

EL IMPACTO DE LA COVID-19 SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA «IMPREVISIBILIDAD» DE LA PANDEMIA Y DE SUS EFECTOS ECONÓMICOS

COVID-19 Impact on the Directors' Liability Regime: Some Considerations on the «Unpredictability» on the Pandemic and its Economic Effects

Miguel García Casas

Asociado Senior Herbert Smith Freehills Spain
Universidad Complutense de Madrid
E-mail: miguel.garcia-casas@hsf.com



Autor

Este artículo analiza el potencial impacto de la COVID-19 sobre las acciones de responsabilidad contra los administradores y, en concreto, la responsabilidad por incumplimiento del deber de previsión.



Resumen

This paper makes an analysis of the potential impact of COVID-19 over the claims based on the directors' liability regime and, specifically, the directors' liability regime as a result of the breach of prediction's duties.

imprevisibilidad; COVID-19; responsabilidad de administradores; diligencia
unpredictability; COVID-19; Directors' liabilities; diligence



Key words

Recibido: 21/12/2020. Aceptado: 04/01/2021



Fechas

1. Introducción

Desde marzo de 2020 y —como consecuencia de la grave crisis sanitaria, económica y social que ha generado la pandemia de la COVID-19— resulta notorio que todas nuestras tradicionales estructuras jurídicas se han visto, de un modo u otro, afectadas.

Es igualmente inequívoco que el impacto de la COVID-19 sobre nuestro ordenamiento resulta desigual en función de la rama del derecho a la que hagamos referencia. A nadie escapa que estamos en una época en la que existe una genuina alteración de algunos postulados de ciertas disciplinas jurídicas que —durante años— se habían mostrado inalterables. Así está sucediendo con derecho de contratos, con el derecho laboral, con determinados aspectos de derecho público o con el derecho concursal.

Ahora bien, hay otras áreas que —en una primera aproximación— podrían haber pasado más “inadvertidas” y, sin embargo, pueden experimentar una particular afección como consecuencia de lo que ha sucedido en estos meses. Entre esas áreas destaca la que es objeto de este trabajo.

Nos planteamos, por tanto, en qué se ve afectado el régimen de la responsabilidad de los administradores sociales en este escenario y si las obligaciones de estos se mantienen inalteradas o hay consideraciones que deben tenerse en cuenta.

2. El impacto de la COVID-19 sobre el régimen de responsabilidad de los organismos públicos

2.1. Reflexión previa

La primera consideración que debe hacerse al valorar el impacto de la COVID-19 sobre la responsabilidad de los administradores sociales es que estamos necesariamente ante un terreno inexplorado.

Dada la relativa cercanía en el tiempo del inicio de la pandemia, de la declaración de los distintos estados de alarma y de las sucesivas olas de casos que se están produciendo tanto en España como en el resto de Europa, podemos afirmar (no sin cierto desconsuelo) que aún vivimos bajo los efectos de la pandemia y que la recuperación de esta se atisba todavía lejana en el tiempo.

Lo anterior implica que desconocemos (en este momento) cuáles pueden ser los efectos a largo plazo de esta situación (y, particularmente, de la crisis económica que ha provocado la COVID-19). Entre esos efectos se encuentra, sin duda, el impacto que esta tendrá sobre la responsabilidad de los administradores sociales cuya extensión solo podrá ser adecuadamente calibrada dentro de varios años y una vez que nuestros tribunales y la mejor doctrina hayan tenido la oportunidad de hacerlo.

Ahora bien, lo que sí tenemos en este momento son indicadores de otras disciplinas del derecho que, por analogía, nos pueden servir para estimar cuáles pueden ser las consecuencias en el ámbito que aquí tratamos. Entre esos indicadores, nos referimos a la jurisprudencia de los Juzgados de lo Social sobre el incumplimiento de los organismos públicos en prestar ciertas medidas de prevención a sus trabajadores.

2.2. La Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel de 3 de junio de 2020

Ya en los primeros meses posteriores a la irrupción de la COVID-19 hubo una serie de pronunciamientos judiciales (los primeros, necesariamente, en sede cautelar) en los que nuestros tribunales se pronunciaban acerca de la obligación de distintas entidades públicas de prestar elementos de protección suficientes a los trabajadores del sector sanitario.

