
REFLEXIONES SOBRE EL DEBER DE DISOLUCIÓN A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY 27/2021, DE 23 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE PRORROGAN DETERMINADAS MEDIDAS ECONÓMICAS PARA APOYAR LA RECUPERACIÓN (BOE DE 24/11/2021)

Enrique Sanjuán.

Primer borrador.

1. CONTEXTO LEGISLATIVO.

Estoy perdiendo la cuenta del número de Reales decretos y Leyes que se han dictado para atender a esta situación excepcional derivada de la pandemia proveniente de China.

Una de las medidas que para ello se han venido dictando es atender al régimen de responsabilidad de los administradores de las compañías derivado de la denominada responsabilidad por deudas o por no disolución que se recoge en el juego de los artículos 367 y 363 de la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital y en concreto el apartado e) del segundo de los preceptos que obliga a disolver cuando existan pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. La amenaza ante ello proviene del primero de los preceptos (367) en tanto recoge una responsabilidad solidaria de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. Es decir que sí o sí debe convocarse junta por los administradores para que la empresa tome una decisión al respecto y en cualquier caso si no se toma deberá instar en su caso la disolución judicial si no es procedente el concurso de acreedores conforme al artículo 5 TRLCon1/2020. En su defecto existe una responsabilidad solidaria con su propio patrimonio (ex 1911 CC) respecto de las deudas sociales que suceden desde la causa de disolución hasta que esta se deja sin efecto y aunque se produzca este último evento seguirán siendo responsables conforme a la doctrina del Tribunal Supremo.

En dicho iter legislativo la última novedad es el Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación (BOE de 24/11/2021), que vuelve a establecer un periodo de suspensión tanto de los deberes de acudir al concurso de acreedores como de la responsabilidad que pueda derivarse de este y de haber incurrido en la causa de disolución que hemos referido.

La justificación de extraordinaria y urgente necesidad, de la que habla el citado Real Decreto es la siguiente:

“En este contexto, el presente real decreto-ley establece una serie de disposiciones cuya vigencia se extenderá más allá de diciembre de 2021, con el fin de proporcionar un marco de seguridad jurídica que otorgue estabilidad económica y apoye a las empresas en esta fase de la recuperación. Esto se logrará mediante la extensión del plazo para las ayudas a la liquidez y la solvencia, la exclusión de las pérdidas de 2020 y 2021 a los efectos de la causa de disolución empresarial, la extensión de la moratoria de la obligación de declaración de concurso en el caso de desequilibrios patrimoniales, en tanto se apruebe el nuevo régimen concursal, así como el establecimiento de un marco claro durante 2022 para las inversiones extranjeras directas”.

Es decir, los razonamientos que la norma nos da para ello son particularmente dos:

- a) Por un lado la anunciada llegada de la adaptación de la Directiva UE 2019/1023 de Reestructuración, actualmente en Anteproyecto y tras el periodo de consulta pública, que ofrecerá un nuevo marco regulatorio protector o preventivo de la insolvencia. Ello se completa con una línea de ataque a lo que la exposición de motivos llama desencadenamiento automático de concursos esperando que las medidas de apoyo consistentes en la ampliación del marco temporal de ayudas concedido por la Comisión europea en su Decisión de 18 de noviembre de 2021 que en el mismo se produce , ayuden a que solo las que tengan que ir a concurso vayan por no ser viables en ese tiempo adicional que ahora se concede.
- b) En segundo lugar el marco seguro para 2022 de inversiones extranjeras directas, que obedece, aunque limitadamente en el tiempo, al acuerdo de la Comisión Europea de 18 de noviembre de 2021¹ cuando recoge medidas para la solvencia de empresas:

“Solvency support measures to leverage private funds and make them available for investments in small and medium-sized enterprises (SMEs), including start-ups, and small midcaps. Member States may grant guarantees to private intermediaries, creating incentives to invest in these types of companies and provide them with easier access to such equity financing that is often difficult for them to attract individually. This is particularly relevant in light of the increasing indebtedness levels of companies during the crisis. This instrument is available to Member States until 31 December 2023.”

Una de las medidas, que ahora vemos , se expresó ya en el artículo 18 del Real Decreto-ley 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. Este precepto fue sustituido por el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. En el precepto se acordaba excluir las pérdidas de 2020 a los efectos de la determinación de causas de disolución de sociedades de capital para los supuestos del artículo 363. 1. e LSC y ello era importante para no generar esa responsabilidad por la vía del 367 LSC y las que indirectamente se producen por la administración tributaria y de seguridad social.

La exposición de motivos del RDL 27/2021 recoge que *“Gracias a dicha medida se logró evitar la liquidación de empresas que resultan viables en unas condiciones de funcionamiento de mercado normales, lo que hubiera provocado un escenario indeseable tanto sobre la estabilidad económica*

1

file:///Users/enriquesanjuan/Downloads/State_aid__Commission_sets_out_future_of_Temporary_Framework_to_support_economic_recovery_in_context_of_coronavirus_outbreak%20(1).pdf

como sobre la preservación del valor económico de las empresas y los puestos de trabajo. La medida se ha mostrado como un gran acierto que ha ayudado a limitar el impacto económico de la crisis sanitaria al permitir ganar tiempo a las empresas, acceder a financiación, pública o privada, e ir recuperando su actividad ordinaria.”

