

Sociedades

Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores

El trabajo analiza la reforma de los deberes y la responsabilidad de los administradores por no convocar la junta o solicitar la disolución judicial por concurrir causa legal o estatutaria realizada mediante la Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La disposición final séptima de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) ha introducido dos importantes modificaciones en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) con la finalidad de adaptarla a las exigencias de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva.

La primera se refiere a la suspensión del deber de convocar la junta general en el supuesto de concurrencia de causa legal o estatutaria de disolución en caso de que los administradores hubieran solicitado en debida

forma la declaración de concurso o la apertura de negociaciones para llegar a un plan de reestructuración y mientras duren sus efectos (nuevo apdo. 3 del art. 365 LSC). La segunda afecta a la responsabilidad por deudas de los administradores que queda suspendida durante idéntico periodo y, además, se matiza para el caso de los administradores que hubieran aceptado el cargo de una sociedad ya incurso en causa de disolución, en línea con cierta orientación de la jurisprudencia (reforma del art. 367 LSC).

En las líneas que siguen daremos cuenta de los aspectos de esta reforma que nos parecen de mayor interés y haremos algunas consideraciones sobre algunos problemas que puede plantear su aplicación en la práctica.

2. Reforma de los deberes de promoción de la disolución

2.1. Contenido

La reforma del artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital consiste en suspender el deber de convocar la junta general cuando concurra (cualquier) causa legal o estatutaria de disolución durante la eficacia de una comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración (apdo. 3 del art. 365 LSC). La normativa concursal establece por su parte que, mientras estén en vigor los efectos de esta comunicación, queda en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social o pérdidas «cualificadas» (arts. 613 y 690.8 TRLC).

El resultado final de la ordenación normativa es que los administradores de una sociedad de capital, cuando concurra una causa legal o estatutaria de disolución acompañada de una situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o inminente, tienen las siguientes opciones (se elegirán conforme a la diligencia debida del artículo 225, esto es, subordinando su interés particular al interés de la empresa):

- a) Si consideran posible alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos pueden presentar una comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar tal acuerdo (art. 585 TRLC).

La presentación «en debida forma» de esta comunicación suspende

el plazo legal de dos meses para convocar la junta general para la promoción de la disolución (no suspende el plazo para solicitar la disolución judicial) durante el plazo de duración de los efectos de la comunicación (tres meses más las prórrogas de los artículos 607 y 608 TRLC).

- b) Si no consideran posible (o no ha sido posible) alcanzar dicho acuerdo, deberán solicitar el concurso si la sociedad está en estado de insolvencia actual (art. 611 TRLC) o podrán hacerlo si concurre insolvencia inminente (art. 2 TRLC).

En el caso de las microempresas también es posible solicitar la apertura del procedimiento especial en caso de insolvencia probable (art. 686.1 TRLC). La apertura del procedimiento especial de continuación implicará la suspensión del deber legal de acordar la disolución por pérdidas cualificadas en tanto se tramita (art. 694 bis.3 TRLC).

2.2. Análisis

Ésta era una reforma muy demandada en la práctica. Aunque dicho resultado se podía inferir del conjunto del sistema normativo, la anterior regulación no preveía expresamente la suspensión de los deberes de promoción de la disolución por pérdidas como efecto de la presentación de una comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (derogado art. 5 WTRLC).

La pendencia de una posible responsabilidad por deudas para los administradores de la sociedad en situación de

disolución por pérdidas no es un buen escenario de negociación y en este contexto no ha lugar a la incertidumbre, por lo que la previsión legal expresa de la suspensión de los deberes de promoción de la disolución durante las negociaciones debe saludarse positivamente.

Con todo, es necesario todavía realizar alguna observación al alcance de la reforma.

La primera se refiere al caso de que, transcurridos los dos meses legalmente previstos para convocar la junta general, surjan los deberes de solicitar la disolución judicial cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado (art. 366.2 LSC). La ley no suspende el deber de instar la disolución en este caso, y creemos que no es un olvido porque, transcurrido el plazo máximo legal para la convocatoria de la junta general, cualquier legitimado puede instar la disolución judicial y tampoco se ha dispuesto expresamente la suspensión de esta facultad generalmente atribuida a los acreedores (art. 366.1 LSC). No obstante, es preciso tener en cuenta que, según la normativa concursal, durante el plazo de efectos de la comunicación de apertura de las negociaciones queda en suspenso el deber de promover la disolución por pérdidas (arts. 613 y 690.8 TRLC), de modo que ni resulta exigible a los administradores promover la disolución judicial ni permanece, para los acreedores, la facultad de hacerlo.

