administrador, (art. 238 LSC) como para la individual (art. 241 LSC). Por lo que sólo puede basarse en lo dispuesto en los arts. 367 y ss. LSC por la naturaleza objetiva de dicha responsabilidad, por deudas de Seguridad Social posteriores al acaecimiento de la causa de disolución<sup>5</sup>. 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. Se basan en que la Administración al defender intereses generales necesita como elemento imprescindible para una gestión eficaz, la ejecutividad inmediata de sus actos.

3 A modo de ejemplo, SAP Toledo, Secc. 1ª, 88/2017, 29 marzo, rec. ap. 265/2016 y SAP, Civil, Córdoba, Secc. 1ª, 365/2017, 14 junio, rec. ap. 83/2017.

4 Entre las monografías de la doctrina laboralista en la materia, vid. DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E. (2000), *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento de Seguridad Social*. Valladolid: Lex Nova. GALA DURÁN, C. (2007), *La responsabilidad laboral y de seguridad social de los administradores de las sociedades*. Barcelona: Bosch. MERCADER UGINA, J.R. y SUÁREZ CORUJO, B. (2011), 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*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 455-494.

5 Vid. MERCADER UGINA, J.R. y SUÁREZ CORUJO, B. (2011), 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*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 486 y ss., quien cita en apoyo la respuesta a la consulta de la TGSS al exp. 1605/2006.

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"<sup>6</sup> o, con una descripción más eufemística, de un carácter marcadamente objetivo<sup>7</sup>, 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, el daño ocasionado a los acreedores reclamantes y 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 aspectos<sup>8</sup>.

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). La referencia

6 STS, Civil, 3 de abril de 1998, rec. 176/1994.

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

8 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 in que con su conducta omisiva los administradores han inducido a error a un determinado 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 afectó 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 TR LSA, 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"*.

a que los administradores son garantes directos, implica que no se trata de una responsabilidad subsidiaria, para el caso de insuficiencia o insolvencia de la sociedad, sino de una corresponsabilidad de los administradores. En los casos en que los administradores son declarados responsables, es necesaria una concreción del incumplimiento mercantil en el que haya incurrido el administrador y éstos responden con todo su patrimonio, con la salvedad de lo dispuesto en los arts. 605 y 606 LEC. Además, también conlleva la posibilidad del administrador de repetir contra la sociedad.

## 2. EMPRESAS EN CONCURSO Y COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DE EMPLEO EN CASOS DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO

Una metáfora muy gráfica utilizada en algún medio de comunicación servirá para trazar a grandes rasgos cómo podrían quedar afectadas las empresas por la crisis del coronavirus. En primer lugar, estarían las compañías inmunes, que serían las dedicadas tanto a servicios esenciales, como las de alimentación, como aquellas que, por su modelo de negocio, han salido claramente reforzadas de la crisis. Un buen ejemplo de estas empresas son determinadas compañías como Amazon, Netflix, Google, Facebook o Whatsapp, que no sólo han incrementado sus cifras de negocio por su anclaje en la distribución a domicilio, por la obligada convivencia de los ciudadanos con lo digital, sino que han socavado a otras empresas con un modelo de negocio analógico.

En segundo término, estarían las empresas que pese a la coyuntura tienen músculo financiero suficiente para evitar el cierre. Ni las primeras ni las segundas tienen interés en este artículo.

Y, por último, aparecen las infectadas, es decir, las que se enfrentan o se sufrirán a una situación prolongada de falta de ingresos por la contracción de demanda, falta de liquidez o por una situación de endeudamiento o crisis previa. En muchos casos, son pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos, y en no pocos, la empresa ya tenía problemas antes de la declaración del estado de alarma. Algunas de estas empresas que han estado en una suerte de letargo jurídico durante el estado de alarma, seguramente entrarán en una situación de insolvencia si no pueden atender el pago a proveedores, pólizas, contratos de *renting*, etc.

En el caso de empresas concursadas, si bien durante el estado alarma no han podido acceder a determinadas ayudas para dotarlas de liquidez<sup>9</sup>, han salvado la situación laboral planteando ERTes, incluso estando en concurso<sup>10</sup>. En síntesis,

9 Vid. la exclusión de determinadas líneas de financiación de las empresas en concurso o precurso, o con incidencias de impago con empresas del sector público o con empresas con deudas registradas de la Administración [art. 31.1.c) RD-L 8/2020, de 17 de marzo].

10 Vid. DA 10ª RD-L 8/2020, de 17 de marzo.

esta vía planteaba como especialidad sustancial, que éstos se tramitaban ante el juzgado de lo mercantil que había declarado el concurso por el administrador o el empresario concursado, aunque con la aquiescencia de éste.