Entre estos pronunciamientos destacamos —por su aplicación al presente análisis— una Sentencia de 3 de junio de 2020 del Juzgado de lo Social de Teruel (AS\2020\1670) en la que, resolviendo sobre el fondo, se hizo un meritorio análisis de la cronología de sucesos ocurridos entre diciembre de 2019 y abril de 2020 a los efectos de determinar “si la actuación llevada a cabo por las demandadas como empleadoras del personal representado por el sindicato FASAMET [...], en materia de aportación de EPIS para el desarrollo de trabajo, ha conllevado la infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y asimismo, si ello ha supuesto, la vulneración de los derechos fundamentales del derecho a la vida e integridad física del art.15 de la CE y el derecho a la salud del art. 43 de la CE”.

En otras palabras, se ponía en tela de juicio si las distintas administraciones y entes públicos demandados habían cumplido diligentemente con sus obligaciones en la gestión de los servicios de salud y, en concreto, si —con su actuación— habían vulnerado los derechos de los trabajadores sanitarios. En este sentido, la sentencia asumía como hecho notorio “la insuficiencia de EPIS adecuados y homologados en centros sanitarios públicos”.

Entre las alegaciones de las demandadas se indicaba que la obligación de prestar estos medios de protección a los sanitarios resultaba inexigible toda vez que había tenido lugar una situación de “fuerza mayor o riesgo catastrófico” que, por su carácter “imprevisible e inevitable”, eximía de responsabilidad a estas.

El debate se trasladaba a determinar si la necesidad de realizar acopio de EPIS era o no previsible y si, por tanto, las administraciones demandadas tenían la obligación de actuar con diligencia en la obtención de estos elementos de protección. Dicho sea de otro modo, habría de determinarse si la COVID-19 puede equipararse (siguiendo la definición de la fuerza mayor dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo) a un suceso “que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable”.

La respuesta de la Sentencia del Juzgado de lo Social a este planteamiento resulta contundente:

1. Tras el análisis cronológico de los eventos previos a marzo de 2020, concluye que “debió preverse la necesidad de disponer de abundantes EPIS para los sanitarios con la finalidad de protegerles frente al riesgo de contagio por COVID-19, lo cual redundaría en la protección del resto de la ciudadanía”;
2. Se niega que la pandemia fuera imprevisible “en atención a los numerosos avisos y recomendaciones de la OMS, desde enero de 2020, y acrecentados en febrero de 2020, y asimismo, con los propios informes del Gobierno desde el 23 de enero de 2020, de los que se desprende que conocían esos datos de la OMS, y por tanto, podían prever la forma de propagación del virus entre personas [...]”;

3. Se destaca la obligación de las administraciones demandadas de “actuar con precaución y previsión, y haberse provisto con antelación de EPIS suficientes para hacer frente a la situación que estaba por llegar y ello por su deber como empleadora pero además con más razón, por ser administración pública”; y
4. En cualquier caso, y aun asumiendo que “la magnitud de la pandemia era imprevisible”, se declara la obligación de las administraciones de mitigar el daño, esto es, aliviar “los riesgos a los que se exponían los trabajadores sanitarios y por extensión, al del resto de la población”.

Dejando al margen las cuestiones estrictamente político-administrativas (que no son objeto de este trabajo) y la relevancia que esta sentencia pueda suponer en materia de prevención de riesgos laborales, entendemos que este pronunciamiento implica un cambio de paradigma puesto que introduce un juicio acerca de la “imprevisibilidad” de la COVID-19 y reconoce la responsabilidad de ciertas administraciones por no actuar diligentemente ante la amenaza de la pandemia.

3. La responsabilidad de los administradores sociales bajo el prisma de la “imprevisibilidad”

El anterior pronunciamiento judicial nos lleva a plantearnos si podemos encontrarnos ante una resolución judicial que —en sede de responsabilidad de administradores sociales— concluyera en términos similares. Esto es, que se pudiera condenar a un administrador social por no actuar diligentemente (con sus trabajadores, con sus socios o accionistas o con terceros) ante el impacto provocado por la COVID-19.

3.1. Acción de responsabilidad

Para llevar a cabo este análisis partimos de la principal vía para exigir la responsabilidad de los administradores: la acción social e individual de responsabilidad frente a los administradores. El artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) dispone, en su apartado primero, que “los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”.

La declaración de responsabilidad del administrador social exige que se analice la conducta y los actos realizados en el ámbito de su cargo. Y, en particular, en determinar que la conducta y los actos de los administradores tienen carácter antijurídico lo que, a juicio del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid (Sentencia de 23 de enero de 2014), se manifestaría “bien mediante una acción, bien mediante una omisión, la cual sea merecedora de un reproche jurídico asentado en los siguientes criterios: infracción de la ley, de los estatutos o negligencia, calificada esta por el incumplimiento de los deberes específicos de su cargo”.