La segunda observación se refiere a la necesidad de coordinar estos deberes legales de promoción de la disolución con

los que pudieran derivarse del estándar de diligencia debida en el desempeño del cargo: el hecho de que el legislador haya suspendido el deber legal concreto de convocar la junta general durante el plazo que duren las negociaciones no quiere decir que los administradores no deban convocar la junta si así lo exige el estándar general de diligencia y el interés social.

Los socios tienen derecho a estar informados y los administradores deben proponerles las medidas que resulten necesarias o convenientes al interés social para remover una situación de disolución, y deben hacerlo sin demora (los plazos son plazos máximos). La continuación de la actividad de la sociedad causante de nuevas pérdidas sin dar la opción a los socios de que adopten las medidas más convenientes para la defensa de sus intereses como aportantes del capital, incluso la disolución voluntaria, puede determinar la responsabilidad correspondiente por daño al patrimonio social exigible mediante la acción social.

Dicho lo anterior, es preciso recordar también la necesidad de coordinar los intereses de los aportantes del capital con los intereses del resto de los interesados en el contexto de la proximidad a la insolvencia. De este modo, si la publicidad inherente a una convocatoria de junta general puede afectar de forma negativa a la consecución de un plan de reestructuración, lo conforme al estándar de diligencia debida en el desempeño del cargo puede ser evitar dicha publicidad y negar la convocatoria incluso cuando haya sido solicitada por la minoría (art. 168 LSC).

3. Reforma de la responsabilidad por no promoción de la disolución

3.1. *La responsabilidad de los nuevos administradores*

El sentido de la reforma del inciso primero del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital es incorporar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 8 de noviembre del 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3526), sobre responsabilidad por deudas de administradores que aceptan el cargo una vez que la sociedad está incurso en causa de disolución y, desde luego, no era una reforma necesaria para incorporar la directiva de reestructuraciones.

Esta sentencia estableció que la responsabilidad de los administradores que hubieran aceptado el cargo de sociedades incursas en causas de disolución sólo comprendería las obligaciones o deudas contraídas tras la aceptación del cargo por el demandado (durante su mandato) y añadió además que el cómputo del plazo de dos meses para promover la disolución se calcularía para estos administradores desde la aceptación del cargo y no desde la concurrencia de la causa de disolución. Era una doctrina muy discutible porque convertía una responsabilidad basada en la asunción de una posición de control sobre una esfera de riesgos (responsabilidad por asunción), que protegía a todos los acreedores cuyos créditos hubieran nacido desde que la sociedad incurrió en causa de disolución, en una responsabilidad derivada de una (inexistente) prohibición de contraer nuevas obligaciones (responsabilidad por injerencia), que sólo protege a los acreedores cuyos créditos hubieran nacido durante el mandato del demandado.

Sin embargo, está claro que la sentencia ha tenido la influencia suficiente como para provocar un cambio normativo y ésta es la razón por la que el nuevo apartado 1 del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los administradores que hayan aceptado el cargo cuando la sociedad ya está en causa de disolución disponen de un plazo especial de dos meses para promover la disolución y sólo responden de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento (en el mismo sentido, el apartado 3 del artículo 367).

Efectivamente, la nueva redacción del artículo 367 dispone que la responsabilidad por deudas frente a los acreedores posteriores a la aceptación del cargo en la sociedad incurso en causa de disolución sólo surgirá si transcurren dos meses desde dicha aceptación sin que convoquen la junta general o si no solicitan la disolución judicial 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 (y permanezca la causa de disolución).

El resultado es que en la norma que regula la consecuencia jurídica parece reconocerse a estos administradores un plazo «especial» de dos meses para convocar la junta general, cuando no creemos que ésa haya sido la voluntad del legislador, dado que no se han reformado los artículos 365 y 366 de la Ley de Sociedades de Capital, que establecen como *dies a quo* de esos plazos el de la concurrencia de la causa de disolución y no el del conocimiento de esa causa por el administrador, para lo cual tendría que haber aceptado el cargo.

En nuestra opinión, debe prevalecer la idea de que la junta general debe ser convocada o la disolución judicial solicitada en los plazos máximos legales previstos en los artículos 365 y 366 de la Ley de Sociedades de Capital, a contar desde que concurrió la causa de disolución y con independencia del momento concreto en que se produjo la aceptación del cargo. Todo ello, bajo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad, socios o terceros.

El transcurso de los plazos «especiales» del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, que se cuentan desde la aceptación, es necesario para imponer la consecuencia jurídica consistente en extender a los administradores el área de responsabilidad por deudas de la sociedad, atribuyéndoles el riesgo de insolvencia.

3.2. La presunción legal

La reforma del apartado 2 del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital hay que conectarla también con la regulación especial aplicable a los administradores que aceptan el cargo en sociedades incursas en causas de disolución.

El texto derogado decía lo siguiente:

2. 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.