Aunque inicialmente no era así, se estableció que incluso estas empresas habían quedado sometidas al compromiso de mantenimiento de empleo. La regulación de los expedientes temporales de empleo para empresas en concurso, fue modificada por la DF 1.16 del RD-L 11/2020, de 31 de marzo, con la finalidad de introducir el famoso compromiso de mantenimiento del empleo. Según decía la exposición de motivos, sólo aquellas empresas concursadas que resultasen viables podrían acogerse a los beneficios que estas medidas suponían. Se trataba pues de una cuestión ligada a evitar despilfarrar recursos públicos para mantener el empleo, y financiar las cotizaciones en empresas zombis, donde el ERTE podía suponer una escapada hacia adelante. Se extendió pues a los ERTE de empresas en concurso la disposición adicional sexta del RD-L 8/2020, introduciendo una DA 10ª en el mencionado RD-L, que en su apartado 2 hacía expresa mención de la DA 6ª.

Como es sabido, dicho compromiso ha generado controversia por su posible efecto como un arma arrojadiza que, cuando no da en el blanco, vuelve al punto de partida. Esto es, el acogimiento a estos ERTE si bien podía ayudar inicialmente a salvar la situación inicial, podía tener un efecto bumerán de incrementar el pasivo si no se mantenía el empleo posteriormente. De ahí, su flexibilización inicial por el RDL 11/2020, que aludía a que la “voluntad” de cumplir este compromiso se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores, excluyendo además razonablemente determinadas terminaciones del contrato del compromiso de mantener la actividad por despidos disciplinarios procedentes, jubilación, incapacidad permanente, dimisión, o contratación temporal se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación<sup>11</sup>. Y su posterior ampliación en la nueva redacción efectuada en la DA 6ª del RD-L 8/2020, efectuada por el RD-L 18/2020 en su DF. 1ª, ap. 3, que esencialmente precisaba los grados de incapacidad permanente (total, absoluta y gran invalidez), fin de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo y reformulaba la valoración flexible de este compromiso según determinadas características de los sectores<sup>12</sup>.

Sin embargo, se ha producido la paradoja de que se ha eliminado el compromiso de empleo en las empresas con riesgo de concurso de acreedores, olvidando que

11 Vid. DA 14.

12 Se señala expresamente: “3. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo”.

a las empresas en concurso se les exigía ese compromiso mediante un laberinto de normas. Con una pésima técnica legislativa, la DA 6ª del RD-L 8/2020, en la redacción dada por el RD-L 18/2020, incurrió en dos errores. En primer lugar, alude a una ley de próxima derogación, como es la Ley 22/2003, que quedará derogada por el Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020, de 5 de mayo, aprobado la semana anterior (cfr. ap. 3 DA 6ª RD-L 8/2020). En segundo lugar, no previó qué ocurría con el compromiso de mantenimiento de empleo para empresas en concurso que se hubieran acogido a un ERTE.

En mi opinión, se ha producido una derogación tácita de las exigencias del compromiso de actividad para empresas en concurso. Primero, porque el propio gobierno lo ha excluido para empresas que estén en riesgo de entrar en concurso, y carece de toda lógica exigirlo a las que ya lo están. En segundo lugar, porque entre las circunstancias específicas que deberán valorarse para graduar el cumplimiento del compromiso estará el hecho de que en estos casos de empresas en concurso que han solicitado ERTE, el juez del concurso es quien ha autorizado estas medidas, por lo que ha existido una tutela judicial.

### **3. LA HIBERNACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA Y POSTALARMA**

Es importante destacar que, durante el estado de alarma, se ha aprobado con 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, salvo por las deudas contraídas por la sociedad durante el estado de alarma (infra ap. 3.3). 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 exógenas, en virtud de causas externas, vinculadas a la difícil situación económica de la pandemia.

No serán objeto de tratamiento otras medidas que, si bien protegen indirectamente la posición de los administradores, no guardan una relación directa con una posible derivación de responsabilidades. Entre las más interesantes que no se abordan, están las salvaguardas frente cambios hostiles en el control de la gestión de las empresas, especialmente de las sociedades anónimas cotizadas, pues

como es sabido, la situación económica y bursátil ha debilitado claramente su posición frente a determinadas operaciones mercantiles que podían aprovechar para hacerse con compañías a precio de saldo<sup>13</sup>.

### 3.1. LA NO OBLIGACIÓN DE SOLICITAR EL CONCURSO

Otra línea de defensa 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. La medida habría consistido en evitar que, durante el estado de alarma, pero también en los dos meses posteriores, el administrador o los administradores de una compañía mercantil quedaran obligados a esta declaración ante la previsible insolvencia de la empresa. Además, en igual periodo, los acreedores tampoco podrían actuar contra las compañías deudoras<sup>14</sup>.

En todo caso, esta especie de moratoria no significaba que las empresas que estuviesen en situación de insolvencia no pudiesen preparar o solicitar su concurso. Esta solicitud podía hacerse, es decir, si bien el deudor no tenía el deber de solicitar la declaración del concurso si se daban los presupuestos, pero no se le impedía. Ahora bien, debido a la suspensión de plazos procesales decretado para determinados procesos durante el estado de alarma, los juzgados mercantiles “de forma general no declaran dichos concursos, salvo que se acredite su carácter urgente y que, de no hacerlo, se podría producir un perjuicio irreparable para el deudor”<sup>15</sup>. En el caso de los concursos necesarios, se establecía que,

