

## Área mercantil-societaria

*Por Juan Carlos Rodríguez Maseda, socio fundador de Dictum Abogados.*

### Año 2020: sin disolución por pérdidas

El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19, desde su exposición de motivos, nos anuncia que esta norma, que analizamos, *trata de atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital sobre declaración de concurso, de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas.*

En dicho marco conceptual de atenuación temporal, el artículo 18, establece que *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 (en adelante TRLSC), no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 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.*

Centro la crítica de este comentario en la cuestionable visión contable de la norma, abandonando la perspectiva estrictamente jurídica, normativa. Es decir, si de lo que se trata es de suspender la vigencia de una obligación, durante un período de tiempo, lo mejor, sería, exponer con claridad y precisión, lo que se pretende. Podría ser más sencillo, indicar que durante el año 2020, queda suspendido el desequilibrio de capital como causa de disolución. El legislador nos complica la vida al hablar del resultado del ejercicio, como veremos.

Se afecta a una norma muy sensible de nuestro Ordenamiento Jurídico. El artículo 363.1.e) establece como causa de disolución la concurrencia de *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.* Evidentemente, no se trata de una causa automática de disolución, puesto que requiere el acuerdo de la Junta General (art 364 TRLSC). Es un precepto que, realmente, configura un marco muy objetivo, de responsabilidad de los administradores<sup>1</sup> al establecer, a su amparo, una obligación (art 365 TRLSC). El centro del problema

jurídico lo determina que los *administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses desde que tengan conocimiento del desequilibrio o deban conocerlo, para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso*. Esa Junta General podrá remover la causa, a través del procedimiento de reequilibrio patrimonial que corresponda. En otro caso se acudirá a la disolución y posterior liquidación ordinaria, o, a la vía del concurso de acreedores para aquellos supuestos en que la iliquidez dificulte o impida continuar cumpliendo con los pagos a su respectivo vencimiento.

Como norma de etiología temporal, centra su atención y determinación regulatoria en el ejercicio 2020. Para dar énfasis a esta temporalidad, establece, quizás de forma redundante, pero no innecesaria, que las pérdidas del ejercicio 2021, recuperan el régimen normal, la calificación normal, prevista en el TRLSC.

Algunos autores<sup>2</sup> cuestionan la estructura, que centra su atención en las pérdidas de un ejercicio, en lugar de establecer, por ejemplo, una *vacatio* para los propios preceptos del TRLSC, considerando que tal como se define el precepto presenta problemas de interpretación.

En mi opinión, solo cabe una única interpretación, partiendo de su naturaleza jurídica. Por un lado, el Derecho de excepción se contrapone al Derecho normal, por enfrentarse a los principios generales del Derecho. El Derecho es excepcional cuando respecto de unos supuestos de hecho concretos, se establecen consecuencias contrarias a las exigencias de aquellos principios<sup>3</sup>. De ahí que se pueda hablar de su falta de expansividad<sup>4</sup>. Esta conceptualización nos obliga, al menos, *prima facie*, a interpretar restrictivamente cualquier norma que merezca la condición de *excepcional*, partiendo del postulado -más allá del voluntarismo de cualquier legislador- de que no deroga, que no puede derogar, los principios

generales del Derecho. Por otro lado, aunque en las reformas legales que han tenido por causa el COVID 19, nuestro legislador suele confundirlo, el Derecho temporal (art 4 Código Civil) se caracteriza por consagrar normas con vigencia limitada, capaces de vivir durante un período de tiempo, extinguiéndose automáticamente una vez llegado el término de su vigencia; sin incidir ni perturbar esencialmente, ningún principio general del Derecho, o de la institución sobre la que pretende actuar.

En mi opinión, no estamos en presencia de una norma propia de un Derecho de excepción, sino ante una propuesta meramente temporal. Como la Exposición de Motivos dice *se trata de atenuar temporalmente la aplicación de las normas generales sobre disolución de sociedades*.

Por lo tanto, partiendo de una naturaleza temporal, que nos avoca a una interpretación restrictiva, liderada por la literalidad, creo que el centro de referencia para entender y determinar la aplicación del precepto con la máxima seguridad jurídica debe partir de la mención de que *no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020*. Pero con la inmediata contraposición que nos plantea el artículo 18, ratificando su temporalidad, al redundar, estableciendo que si en el resultado del ejercicio 2021 se aprecian pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, se aplicará el régimen del Derecho normal.