Dejando al margen las infracciones legales o estatutarias, deberemos determinar cuál es el régimen de la *negligencia* como criterio para determinar la responsabilidad de los administradores sociales. Este análisis puede llevarse a cabo, por oposición, desde el prisma de la *diligencia*.

Así, en palabras de Garreta Such (2014, p. 47) “la gestión del administrador es una gestión ‘profesional’; no es una gestión anárquica, improvisada, dirigida en función de intuiciones no justificadas, sino una actuación diligente en representación de la sociedad y con lealtad a la misma”. Señala el prof. Sánchez Calero (2007, p. 183) que la exigencia que se realiza al administrador equivale a esperar de este “una prudencia, cuidados y atenciones superiores a las de un hombre medio, pues nos hallamos ante una mayor exigencia por la profesionalidad que se pide a un ordenado empresario”.

3.2. El “deber de previsión” del administrador social

Esta exigencia de *profesionalidad* (como equivalente a *diligencia* y opuesto a la *negligencia* que indica la Ley de Sociedades de Capital) tiene una manifestación muy concreta que consiste en lo que podríamos denominar como “el deber de previsión” entendiéndolo, como tal, la obligación del administrador de “adelantarse a los acontecimientos” o, al menos, a calcular *a priori* cuáles son las posibles consecuencias de ciertos actos y qué impacto van a tener estas en la entidad que administran.

Este “deber de previsión” se complementa con la obligación de adoptar medidas para evitar los riesgos que pueden afectar a la sociedad que administran o, en su caso y en la medida de lo posible, mitigar los daños que aquella pueda sufrir.

Así lo han entendido algunos autores al señalar que “el hombre razonable y el buen empresario ha de ser capaz de prever las consecuencias de sus actos y para ello utilizará todas las herramientas a su disposición hasta alcanzar una visión razonable del futuro de la empresa que gestiona, prever los resultados de una inversión y su recuperación, las consecuencias de la utilización de los recursos de la empresa, disponibilidad de su efectivo o posibilidad de retorno de los empréstitos, etc. Evidentemente no han de coincidir previsiones con resultados pero una diligencia profesional sí ha de calcular anticipadamente las consecuencias de la conducta” (Garreta Such, 2014, p. 56).

En suma, se le exige al administrador que sepa anticiparse a los acontecimientos y prever cuáles son los efectos de las decisiones que él tome y de las circunstancias que afecten al desarrollo de la actividad de la entidad que administra. A sensu contrario, será considerado como “negligente” aquel administrador que adopta determinadas medidas sin calcular el impacto negativo de estas sobre la sociedad o, sencillamente, que despliega una actitud pasiva ante ciertos hechos que pueden tener repercusión en la entidad.

Ahora bien, de lo anterior también se deduce —en los términos previstos en el artículo 1105 del Código Civil— que el administrador no puede ser responsable por aquellos “sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. Si resulta imposible “adelantarse” a un determinado acontecimiento (porque este era imprevisible) o no pueden evitarse o mitigarse los efectos de aquel (por ser inevitable) resulta inequívoco que no puede haber responsabilidad de los administradores.

3.3. El criterio del Tribunal Supremo sobre el “deber de previsión”

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de definir qué se entiende por “imprevisibilidad” en relación con la responsabilidad de los administradores. En concreto, la Sentencia de 26 de diciembre de 2014 (RJ\2014\6902) se pronunció acerca de si los administradores de una

sociedad eran responsables por adquirir acciones en autocartera en un momento anterior al estallido de la burbuja inmobiliaria. Al hilo de las consideraciones sobre “imprevisibilidad” el Tribunal Supremo concluyó lo siguiente:

1. Afirma que la valoración acerca de la antijuridicidad de la conducta de los administradores (por una actuación negligente) no debe hacerse “juzgando ex post facto, sino situándose en el momento en que se realizó, antes del estallido de la burbuja inmobiliaria”;
2. Asimismo, sostiene que la decisión exculpatoria de la Sentencia de la Audiencia Provincial es correcta porque “desde el momento en que la actuación de los administradores no era contraria a la ley ni a los estatutos, sólo podía ser calificada de antijurídica si no se ajustaba ‘al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal’ [...]. Para ello necesariamente debe juzgarse en atención a las perspectivas que existían entonces sobre la evolución de la cotización de los propios valores, pues eso determinaría que a la postre pudiera concluirse que la inversión en autocartera era conveniente para la sociedad o fue una actuación claramente negligente”; y
3. Concluye el Tribunal Supremo que debe valorarse la conducta de los administradores en el momento en que esta se produjo (“si bien en ese momento los indicadores eran negativos, y podría considerarse de poco aconsejable la operación de liquidación realizada, todavía no se había producido el estallido de la burbuja inmobiliaria y el derrumbe de la cotización de las acciones de Colonial, que es lo que, ex post facto, muestra lo equivocado de la decisión”). Desde ese punto de vista “no está tan claro que fuera tan predecible en aquel momento, o por lo menos con la gravedad que luego mostró y que todavía padecemos, pues afectó a todo el sector inmobiliario y, por efecto reflejo, a toda la economía”.