<sup>13</sup> Vid. DF 4ª RD-L 8/2020. Esencialmente se prohibió que inversores extracomunitarios pudieran adquirir un 10% del capital de una empresa española. Posteriormente, se extendió el veto a inversores de la Unión Europea o residentes en países de la Asociación Europea de libre Comercio, como es el caso de Suiza o el Reino Unido, cuando dichos inversores estén controlados a su vez por entidades residentes fuera de esos ámbitos territoriales, variando además el porcentaje de capital (Vid. DF 3ª RD-L 11/2020).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Vid. Acuerdo de 18 de marzo de 2020 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que estableció que, por una parte, con un carácter específico para las solicitudes de concurso y de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 463/2020, se establece expresamente la suspensión de los plazos procesales incluidos en la Ley Concursal para tales solicitudes. Por otra, con carácter general, y también en atención a lo previsto en el referido Real Decreto 463/2020, se limita la presentación de escritos a aquellos que tengan por objeto única y exclusivamente actuaciones procesales urgentes e inaplazables, señalándose adicionalmente que en el caso de que se desatendiera tal limitación y se llegara a presentar un escrito que no fuera urgente e inaplazable quedaría suspendida la obligación del tribunal de proveerlo.

aunque se diesen las causas de concurso necesario: hasta que transcurriesen dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirían a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presentan durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitiría a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a otras.

El plazo de dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma había tenido el obvio sentido de intentar evitar declaraciones de concurso, que como sabemos estadísticamente suelen acabar en la liquidación de una empresa, y dar tiempo a las compañías para recuperarse económicamente desde el levantamiento del estado de alarma. Se trataría 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.

Al igual que los ERTE por causa de fuerza mayor durante el estado de alarma, el plazo de dos meses de no obligación de declararse en concurso una vez se levante el estado de alarma, en opinión de algunos se había quedado corto. Así lo han entendido algunos expertos que habían propuesto que debería llegar hasta septiembre –Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC)– o algún magistrado especialista en asuntos mercantiles, había planteado que esta moratoria debería ampliarse hasta el 31 de diciembre. Estas críticas motivaron cambios que se introdujeron en el RD-Ley 16/2020, de 28 de abril, en concreto en el art. 11, con un alargamiento de la moratoria hasta final de año<sup>16</sup>.

### 3.2. LA NO OBLIGACIÓN DE CONVOCAR LA JUNTA GENERAL DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

El segundo escudo para la responsabilidad de los administradores durante el estado de alarma se contiene en el artículo 40.11 del RD-L 8/2020, que suspen-

16 Dicho precepto estableció un régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores. Dispone lo siguiente: "1. Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

2. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

3. Si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley".

de, 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 parece del todo lógica, por la imposibilidad de los administradores sociales durante el estado de alarma 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 es coincidente con el de la suspensión de la obligación de presentar el concurso.

### 3.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES 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 de momento por el legislador español, sí se adoptaría un tercer escudo muy relevante. Se trata de la exoneración de causa de responsabilidad prevista 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 implica que, para las deudas sociales surgidas a partir del 14 de marzo de 2020 hasta el cese del estado de alarma, los administradores no responderán 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, establece 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 va dirigida a que las empresas puedan “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 tiene dos partes, por una parte, no se tendrán 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».

#### 4. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR OBLIGACIONES SOCIALES EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL POSTERIORES A LA CONCURRENCIA DE CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN

Con las salvedades anteriores interesa volver sobre los presupuesto de la acción del art. 367 TRLSCP. Los tribunales 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. A saber:

- a) La existencia de alguna de causa de disolución prevista legalmente en el artículo 363.
- b) La omisión por los administradores de convocar a los socios a Junta General para adoptar los acuerdos para remover la causa de disolución o bien acordarla.
- c) El transcurso de dos meses desde que concurra la causa de disolución sin convocar a los socios o que constituidos en junta no se adoptara el acuerdo y no se adoptara en el plazo de otros dos meses la disolución ante el juzgado.
- d) La responsabilidad únicamente se extiende con respecto a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, sin perjuicio de la presunción *iuris tantum* que se establece en el mencionado precepto.

A ellos cabría añadir, un requisito obvio del que derivar la corresponsabilidad del administrador: que la deuda sea de la sociedad<sup>17</sup>.

17 En el caso dilucidado en el ATS, Civil, 11 octubre 2016, rec. 1803/2014, había existido un accidente laboral que conllevó un proceso penal contra el encargado de la obra, que fue condenado penalmente y además también en vía de responsabilidad civil a indemnizar al trabajador. Dicha indemnización no fue abonada por el condenado y el trabajador accidentado inició una reclamación civil de responsabilidad

#### 4.1. LA CONCURRENCIA DE CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN

El primer requisito es la concurrencia de alguna de cualquiera de las causas legales de disolución previstas en el art. 363 LSC, que como es sabido, comportan la obligación del administrador de convocar la junta general de accionistas para adoptar el acuerdo de disolución. Entre estas causas de disolución imperativas, por venir claramente definidas en la ley, se incluye que la sociedad carezca de actividad (letra a), la conclusión de la empresa que constituye su objeto (letra b), la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social (letra c)<sup>18</sup>, la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento (letra d); pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por dejado de la mitad del capital social, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso (letra e); por reducción del capital por debajo del mínimo legal (letra f); porque el valor nominal de las participaciones sociales o acciones sin voto excediera de la mitad del capital desembolsado y no se reestableciera la proporción en el plazo de dos años (letra g) y por cualquier otra causa establecida en los estatutos (letra h).