Es una norma que produce una inversión de la carga de la prueba respecto del

momento concreto en el tiempo en que la sociedad incurrió en causa de disolución:

- a) el demandante debe alegar en su demanda que la sociedad había incurrido en causa de disolución en un momento anterior a la fecha de nacimiento de su deuda y que los administradores habían incumplido sus deberes (*v. gr.*, si la sociedad aparece incursa en causa de disolución en las cuentas anuales de cierre del ejercicio y la deuda nace en marzo, se afirma en la demanda que estaba incursa en disolución por pérdidas desde febrero);
- b) y los administradores quedan liberados si prueban que, en el momento en que se realizó la prestación a favor de la sociedad (y nació la deuda), ésta no estaba incursa en causa de disolución, sino que incurrió más tarde en dicho estado (*v. gr.*, se acredita que la causa de disolución no surgió en febrero como se alega en la demanda, sino que surgió en mayo).

Es una norma lógica desde el punto de vista del principio de proximidad a la fuente probatoria. La prueba de la fecha del nacimiento de una obligación no plantea problema alguno para los titulares de esa deuda ni para los administradores demandados, pero a los acreedores les resulta imposible probar el momento concreto en el ejercicio social en que una sociedad incurre en causa de disolución y, en principio, a los administradores les debe resultar sencillo. Por eso, la presunción no se refiere, en realidad, a la fecha de nacimiento de la obligación, sino al momento concreto

del ejercicio en que la sociedad incurrió en causa de disolución.

El nuevo texto dispone lo siguiente:

2. Salvo prueba en contrario, las obligaciones sociales cuyo cumplimiento sea reclamado judicialmente por acreedores legítimos se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa de disolución o a la aceptación del nombramiento por el administrador.

En nuestra opinión, nada ha cambiado en lo sustancial, salvo la redundante idea de que la presunción sólo se aplica frente a los acreedores «legítimos» que hayan reclamado «judicialmente» la responsabilidad del administrador.

Los demandantes siguen obligados a alegar que la sociedad había incurrido en causa de disolución en un momento anterior al nacimiento de su deuda (porque sólo se responde de deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución) y computar desde ahí el plazo de los dos meses, pero sin necesidad de probar exactamente el momento en que concurrió dicha causa de disolución (porque la ley todavía presume que las deudas son posteriores, es decir, que la sociedad había incurrido antes en causa de disolución).

Lo que se añade es una nueva presunción específicamente diseñada para facilitar las demandas contra administradores que hayan aceptado el cargo cuando la sociedad ya estaba incurso en causa de disolución. El legislador no sólo presume que la sociedad había incurrido en causa de disolución antes de nacer la deuda (la deuda es posterior a la concu-

rrencia de la causa de disolución), sino también que la deuda había nacido antes de la aceptación del nombramiento por parte del administrador demandado. Los administradores deberán probar lo contrario.

Es dudosa su eficacia en la práctica. Es cierto que los acreedores demandantes no pueden conocer *a priori* el momento concreto en que un administrador ha aceptado el cargo, por lo que es lógico que se sitúe en los administradores la carga de la prueba de ese momento. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, aunque la inscripción en el Registro Mercantil de ese nombramiento no sea obligatoria (ni constitutiva), generalmente se produce y, téngase en cuenta que, a la fecha de presentación de la escritura de nombramiento del administrador, ya se habrá producido la referida aceptación, que es un requisito para la inscripción (arts. 141 y 142 Reglamento del Registro Mercantil).

En conclusión, si de la prueba presentada en el proceso, incluso por el propio demandante (generalmente, la nota simple del Registro acreditativa de la condición de administrador del demandado), se deduce que no procede hacer responsable al demandado (porque la deuda es posterior a la inscripción del nombramiento), la demanda será desestimada y no se aplicará la presunción.

3.3. Efectos de la solicitud de concurso o de la apertura de negociaciones

El inciso 1 del nuevo apartado 3 del artículo 367 se limita a señalar que no habrá responsabilidad por deudas si, en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o

de la aceptación del nombramiento, los administradores han comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o han solicitado la declaración de concurso de la sociedad cuando concurran los presupuestos. El inciso 2 del mismo precepto legal establece que, si no se alcanza el plan de reestructuración, el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.

Se trata de una precisión que, a nuestro juicio, no era necesaria. Dos artículos más arriba la ley ya establece que los administradores no estarán obligados a

convocar junta general para que adopte el acuerdo de disolución cuando hayan solicitado en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos (inciso 1 del art. 365.3 LSC) y que la convocatoria de la junta procederá de inmediato en cuanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación (inciso 2 del art. 365.3 LSC).

Evidentemente, si no hay incumplimiento del deber tampoco puede haber responsabilidad.