

Deberes de lealtad retroactivos de los administradores frente a los acreedores devenidos socios (por canje) de la deuda reestructurada

Una construcción técnica para la defensa de los acreedores frente a conductas de administradores anteriores a la reestructuración.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Voy a diseñar un modelo de conflicto societario (sociedad, socios, acreedores) que en parte responde a un precedente real, privado aquí de singularidades no relevantes para nuestro intento. Las personas A y B son los socios directos de «Prima» e indirectos de «Secunda», que está participada al cien por cien por la primera. Ambas se encuentran en el *tiempo relevante* en dificultades que bastan para calificar su insolvencia de inminente o probable. Antes del tiempo relevante, Secunda hizo un préstamo en favor de Prima, que hoy no ha sido pagado, y cuyo vencimiento

se extiende en el tiempo relevante porque el préstamo se prorroga sucesivamente si ninguna de las partes lo denuncia. No se ha hecho ningún pago en virtud de la deuda del préstamo. El señor A es el consejero único de Prima y de Secunda. Ninguna de las dos sociedades está concursada y han evitado la quiebra cobijándose en sendos planes de reestructuración.

Llamamos «T5» al momento en que los acreedores sociales de Secunda se hacen con la propiedad de ésta merced a un acuerdo de reestructuración de cambio de deuda por capital. Prima y sus socios desaparecen de Secunda. Desde

el T0 hasta el T5 (momento de su salida de Secunda), el administrador de Secunda, señor A, no denunció como vencido el préstamo hecho a Prima. *En el T6, Secunda reclamará al señor A responsabilidad civil como administrador a consecuencia de su incumplimiento desde el T0 al T5 de su deber de lealtad para con la compañía (arts. 227 y 232 LSC).* La hipótesis tiene un aire de familiaridad con la especie resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo 693/2017, de 20 de diciembre (*Vulcano*), en la que finalmente se hizo triunfar el interés propio de la sociedad *como tal* frente a los intereses propios del socio único.

No nos interesa terciar en el debate de si los administradores sociales *deben conductas fiduciarias* a los acreedores sociales *en la proximidad* de la insolvencia, debate que en España asoma cada cierto tiempo al rebufo de la atracción que suscita la literatura estadounidense (Pedro VIZCAÍNO, 2017; Jesús ALFARO, 2019; Juana PULGAR y Eva RECAMÁN, 2020). En mi opinión, carece de importancia la existencia de estos deberes fiduciarios, que, por demás, no creo que los haya.

Lo que aquí se sostiene es que en la hipótesis considerada (los acreedores de Secunda han devenido en el T5 socios por canje de capitalización de deuda), *el interés social de Secunda coincidía con el interés particular de estos acreedores que luego habrían de convertirse en socios, y precisamente porque devinieron socios.* Por ende, Secunda puede instar en el T6 una acción social de responsabilidad por incumplimiento por los administradores de su deber de lealtad en todo el tiempo relevante. Cierto que operamos con una poderosa ficción al proyectar el presente hacía atrás en una retroactividad que parece violentar los hechos tal como eran en el pasado. Pero ello no es un óbice. El Derecho opera continuamente con ficciones, si están justificadas.

Y creo que el significado profundo del artículo 19 de la Directiva 2019/1023 (reestructuraciones) es el de justificar esta ficción. Carece de importancia práctica que esta norma no fuera transpuesta al Derecho interno por la Ley 16/2022, bastando aquí con apelar a la doctrina *Francovic* y *Marleasing* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al estar mi hipótesis circunscrita por su supuesto, puedo omitir pronunciarme sobre si *en el borde (on the border, am Rande)* de la insolvencia el interés de la sociedad deviene igual al interés de los acreedores como tales acreedores. Ni tampoco trato de cómo se articularía técnicamente este postulado *difícil de concretar en sus justos términos*, como resulta, por ejemplo, de la reveladora sentencia del Tribunal Supremo británico de 5 de octubre del 2022 (*Sequana*) y de los comentarios que ha generado (cfr. Christoph THOLE, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht —ZEUP—*, 2013, págs. 710 y ss.).

Si en la hipótesis ahora considerada se valora de justicia proveer algún remedio a Secunda *en su composición actual* —es decir a los acreedores de Secunda, en su nueva condición—, no nos serán útiles los remedios societarios y concursales legales de defensa de los acreedores en la proximidad de la insolvencia. Estos remedios, o presuponen un estado de concurso (así, arts. 226, 281, 443 y 456 TRLCon), o se han agotado ya en el procedimiento de homologación (arts. 631, 650 TRLCon), o, al menos textualmente, requieren que persista la legitimación de los acreedores como tales (arts. 240 y 367 LSC), o de hecho no protegen a los acreedores que ya lo fueran en el tiempo relevante (así, el art. 367 LSC), o acaban siendo caminos ciegos, como los artículos 240 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), si los acreedores han de enfrentarse al interés social de Secunda en el T0, interés amalgamado del de los socios y del de

la empresa, que no dejará resquicio de alteridad societaria que permitiera desagregar el tóxico tándem de intereses autorreferenciados.

Ahora sólo me ocupo del problema del deber de lealtad en la hipótesis considerada. Las cuestiones relativas a la causalidad entre conducta y daño y a la prescripción del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital se posponen para futura ocasión. Por el momento, suponemos que estas dos variables son exógenas y no causales en nuestro caso.

Concreto la propuesta:

1. Entre el T0 y el T5, el administrador A no estaba sujeto a un especial deber de lealtad frente a Prima porque entre A, B, Prima y Secunda no existía heterogeneidad de intereses, de forma que, cualquier cosa que hiciera o dejara de hacer, A nunca se encontraba en el supuesto de lesionar los intereses de Secunda.
2. Más aún, siempre podía redargüir en su favor que, al no exigir el pago del préstamo ni declararlo vencido, el administrador A estaba promoviendo los intereses de Secunda, que no podían ser otros que el de sus socios absolutos.
3. Secunda, por medio de su administrador A, nunca hubiera interpuesto una acción de responsabilidad contra el administrador A, y nunca *hubiera debido interponerla*, porque una acción de esta naturaleza no estaría comprendida en el deber de lealtad del administrador A frente a Secunda.
4. Si tal regla existe y puede construirse razonablemente que en tales casos el interés de los acreedores es (uno, preeminente, etc.) el interés de la sociedad, entonces procede declarar que, problemas de prescripción al margen, entre el T0 y el T5, el administrador social A estuvo *incurso en incumplimiento de su deber de lealtad frente a la sociedad*.
5. La naturaleza *móvil* del deber de lealtad no estaría contradicha por la Sentencia del Tribunal Supremo 14/2018, de 12 de enero. Esta sentencia se limitó a sostener, correctamente, que el inicio del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad no es el día en que el actor entró en el capital social y salieron los socios históricos. Según el Tribunal Supremo, y con razón, es incorrecta la tesis de que «los administradores contra los que se dirigió la acción, que habían sido los únicos accionistas, dejaron de ostentar la mayoría del capital social y entró en el accionariado un nuevo socio mayoritario, y sólo en ese momento fue posible ejercitar la acción social».