El común denominador de estas causas es que se produce un fenómeno de descapitalización sobre la estabilidad de la sociedad, esto es, una situación de gran empobrecimiento de la sociedad, de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad donde debería producirse la disolución de la sociedad o la reconstrucción de su patrimonio social. Ante la inactividad del administrador no se puede producir una liquidación ordenada que garantice los derechos de los acreedores. Los tribunales prescinden de la causa remota que origine la situación, simplemente es necesario que se dé una situación de inactividad, por la razón que sea: crisis del sector, por ejemplo, del inmobiliario o turístico o por otra razón. Ante una conducta omisiva, se establece la necesidad de reparar adicionando unas consecuencias indemnizatorias por la conducta omitida.

Respecto a los procedimientos de derivación de responsabilidades por impago de cuotas por actas de liquidación emitidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cabría destacar que es muy importante que los hechos motivadores de la extensión figuren suficientemente especificados. Esta suficiencia en la descripción la exige el artículo 32 del Real Decreto 928/1998, Reglamento sobre la imposición de sanciones por infracción en el orden social y expedientes de liquidación de cuotas, cuando fija los requisitos del acta de liquidación. Entre

---

contra la administradora de la empresa. Sin embargo, se rechazó la responsabilidad de la administradora porque no se había ejercido reclamación contra la sociedad de la que pudiera derivar responsabilidad. En este caso, debería haberse ejercitado en el procedimiento penal acción civil contra la mercantil en calidad de responsable civil subsidiaria.

<sup>18</sup> Esta letra se aplicó en el caso del ATS, Civil, 18 mayo 2010, rec. 244/2009, para derivar responsabilidad al administrador por deudas laborales derivadas de la extinción de contratos de trabajo a partir del precinto de las instalaciones de la empresa, sin que se acreditase actividad empresarial alguna posterior.

los hechos, deben especificarse los relativos a las causas de disolución debidamente acreditadas, entre la efectiva causa legal de disolución de la sociedad por ejemplo, las pérdidas a la vista de los balances contables<sup>19</sup>.

Téngase en cuenta que conforme al Criterio Técnico 61/2008, de la Inspección, no es suficiente la mera insolvencia, que no presupone en sí la existencia de causa de disolución, tampoco es suficiente la mera falta de pago de cuotas durante tres meses.

#### 4.2. UNA ACTUACIÓN OMISIVA DEL ADMINISTRADOR

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 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 puede 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 por los administradores 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.

#### 4.3. LA EXISTENCIA DE DEUDAS POSTERIORES

La responsabilidad de los administradores por deudas sociales habría sufrido una interesante evolución normativa y jurisprudencial. De forma sucinta, esta obligación se regulaba en el artículo 105.5 de la LSRL, después en el artículo 262.5 de la LSA y actualmente en el artículo 367 de la LSC. De esta evolución normativa, interesa destacar solamente que la regulación vigente exige que la deuda u obligación de la que se pretende que el administrador responda ha de ser posterior a la existencia de causa de disolución. Este elemento tiene gran

<sup>19</sup> STS, Sala C-A, 24 junio 2019, rec. 2765/2018 y rec. 2902/2018.

importancia porque desde la Ley 19/2005, la responsabilidad se ciñe a obligaciones sociales posteriores a la causa de disolución<sup>20</sup>. Ello no siempre es fácil de determinar en punto al nacimiento de diversos créditos laborales y de Seguridad Social pese a la presunción legal contenida en el artículo 367.2 LSC que rebaja la dificultad de la prueba para el actor, al señalar que “en estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.

La presunción legal contenida en el artículo 367.2 LSC establece una suerte de “inversión de la carga de la prueba”, de manera que acreditado por la acreedora la existencia de una deuda social, corresponde al administrador demandado, probar el carácter anterior a la causa de disolución de la obligación. Si trasladamos esta doctrina a obligaciones laborales puede verse que no se impondrá la responsabilidad del administrador cuando la deuda laboral es anterior a la causa de disolución, es decir, cuando la empresa estaba en situación de normalidad.

Adquiere pues una importancia trascendental fijar qué se ha de entender por obligaciones posteriores. Así, el artículo 1.089 CC establece que obligación puede tener su origen en la ley, en los contratos y cuasicontratos y en los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1089 CC) y respecto a las contractuales, se discute si las obligaciones surgen con el nacimiento de la obligación o con su exigibilidad. En el caso de las deudas laborales y de Seguridad Social, ha de tenerse en cuenta que contrato de trabajo no es de ejecución instantánea, sino de tracto sucesivo. Circunstancia ésta que, sin duda, complica esta cuestión, pues pueden contraerse diversos tipos de obligaciones a lo largo de la relación continuada de servicios: según se trate de salarios, cotizaciones a la Seguridad Social, indemnizaciones por despido e indemnizaciones por accidente de trabajo, que suelen ser las reclamaciones más frecuentemente planteadas.