En resumen, el Tribunal Supremo brinda un criterio temporal para enjuiciar la responsabilidad de los administradores sociales: habrá de valorarse si, en el momento de adopción de una determinada decisión, las consecuencias de esa decisión eran previsibles. Se excluye, por tanto, la posibilidad de enjuiciar actos de los administradores a la vista de sucesos posteriores que no podían haber sido razonablemente previstos al tiempo de realizarse.

De conformidad con el anterior criterio tampoco se puede censurar la conducta de aquellos administradores que no adopten medidas para evitar (o mitigar) ciertos fenómenos que eran imprevisibles en el momento en que se podían haber adoptado aquellas medidas.

4. Aplicación del criterio de “imprevisibilidad” en la actuación de los administradores ante la COVID-19

A la vista del anterior criterio (y de las consideraciones realizadas acerca de la actuación “diligente” o “profesional” de los administradores sociales), hemos de plantearnos cuál es el estándar de exigencia que debe desplegarse sobre los administradores sociales en relación con la COVID-19 y con las consecuencias derivadas de esta.

Para responder a esta pregunta deben, a mi juicio, distinguirse tres periodos de actuación diferenciados (cuyos límites, dicho sea de paso, resultan ciertamente difusos): (i) un primer momento temporal al que denominaremos “periodo de explosión” (que tuvo lugar en las semanas inmediatamente posteriores a la declaración del primer estado de alarma); (ii) un segundo

momento temporal al que podemos llamar “periodo de estabilización” (que tuvo lugar entre la relajación de las medidas de confinamiento y la introducción de las primeras vacunas); y (iii) un tercer episodio al que nos referiremos como el “periodo post-COVID” (que, probablemente, se extienda durante los próximos meses y años).

4.1. Periodo de explosión

Si bien es cierto que la Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel (a la que se ha hecho referencia previamente) indica con toda claridad que en el mes de febrero de 2020, “la situación y la dimensión de la epidemia y posterior pandemia era conocida por el Ministerio de Sanidad y las Consejerías o Departamentos de Sanidad de las Comunidades Autónomas”, no es menos cierto que este conocimiento estaba limitado a ciertos organismos públicos con competencias en materia de gestión sanitaria y salud pública.

De hecho, los mensajes enviados desde prácticamente todas las fuentes institucionales y administraciones públicas conducían razonablemente a pensar que un evento de la trascendencia e impacto de la COVID-19 no iba a tener lugar ni en España ni en el resto del mundo.

Durante este primer periodo, no se puede exigir a los administradores sociales que actuasen de un modo incoherente con las instrucciones recibidas desde las distintas administraciones públicas. Dicho sea de otro modo, no se puede pedir a los administradores sociales que desplieguen un nivel de diligencia infinitamente superior a aquel que desplegaron las autoridades competentes en la materia y ello, entre otras cosas, porque el acceso a la información sanitaria y de salud pública que tienen aquellos es, por naturaleza, muy inferior al que tienen las administraciones públicas competentes.

Lo anterior llevaría, a mi juicio, a eximir de responsabilidad a los administradores por las decisiones (o, fundamentalmente, por la falta de adopción de ciertas decisiones) durante aquellos meses. Así, y a título de ejemplo, no cabría exigir responsabilidad de un administrador que (i) hubiera decidido acometer una importante inversión económica (que posteriormente se demostrase ruinosa) en este periodo; (ii) que no hubiese diseñado un plan de contingencia para reaccionar ante las consecuencias económicas provocadas por la COVID-19; o (iii) que no hubiese previsto ciertas medidas sanitarias para la protección de la salud de sus clientes, empleados o proveedores.

Es obvio, por otra parte, que —dadas las circunstancias de estos primeros meses de pandemia— no se puede exigir a los administradores que hubiesen adoptado medidas que (por unas u otras razones) estaban fuera de su alcance (por ejemplo, adquirir mascarillas para todos sus empleados en un momento de desabastecimiento del sector).