Por lo tanto, el efecto temporal de la norma consistirá en una especie de descuento que debemos hacer en el cómputo de las pérdidas, y de los fondos propios de la compañía durante el año 2020. Nunca con efecto contable, porque la contabilidad, la cuenta contable de pérdidas y ganancias, deberá reflejar el cómputo de la pérdida real. Pero sí jurídico, dado que en la memoria de las cuentas anuales, o en la Junta que se pueda convocar en cualquier momento para

valorar la concurrencia de la causa de disolución, se deberán *descontar* las pérdidas del ejercicio 2020 para considerar, para valorar jurídicamente, si se está en causa de disolución o no.

Sin descontar las pérdidas de ejercicios anteriores. Y sin descontar, en mi opinión, las pérdidas del ejercicio 2020, cuando la valoración se realice durante el ejercicio 2021, con plena vigencia del Derecho normal, no temporal. Y ello porque la temporalidad de la norma exige su interpretación y vigencia restrictiva, vinculada a su ámbito esencial. Si pretendemos una interpretación que defienda el descuento de las pérdidas del año 2020, evitando su acumulación y cómputo en los fondos propios de los ejercicios sucesivos, estaríamos otorgando a la norma una vigencia temporal más allá del estricto marco que establece el legislador: el año 2020. Todo el impacto de esta norma se debe ceñir al año 2020, sin que ninguna de sus consecuencias jurídicas pueda ir más allá.

Porque es Derecho temporal. Si fuera Derecho excepcional, o de emergencia, podría forzar el funcionamiento de las normas sobre disolución, afectando a su configuración estructural, que defiende un determinado equilibrio entre capital social nominal y fondos propios; que no se ve afectado por esta escueta norma, que no pretende ir más allá de una puntual mención sobre el resultado del ejercicio 2020, y su cómputo durante el ejercicio 2020. Quizás, por ello, el legislador no se complica y centra su efecto regulatorio en el resultado de un único ejercicio, sin mayor conceptualización jurídica. Un resultado concreto, determinado matemáticamente, con efectos jurídicos limitados al año 2020.

54/2018 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. Se analiza en este estudio la posibilidad de que el acreedor de una sociedad mercantil pueda dirigir contra sus administradores sociales, reclamaciones por daño cuantificado y concretado en la deuda de la sociedad impagada e insatisfecha al acreedor, a través de la acción individual, es decir, reclamando su responsabilidad civil. Ello afecta a aspectos netamente sustantivos relativos a dicho régimen de responsabilidad y también a importantes cuestiones procesales de indudable interés y trascendencia; carga probatoria, acumulación de acciones, competencia objetiva, prejudicialidad civil.

<sup>2</sup> PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio. Derecho de sociedades no analógico. (Reflexiones sobre las medidas de excepción en materia de sociedades mercantiles). LA LEY mercantil, Nº 69, Sección Sociedades, Mayo 2020, Wolters Kluwer. “Las interpretaciones posibles de esta norma son, en nuestra opinión, dos. O bien, se interpreta literalmente en el sentido de que los resultados del ejercicio 2020 no se considerarán para valorar la situación patrimonial de la sociedad; o bien se considera que la pretensión del legislador no iba más allá de que durante el ejercicio 2020 no se incurriera en causa de disolución por desequilibrio patrimonial ..”

<sup>3</sup> DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Vol I. Pag 42. Este autor expone como ejemplo que “... siendo un principio general la libertad de contratación, se establece que puede el Gobernador civil dar en arriendo los pisos vacíos; siendo un principio general la observancia de los pactos, se preceptúa que los obreros en paro no tendrán que pagar las rentas de la vivienda que ocupan mientras dure la situación de paro, etc El Derecho Excepcional tiene la misma eficacia general de ordenación que el Derecho normal, la misma obligatoriedad y la misma vigencia. Sin embargo, en cuanto se opone a los principios generales del Derecho debe considerarse que no puede extenderse a mas hipótesis de aquellas que estrictamente contempla su supuesto de hecho. “ Recuerda este autor lo que decía DE CASTRO, sobre el privilegio, en cuanto norma jurídica cuyo objeto propio es crear una situación jurídica concreta.

<sup>4</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. Catedrático de Derecho Civil. Abogado. Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil. BIB 2009\1705. Comentario al artículo 4. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2009.

<sup>1</sup> ESTEBAN MONASTERIO, Ignacio y GARCÍA-ATANCE, Miguel. “Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual”. Revista de Derecho de Sociedades num.