Yendo de lo más sencillo a lo más complejo. En el caso de las deudas salariales, está claro que el nacimiento de su obligación se produciría con su devengo y que debe tenerse en cuenta la regla prevista en el artículo 29.1 del ET, sobre que el periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.

Esta regla de la mensualidad se aplica también a las cotizaciones a la seguridad social, pues las cuotas se ingresarán dentro del mes siguiente de su devengo y tienen un plazo de cuatro años de prescripción conforme a la normativa de seguridad social.

<sup>20</sup> En la redacción original de los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL la responsabilidad de los administradores, de concurrir los requisitos legales, se extendía a cualesquiera deudas sociales, aunque las mismas se hubieran generados con anterioridad a la aceptación del cargo de administrador o a la concurrencia de la causa de disolución.

En los casos de despido improcedente, en relación con el pago de la indemnización, existe jurisprudencia unificada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que señala que el nacimiento de la obligación se produce no con el contrato de trabajo, sino cuando el despido es declarado judicialmente improcedente y la empresa opta por la no readmisión (art. 56 del ET)<sup>21</sup>.

Muchas más controversias generan los créditos derivados de un accidente de trabajo. La duda surge en cuándo ha de fijarse el nacimiento de la deuda, si en la fecha del accidente o cuando se dicte la sentencia condenatoria en la jurisdicción social.

Algún pronunciamiento se ha decantado por la fecha del accidente laboral<sup>22</sup> con apoyo jurisprudencial del Tribunal Supremo en Sala Civil en materia de responsabilidad de aseguradoras que señalaría que «el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el “quantum” tiene naturaleza declarativa, no constitutiva»<sup>23</sup>. Es decir, que dicha sentencia no crearía un derecho “ex novo”, sino que se limitaría a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que se produciría con el siniestro.

Sin embargo, en otros pronunciamientos, la posición es diferente. Por ejemplo, en la SJPI de Lérida núm. 6, Civil, 2/2017, 11 enero 2017, proc. 174/2016, se declaró la responsabilidad de un administrador por una deuda de un accidente laboral ocurrido en abril de 2001 y con sentencia de la jurisdicción laboral de 24 de mayo de 2007. Se estima que la fecha del nacimiento de la obligación sería la de la sentencia. Pero el pronunciamiento tiene interés también porque parte de la presunción legal sobre la fecha en la que nacen las obligaciones y la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la fecha de la obligación, entendiéndose que como el administrador no habría desvirtuado que el crédito nació con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución y el administrador era responsable del pago de la deuda que en el caso, era de 250.000 euros –cantidad equivalente a la condena establecida en sentencia firme contra la sociedad por la jurisdicción

21 STS, Civil, 18 julio 2017, rec. 1589/2014. Ello motivaba que en el supuesto de autos cuando nacía la deuda, la empresa se encontraba ya en situación de disolución. Esta interpretación del Alto Tribunal no atendió a la posición de los administradores que pretendían situar la generación de la deuda en un momento muy anterior a la causa de disolución de la sociedad, en concreto, que se considerase que la indemnización por despido improcedente surgía desde el momento de la contratación laboral, aunque se cuantificase posteriormente.

22 SAP, Civil, Toledo, Secc. 1ª, 88/2017, 29 marzo, rec. 265/2016. El caso derivaba de un accidente laboral producido el 25 de octubre de 2006, siendo la sentencia condenatoria impuesta a la empresa el 13 de julio de 2011. La empresa se encontraría sin actividad desde el 2008, sin haber sido liquidada ni disuelta. El trabajador ejerció dos acciones contra el administrador: en una solicitaba la responsabilidad del artículo 367 y siguiente de la Ley de Sociedad de Capital por obligación social posterior a la causa de disolución; en la otra se reclamaba la responsabilidad de la acción individual del artículo 241 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. En instancia, se había entendido que la fecha relevante no era la del accidente, sino la de la sentencia que fijaba la indemnización de daños y perjuicios, por considerar que la sentencia era constitutiva y se precisaba un pronunciamiento del juez. En cambio, en apelación se estimaría que la fecha de generación de la deuda era anterior al momento de la causa de disolución, y se excluiría la responsabilidad del administrador por dicho motivo.

23 STS, Civil, 20 septiembre 2011, rec. 792/2008.

social- más los intereses legales, incrementados en dos puntos desde que fuese dictada la sentencia que condene el pago.

Ante la falta de sentencias unificadoras, conviene rastrear otros pronunciamientos del Tribunal Supremo En un ATS, Civil, 8 noviembre 2017, rec. 2151/2015, es interesante porque al inadmitir el recurso de casación, confirmó los pronunciamientos que habían condenado a un administrador de una inmobiliaria por una deuda derivada de un accidente de trabajo acaecido en 1993 y declarado el derecho a la indemnización por una sentencia de un juzgado de lo social en el 2003, confirmada por el TSJ en el 2004. Tanto en instancia como en apelación se estimó que el administrador de la inmobiliaria tenía conocimiento de este derecho de crédito y de que la sociedad estaba inactiva desde 1999, sin que procediera a su disolución. Ocurre, sin embargo, que el pronunciamiento aplicó el art. 105.5 LSRL, que no exigía el requisito de que las deudas fueran posteriores a la causa de disolución.