El nuevo texto del art. 13.1 de la Ley 3/2020 es, por tanto, desde la vigencia del mismo conforme a lo siguiente:

“«1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021. Si en el resultado del ejercicio 2022 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.»”

2. EL SIGNIFICADO DE LAS COSAS.

Por lo tanto y conforme a dicho nuevo periodo del artículo 13.1 las reglas que debemos observar son varias:

1º.- Por un lado, que el texto recoge que lo es solo y a los solos efectos del artículo 363.1. e) LSC y no a otros supuestos. Es decir que lo será por supuestos de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

2º. En segundo lugar debemos tomar en consideración el apartado segundo de dicho precepto: *“Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.”* Y aunque este deber se dilata nuevamente hasta 30 de junio de 2022 (más allá de ello dos meses después de esta fecha conforme a dicho precepto y el artículo 5 TRLCon y por lo tanto hasta 1 de septiembre de 2022) ello no impedirá el concurso voluntario o entrada en negociaciones con la aplicación de los plazos previstos en la norma, pero si los concursos necesarios pero estos últimos si se podrán presentar aunque no se admitirán a trámite desde el día siguiente al 30 de junio a no ser que se hubiera solicitado hasta esa fecha el voluntario².

Lo que la exposición de motivos explica al efecto es que *“... se establece la prórroga exclusivamente durante el ejercicio 2021 de la medida excepcional prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. En consecuencia, a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas, no se computarán las de los ejercicios 2020 y 2021, sin que surtan efecto las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto hasta la mitad del capital social hasta el resultado del ejercicio 2022.”*

² No existirá el deber de presentarlo hasta dos meses después pero sin embargo se podrán admitir los necesarios en esas circunstancias, lo que redundará en que no se habrá incumplido ese deber de solicitar el concurso voluntario y por lo tanto no existirá responsabilidad concursal por esta causa. (arts. 444.1º TRLCon).

Que *“no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021”* no se refiere a lo derivado de la crisis o de las pérdidas por ello sino al conjunto de pérdidas que pudieran tenerse en dichos ejercicios. Pero lo cierto es que si descontamos dichas pérdidas y la sociedad ya se encontraba en causa de disolución antes de las mismas, resultaría igualmente la exigencia de ese deber.

La introducción de la expresión *“a los solos efectos”* parece despejar la duda sobre si esas pérdidas deben ser o no consideradas inocuas no solo para el ejercicio en que si se generará el deber sino para siempre. Esto se aclara en el segundo apartado: *“Si en el resultado del ejercicio 2022 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social”*. Por lo tanto la situación lo es para los ejercicios concretos y respecto de esos ejercicios reestableciéndose la situación, como vamos a ver, al ejercicio 2022.

Al referirse al resultado del ejercicio 2022 realmente nos llevaría, en cuanto a las cuentas, al año 2023 puesto que el ejercicio es del primero de esos años. Pero al recoger también la expresión *“resultado del ejercicio”* del año 2022, parece demorarlo – y digo solo parece- al resultado formal del mismo. En concreto se recoge que *“Si en el resultado del ejercicio 2022 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.»* Esto es importante porque la obligación de llevar a la sociedad a disolución (o de convocar junta) no se produce con el resultado formal del ejercicio según la jurisprudencia sino en cualquier momento en que la misma se produzca. No obstante parece, en una primera lectura, que la expresión nos llevaría a esperar al resultado (elaboración de las cuentas, presentación, auditoría en su caso y aprobación o no por parte de la sociedad) durante el año 2023; aunque también puede ser interpretado a fecha 31 de diciembre de 2022 (o el que sea respecto de la sociedad en concreto cuando no es el año natural) como resultado que necesariamente han de conocer los administradores y que tiene su aval en la referencia al *“cierre del ejercicio”* al que se refiere la norma y el plazo que desde ahí se debe computar; una posible tercera lectura sería, sin perjuicio del deber, que lo sea en cualquier fecha de 2022 cuando del resultado del ejercicio se derive una situación de pérdidas que concluya la situación de disolución del 363.1 e).

Ese deber no es, sin embargo, el deber de concurso o no está formulado de la misma forma, por lo que en principio y en mi opinión, debería ser el *“cierre del ejercicio”* como momento temporal determinante tanto para su exigencia como para su cumplimiento. Es decir, no opera como la posibilidad de exigencia de otros y limitación temporal para su admisión sino como elemento temporal en donde no se podrá exigir por esta causa la disolución porque no existe ese deber. Aunque desde otro punto de vista podría distinguirse igualmente entre lo que es ese deber para los administradores y la paralela exigencia de responsabilidad del art. 367 LSC y la necesidad de disolución cuando un tercero (socio) así lo exija.

No recoge tampoco ninguna referencia la norma sobre los supuestos de cuentas consolidadas aún a pesar de que así se había venido solicitando desde la aprobación de la primera de esas normas.

Es decir, quedará al régimen de los Tribunales decidir esta determinación temporal que en cualquier caso parece exigir que partamos del cierre del ejercicio y del cómputo limitado de las pérdidas no para la eternidad sino hasta ese momento.