4.2. Periodo de estabilización

Una vez que se fueron relajando las medidas de confinamiento y se recuperó una cierta normalidad en la actividad de las empresas, es razonable exigir a los administradores que —en cumplimiento de su “deber de previsión”— tomasen conciencia de una serie de hechos que resultaban admitidos socialmente: (i) la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 se extendería durante, al menos, unos meses; (ii) como consecuencia de esta crisis sanitaria se produciría una importante contracción económica; y (iii) han tenido lugar unos cambios sociales (de carácter más o menos permanente) que afectan —de un modo transversal— a la actividad mercantil.

Sobre la base de lo anterior cabe también exigir a los administradores que adopten medidas para mitigar el impacto de lo inevitable (por ejemplo, la disminución de la demanda) o que traten de evitar aquello que sí pueda ser evitado (por ejemplo, la propagación de la enfermedad a través de la adopción de ciertas medidas sanitarias en el ámbito de la actividad propia de la mercantil).

Así las cosas, el administrador que o bien ignorase (culpable o dolosamente) aquellos hechos, o bien —conociéndolos— omitiera cualquier medida para evitar o mitigar sus efectos, podría incurrir en un supuesto de responsabilidad como administrador por negligencia en el desempeño de sus funciones.

En estos supuestos teóricos de responsabilidad habría de enmarcarse la actuación del administrador que no adoptase ninguna medida sanitaria para evitar el contagio de la enfermedad entre sus trabajadores o clientes (o cuyas medidas son manifiestamente insuficientes). También, y desde un punto de vista económico, sería negligente el administrador de una sociedad cuya actividad se ha visto especialmente afectada y que, sin embargo, no reduce su estructura de costes (o incrementa estos significativamente) en la expectativa (ilusoria) de que sus ingresos no se verían disminuidos.

Creemos que —en este periodo— no debe confundirse el optimismo o visión empresarial de ciertos administradores con actuaciones absolutamente imprudentes y que carecen de toda justificación económica en un entorno económico convulso. Habrá, por tanto, que definir (caso por caso) qué actuaciones pueden ser consideradas como “audaces” y cuáles como “temerarias” y para ello habrá que tener en cuenta una serie de variables que habrán de ir acompañadas del suficiente soporte probatorio: situación financiera de la entidad, sector en el que se desarrolla, tipo de actuación, razonabilidad económica, etc.

4.3. Periodo post-COVID

Este tercer periodo (al que, afortunadamente, nos encaminamos) estará probablemente presidido por una cierta incertidumbre respecto al resultado y eficacia de las vacunas y una considerable inseguridad acerca del futuro de la situación económica global.

Las anteriores incertidumbres hacen que sea extremadamente complicado determinar qué actuaciones son razonables (desde el punto de vista de la diligencia del administrador) y cuáles pueden ser consideradas como negligentes (por incumplir el deber de previsión).

Lo que sí pensamos que es absolutamente esencial —para entender que los administradores están actuando leal y diligentemente— es que todas las decisiones estén debidamente justificadas y, en su caso, soportadas por contrastados argumentos económicos, financieros o sanitarios.

Dicho sea de otro modo, recomendamos a los administradores que desplieguen, por un lado, un mayor empeño en estar al corriente de las previsiones que (en todos los ámbitos) puedan hacer los expertos independientes y, por otro lado, una mayor justificación de todas sus actuaciones.

La sociedad, la economía y los socios van a demandar (ahora más que nunca) un mayor grado de profesionalidad a los administradores y son estos los que deben estar a la altura de las expectativas.

5. Conclusiones

Entre los deberes de los administradores sociales se encuentra un “deber de previsión” que encaja dentro de la exigible conducta diligente del administrador. Así pues, cualquier incumplimiento del “deber de previsión” (que se manifieste a través de actuaciones negligentes) puede implicar el nacimiento de una responsabilidad del administrador societario.

Este “deber de previsión” debe también desplegarse con ocasión de la crisis sanitaria, económica y social producida por la COVID-19 y, del mismo modo que ha sucedido con las administraciones públicas, es probable que —en los próximos meses y años— se formulen acciones de responsabilidad contra administradores por su actuación durante los meses de la pandemia.

Para determinar el grado de responsabilidad de los administradores en estas circunstancias habremos de valorar el momento concreto en que se adoptaron las decisiones de gestión que se enjuician, los elementos de juicio de los que disponían los administradores y, finalmente, la existencia de justificación suficiente para tomar aquellas decisiones.

Así pues, resulta, a nuestro juicio, esencial que los administradores sociales actúen con especial prudencia y apoyando sus decisiones más relevantes en opiniones independientes que justifiquen que se está cumpliendo, en todo momento, con el “deber de previsión”.

Referencias

- Garreta Such, J. M. (2014). *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Calero, F. (2007). *Los administradores en las sociedades de capital*. Cizur Menor: Aranzadi.