Pese al interés de que dicha cuestión quede unificada, creo que las dos posturas judiciales pueden reconducirse a una sola. Es obligación del administrador acreditar que el crédito nació con anterioridad a la concurrencia de la causa de disolución, y, en mi opinión, la fecha donde deben entenderse contraídas las obligaciones sería la del accidente, no la de la sentencia que declarase el importe de las indemnizaciones derivadas de dicho accidente.

Por otra parte, ha de precisarse que la responsabilidad del administrador generada por deudas posteriores no se extiende siempre. Así, es importante destacar que en los casos de deudas laborales y de Seguridad Social generadas con posterioridad al concurso, ya no podría accionarse la responsabilidad del administrador *ex art. 367 LSC*<sup>24</sup>.

Antes de cerrar la responsabilidad de los administradores por deudas laborales y de seguridad social como consecuencia de la crisis económica iniciada en el 2020, que va a quedar circunscrita según los términos expuestos anteriormente, deben mencionarse dos elementos adicionales que conviene no perder de vista en relación con la figura de los administradores de hecho y determinados seguros de responsabilidad civil para administradores y directivos.

## **5. LAS SECUELAS DE LA CRISIS ANTERIOR DEL 2008**

### **5.1. EL ENDURECIMIENTO DE LOS DEBERES DE GESTIÓN RESPONSABLE PARA LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y DETERMINADOS DIRECTIVOS**

Los administradores y administradoras de muchas sociedades tienen aún frescas las consecuencias de la crisis económica del 2008, donde muchas empresas

<sup>24</sup> STSJ Islas Baleares, C-A, 21 noviembre 2018, rec. 218/2018 que sustenta esta idea en la conocida STS, Civil, 15 octubre 2013, rec. 1268/2011.

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, entre ellos los de deudas laborales y de seguridad social, la única vía para intentar recuperar sus créditos, fue la de dirigir las reclamaciones contra el patrimonio personal de los administradores.

No en balde desde principios de la segunda década de este siglo se produjo una evolución normativa en el área mercantil, tendente a reforzar los deberes de lealtad y buena gestión de quienes ejercen las máximas funciones de dirección y gerencia de una sociedad, lo que se ha traducido en mayores exigencias de responsabilidad. En particular, el legislador trataría de evitar el mantenimiento de sociedades fantasmas, en las que los administradores, que a veces son a la vez accionistas, evadieran la responsabilidad de las deudas generadas, perjudicando gravemente a los acreedores, entre ellos, trabajadores y tesorería de la Seguridad Social, pero también a otras empresas en un círculo vicioso que infectara y desequilibrara una tras otra a otras compañías. Entre estos eventos normativos, destaca la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que, entre otros aspectos, incidió en la figura de los administradores de hecho y reforzó los deberes de buena gestión. Merece la pena detenerse en el primer aspecto desde la perspectiva laboral. La ley 31/2014 por la que se modificó el régimen de Sociedades de Capital para la mejora de su gobierno corporativo, incidió, además, de en las cuestiones de contratación, destitución y remuneración de consejeros delegados, consejeros ejecutivos, consejeros y directivos, en la responsabilidad de los administradores al extenderla a directivos en determinadas estructuras de los órganos de administración de la sociedad<sup>25</sup>. Concretamente, cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, conforme al art. 236.4 LSC: "todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella".

Además, la reforma del 2014 de la LSC también extendió la responsabilidad de los administradores personas jurídicas, a los directivos que las representan. Esta figura del administrador persona jurídica es muy frecuente en los grupos de empresas, donde unas sociedades son administradores persona jurídica de otras<sup>26</sup>. Aunque no siempre los entes con responsabilidad de gestión van a

25 Sobre los efectos de esta reforma, vid. AA.VV. (dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.) (2016). *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*. Madrid: Marcial Pons.

26 Sobre la posible responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante por la dirección del grupo o instrucciones perjudiciales, vid. VIZCAÍNO GARRIDO, P. (2015), *El interés social como fin de*

tener  
una a  
forma  
admi  
desig  
perso  
que r  
trado

Ahor  
consi  
prud  
admi  
de he  
ción  
míni  
se de  
dura  
de fo  
incl  
apo  
dos  
de l  
adn

la ac  
Thor  
27  
en s  
serlo  
de c  
noci  
adm  
torn  
adm  
esto  
form

28  
adn  
las-  
cau  
tal

29

30

el c

am

ins

de

31

(20

TH

tener la condición de administrador de hecho, pues se exige que desarrollen una actividad de gestión sobre materias propias de los administradores de forma sistemática y continuada<sup>27</sup>. Conforme a lo anterior, cuando sí exista una administración de una persona jurídica, el administrador persona jurídica debe designar un representante persona física que le represente en ese cometido. La persona física se convierte en responsable solidario de la persona jurídica a la que representa, ya que el art. 236.5 le imputa idénticos deberes que al administrador que representa<sup>28</sup>.

