



Pedro B. Martín Molina

Abogado, economista, auditor, doctor y profesor titular Sistema Fiscal. Socio fundador de Firma Martín Molina

La actuación del órgano de administración ante una situación empresarial de dificultad económico-financiera

Los actos y los comportamientos de los miembros del órgano de administración deben ajustarse a los principios legales (art. 225 TRLSC) del deber de fidelidad y de lealtad y del deber general de diligencia. En lo relativo al deber de fidelidad y de lealtad, ser el representante legal y leal hace referencia, esencialmente, a la obligación de fidelidad que se impone en la defensa de los intereses de la sociedad representada, anteponiéndose estos intereses a los propios de los administradores. El deber general de diligencia equivale al cumplimiento con la conducta socialmente esperable en el tráfico empresarial, conformándose este modo de actuar a partir de los usos comerciales generalmente aceptados y las buenas prácticas en la gestión empresarial. La diligencia debida se entiende como un concepto jurídico indeterminado que requiere de unas precisiones definitorias que ayuden a concretar su alcance y que, en esencia la TRLSC lo relaciona con el concepto de "ordenado empresario". La circunstancia de un uso razonable de la información y en interés de la propia sociedad, las decisiones a tomar cuando aparecen síntomas de dificultades pueden ser distintas a las convencionales en situaciones de normalidad.

Cuando aparecen síntomas de dificultades económico-financieras, se analiza el cumplimiento de la diligencia debida desde una doble perspectiva: 1.- Desde el punto de vista del diagnóstico y la relación de causalidad. Una vez analizados los motivos y los síntomas de las dificultades manifestadas o que se aprecien inminentes, se pronostica cuál es la situación venidera y se actúa en consecuencia. De este modo, ante un diagnóstico preventivo, el órgano de administración toma decisiones solapando un doble objetivo: (i) atendiendo las exigencias legales que se deriven de la situación real o inminente y, (ii) en consonancia con las necesidades económicas y financieras pronosticadas. Cuando las dificultades detectadas hagan referencia a situaciones de insolvencia futura, todavía no manifestada pero previsible a corto plazo, el cumplimiento con el deber de diligencia requiere que sea necesario que se tomen en cuenta las previsiones normativas de la legislación concursal, de tal manera que se valore la viabilidad de utilizar las herramientas preconcursales con el afán de impedir alcanzar una situación de insolvencia real que supondría la preceptiva solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores. Cuando las dificultades provienen de una progresiva descapitalización por resultados negativos -que no necesariamente tiene que suponer una situación de falta de liquidez- las acciones se han de encaminar a la capta-



ción de recursos ajenos o a la vía del incremento de la autofinanciación. Este último caso precisa de la toma de decisiones en la Junta General Ordinaria de Accionistas en la que se valore la posibilidad de aumentar el capital para evitar que la compañía se someta, llegado el caso, a unas situaciones de disolución obligatoria por pérdidas.

2.- Desde la perspectiva de cuál debe ser el interés superior protegido por parte del órgano de administración. Cuál es el bien jurídico principal ora el interés de la sociedad, ora la protección de los intereses de los acreedores ante la posibilidad de que a corto plazo se pongan en peligro sus derechos de cobro. Bajo esta circunstancia, el órgano de administración debe valorar los distintos intereses en juego, si bien no puede obviarse el hecho de que el deber de diligencia impuesto a los administradores lo es con relación a la sociedad no frente a terceros. Sin embargo, determinadas decisiones de gestión pueden resultar controvertidas en función de quien pueda quedar perjudicado por las mismas. La amplia casuística empresarial deriva en un abanico de situaciones por las que entran en conflicto los diferentes intereses y, por consiguiente, resulta controvertida la aplicación del deber de diligencia. Ante el dilema acerca de determinar qué intereses se han de tutelar en la proximidad a una situación de crisis, según la norma legal se entiende que debe prevalecer el interés de la sociedad siempre tomando en consideración todas las manifestaciones que la situación de dificultad pueda comportar. Si el órgano de administración toma sus decisiones bajo el paraguas de la discrecionalidad gestora dentro de los límites de la diligencia debida, no cabe entender que pueda asumirse, *per se*, las responsabilidades inherentes a tales decisiones.



■

Hemos de incorporar como un hecho notorio más para el cumplimiento de la diligencia debida en una situación desfavorable

■

No hay que olvidar que, en las posiciones críticas, la arriesgada toma de decisiones de los administradores en beneficio de la sociedad y que recaen sobre el pasivo empresarial, abre la posibilidad de que los acreedores puedan iniciar acciones individuales de responsabilidad contra el órgano de administración si entienden que existe una relación de causalidad entre las decisiones tomadas y el perjuicio sufrido. Recopilando las dos perspectivas anteriores y apelando al principio de prudencia y de diligencia, se ha de ponderar la relevancia de todos los intereses en juego, valorar el diagnóstico, contemplar el estricto cumplimiento con las previsiones legales en materia de crisis empresarial y, derivado de todo ello, tomar las decisiones discrecionales que se estimen necesarias. Solo así, se comprende la indulgencia hacia el órgano de administración aun ante la producción de perjuicios patrimoniales derivados de situaciones de crisis empresarial.

Hemos de incorporar como un hecho notorio más para el cumplimiento de la diligencia debida en una situación desfavorable la implementación de un modelo de gestión interna de la empresa. Las causas originarias de una situación crítica bien procedentes de los deterioros de parámetros económicos y financieros, bien surgidas de forma imprevisible por causas extraordinarias, precisan del establecimiento de un sistema de gestión interna que sea capaz de detectar anticipadamente estas situaciones críticas. Este modelo debe responder a la finalidad de garantizar que fluya la información en el momento adecuado, desde las funciones técnicas llamadas a realizar el trabajo de análisis hasta el más alto nivel directivo que ostente el órgano de administración en las sociedades de capital, en quien recae en última instancia la responsabilidad en la toma de decisiones estratégicas.

Una diligente labor de los servicios de gestión financiera y jurídica de la sociedad por delegación del órgano de administración consiste en advertir la presencia de unas contingencias económicas, financieras o jurídico-mercantiles y en adoptar las medidas de contención y solución de las situaciones empresariales desfavorables. Para conseguir que la toma de decisiones sea eficaz se deben incorporar unos mecanismos de información periódica que puedan predecir los sucesos y monitorizar los principales riesgos para la empresa. Mediante estos mecanismos la alta dirección tiene que poder disponer de un informe conciso acerca de la evolución de los parámetros más relevantes de la situación patrimonial, económica, y financiera y de las desviaciones sobre las previsiones establecidas.