Ahora bien, no cualquier directivo con responsabilidades de gestión tendría la consideración de administrador de hecho. De manera, que como señala la jurisprudencia no podrían incluir a *“quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”*<sup>29</sup>. De ello se deduce que los trabajadores directivos que sólo ejercen algunas funciones o durante un corto período de tiempo, o sin intensidad cualitativa o cuantitativa, de forma independiente, sin poder autónomo de la sociedad, no podrían quedar incluidos en el concepto de administradores de hecho. Tampoco los simples apoderados para determinadas cuestiones específicas<sup>30</sup>, aunque sí los apoderados generales<sup>31</sup>, pero éstos últimos han de ser calificados como administradores de hecho para poder quedar equiparados al régimen de responsabilidad de los administradores de derecho.

*la actividad gestora de los administradores de sociedades en crisis: acreedores frente a socios*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 142-149.

27 STS, Civil, 8 abril 2016, rec. 2535/2013, que reitera los requisitos del administrador de hecho establecidos en sentencias anteriores y excluye que la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), pudiera serlo, pues las funciones de la sociedad estatal eran la de adoptar medidas de estructuración y saneamiento, de control de los fondos públicos, pero no la gestión ordinaria de la actividad. Estos requisitos son: *“la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad”*.

28 La jurisprudencia ya había reconocido con anterioridad declaraciones de responsabilidad de los administradores por actuaciones contrarias a las de un ordenado comerciante y representante legal, como las de descapitalización de la sociedad para favorecer a otra empresa del grupo. A estos efectos, no constituye causa de exoneración que la sociedad a la que se remite el capital sea la matriz ni que las instrucciones para tal actuación provengan de ésta. Vid. STS, Civil, 14 marzo 2011, rec. 1183/2007.

29 STS, Civil, 55/2008, 8 febrero, rec. 5168/2000.

30 La Sala Civil del Alto Tribunal habría declarado que *no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho, señalando: “Los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho”* STS, Civil, 55/2008, 8 febrero, rec. 5168/2000.

31 Más ampliamente sobre la responsabilidad del apoderado o director general, RECAMÁN GRAÑA, E. (2016). *Los deberes y la Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital en crisis*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 342-343.

Por otra parte, como no podía ser de otra manera, la valoración sobre si la actuación desplegada por un directivo fue actuando como administradores de hecho de la sociedad o, por el contrario, como simple apoderado debe hacerse en cada caso en sede judicial.

Y al hilo de lo anterior, también la crisis anterior dio lugar a una evolución jurisprudencial en la Sala I del Tribunal Supremo. Algunos pronunciamientos han reforzado las acciones contra los administradores en este terreno antaño árido para los laboristas un doble sentido. En primer lugar, extendiendo la responsabilidad que puede reconocer un juez civil claramente a las deudas de la sociedad no comerciales<sup>32</sup>, entre ellas, las derivadas de un contrato de trabajo. Entre los supuestos más frecuentes estaban los créditos reconocidos en una sentencia de la jurisdicción social por responsabilidad de una sociedad derivada de un accidente de trabajo<sup>33</sup>.

En segundo lugar, ensanchando la corresponsabilidad de los administradores de hecho con la privación del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. Siguiendo este hilo, la jurisprudencia ha avanzado sobre cómo cabe conjugar la responsabilidad de los administradores de derecho y los de hecho. Las últimas sentencias del orden civil, después de una interesante evolución, han admitido precisamente en relación con créditos laborales<sup>34</sup>, una responsabilidad de los administradores de hecho en la misma medida que los administradores de derecho, cuando en su actuación intervengan con las mismas facultades y atribuciones que éstos. De forma sintética, la evolución puede sintetizarse en que inicialmente no se admitía una responsabilidad de los administradores de hecho conjunta con los de derecho, salvo en los casos de testaferros. Se había considerado contradictorio esta concurrencia de responsabilidades, por considerar que, de existir el primero, no podía tener el segundo la posición de dirección y gestión soberana de la sociedad, al carecer de autonomía de la sociedad<sup>35</sup>.

32 STS, Civil, 18 julio 2017, rec. 1589/2014, que fundamenta esta interpretación amplia en que ninguno de los preceptos que regulan la responsabilidad de los administradores exigirían que *“las deudas tengan que ser comerciales, sino que hablan de deudas de la sociedad en general”*.

33 SAP, Civil, Toledo 29 marzo 2017, rec. 265/2016.

34 STS, Civil, 18 julio 2017, rec. 1589/2014, que atribuye la responsabilidad solidaria del administrador por las deudas sociales *ex art. 367 LSC* no sólo al administrador de hecho, sino también a los administradores de hecho cuando intervengan con las mismas facultades y atribuciones que los de derecho. En el caso se trataba de la esposa de éste, que actuaba como administradora de hecho. Pese a estar casada con separación de bienes era apoderada de la sociedad con amplios poderes y socia del 50% del capital social.

35 Así, por ejemplo, en la STS, Civil, 4 diciembre 2012, rec. 1139/2010, aunque no descarta la posible coexistencia de administradores puramente formales con otro u otros de hecho, establece la regla general de que quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho. En este sentido se señalaba: *“... aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho –singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento–, como regla general quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho [sentencias 261/2007, de 14 marzo (RJ 2007, 1793), 55/2008, de 8 de febrero (RJ 2008, 2664)], ya que, como afirman las sentencias 509/1999, de 7 de junio (RJ 1999,*

Sin embargo, un giro interpretativo se produjo con una STS, Civil, 22 julio 2015, rec. cas. 1701/2013, que aunque no condenó al administrador de derecho, cuya responsabilidad había sido excluida en los pronunciamientos de instancia y apelación, y no había recurrido, sentó doctrina en el sentido de que puede haber condena de uno u otro en caso del incumplimiento de un deber legal, como es el que impone al administrador de la sociedad la normativa concursal de pedir el concurso en caso de insolvencia actual<sup>36</sup>.

Por consiguiente, con la posibilidad de condena de los administradores de hecho, se habría producido, ya antes de la crisis del 2020, un endurecimiento de la responsabilidad social de los administradores no sólo por deudas derivadas de contratos civiles o mercantiles, sino también por los créditos laborales, que ha roto con la tradicional presencia muy limitada de éstos en los repertorios jurisprudenciales.

## 5.2. LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

De hecho, una buena prueba de ello es que la admisión de pretensiones resarcitorias había abierto nuevas líneas de negocio, potenciando un tipo de seguros de responsabilidad civil, conocidos en el argot del sector como seguros RC D&O. Estas pólizas de origen anglosajón para *directors and officers* se habían globalizado, pasando de las multinacionales a otras empresas, sobre todo desde que determinados administradores europeos y nacionales<sup>37</sup> centraran su atención en las mismas para tratar de recuperar créditos a partir de estas coberturas desde el 2012. Las pólizas se caracterizan por proteger el patrimonio personal de los administradores, consejeros y directivos frente a reclamaciones por el ejercicio incorrecto de sus funciones<sup>38</sup>. Algunos estudios prueban que antes de la crisis

4730), y 222/2004, de 22 de marzo (RJ 2004, 1661), "al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad". Máxime cuando la responsabilidad pretende derivarse de la omisión de una conducta cuyo cumplimiento no está al alcance del administrador de hecho -la presentación de unas cuentas cuya formulación está reservada al administrador de derecho y su aprobación a la junta general, cuya regular convocatoria también reserva la norma a este".

36 Así se señala: "Obviamente, el único legitimado para realizar la solicitud es el órgano de administración (los administradores legales), pero esto no impide que el administrador de hecho pueda ser responsable si el administrador legal es un mero testaferro, en cuanto la omisión se puede imputar a quien tomaba las decisiones de la compañía. Y esto no obsta que la responsabilidad pueda ser también del administrador legal, que ha dejado de cumplir con un deber legal grave. Para eximirse de responsabilidad, no puede escudarse en la existencia de un administrador de hecho que de facto administraba la compañía, salvo que demuestre que intentó cumplir con aquel deber legal y que el administrador de hecho lo impidió".

37 Algunos casos mediáticos los han dado a conocer, como el del expresidente de Caja Madrid, Miguel Blesa que trató de utilizar la póliza para cubrir una fianza de 16 millones de euros en el proceso por las tarjetas black.

38 Un buen análisis de su extensión en BENITO OSMA, F. (2019), "La acción directa del perjudicado en el seguro de responsabilidad de administradores y directivos (D&O). Comentario a la STS, de 11 de septiembre de 2018". *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 110, versión digital en base de datos Aranzadi, pp. 1-34.

se había incrementado mucho su utilización, en particular entre empresas cotizadas<sup>39</sup>. En todo caso, este paraguas no siempre será un elemento protector, pues en muchos casos, las cláusulas de exclusión en estos seguros han impedido su utilización en créditos derivados de deudas laborales y de seguridad social. Por ejemplo, se ha considerado en alguna sentencia que como cubren esencialmente indemnizaciones reclamadas por terceros perjudicados por la actuación de administradores y directivos, no serían tales, las cotizaciones de Seguridad Social<sup>40</sup>. En esencia, por configurarse éstas no como “indemnizaciones” sino como obligaciones legales.

39 Vid. Estudio Marsh sobre el mercado español de Seguros D&O, que apunta su mayor incidencia en las empresas grandes y menor en las PYMES; y que las reclamaciones planteadas frente a estos directivos y administradores serían encabezadas por accionistas y, en segundo lugar, empleados.

40 Vid. SAP de Barcelona núm. 538/2017, de 11 de octubre [JUR 2017, 291880] señala: «*el pago de las cuotas de la seguridad social, así como el recargo por su pago tardío es una obligación legal que corresponde a la propia sociedad y por extensión, en este caso, al propio administrador. No puede confundirse una obligación para con la Seguridad Social con el concepto de indemnización, sin que las cuantías reclamadas resulten de un daño derivado de la explotación del negocio. Recapitulando todo lo anterior, el contrato de seguro que unía a las partes no puede producir el efecto pretendido por la actora/apelante pues por causa a ella imputable a título de responsabilidad objetiva dejaron de cumplirse obligaciones legales, lo que exonera a la aseguradora del pago de la prestación pretendida*».