



Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil

2015/97

octubre 2015

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEST DE SOLVENCIA
RECOGIDO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LA
SOCIETAS UNIUS PERSONAE (SUP)
(WORKING PAPER)

Autor

Prof. Dr. Mónica Fuentes Naharro

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.

Universidad Complutense.

Ciudad Universitaria s/n.

28040 Madrid

00 34 -913 94 54 93

E-mail autor: monicafuentes@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense

<http://www.ucm.es/eprints>

Copyright © 2015 por el autor

**UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEST DE SOLVENCIA
RECOGIDO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LA
*SOCIETAS UNIUS PERSONAE (SUP)****

WORKING PAPER

PROF. DR. MÓNICA FUENTES NAHARRO

Departamento de Derecho Mercantil. UCM

Resumen: Se aborda una breve aproximación, en el más amplio contexto de la doctrina del capital social, a la mención contenida en el artículo 18 de la Propuesta (dedicado al régimen de las distribuciones a los socios) a la llamada “declaración de solvencia” (*solvency statement*).

Palabras clave: SUP, test de balance, declaración de solvencia, capital social.

Abstract: This working paper briefly refers, within the broader context of the legal capital doctrine, the mention in Article 18 of the Proposal (dedicated to the regime of distributions to partners) to the so-called "solvency statement".

Keywords: SUP, balance sheet test, solvency statement, legal capital.

* Este documento de trabajo se corresponde, en su esencia, con la participación de la autora en la Mesa Redonda que siguió a la conferencia “Thoughts about the Proposal for a Directive on the Societas Unius Personae (SUP)”, impartida por Álvaro Lucini, que tuvo lugar en el XII Congreso Harvard–Complutense, que tuvo lugar en la Harvard Law School (Cambridge–MA), los días 6, 7 y 8 de octubre de 2014. Este Congreso se celebró gracias al patrocinio del Banco Santander, el Colegio de Notarios de Madrid y Telefónica de España. Su organización corresponde al Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, al Real Colegio Complutense en Harvard y al Institute for Global Law and Policy de la Harvard Law School.

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEST DE SOLVENCIA RECOGIDO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LA SOCIETAS UNIUS PERSONAE (SUP)

I. CUESTIONES PRELIMINARES INTRODUCTORIAS

Los días 6, 7 y 8 de octubre de 2014 tuvo lugar la decimosegunda edición del Seminario anual Harvard–Complutense, en la *Harvard Law School*. En su seno, uno de los ponentes participantes, el notario Álvaro Lucini, impartió una interesante conferencia sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada” que había elaborado la Comisión Europea (COM 2014/212 final, de 9 de abril de 2014, cuya abreviatura conforme a la traducción española sería “PDSURL–Com”), más conocida por su denominación en latín –que acoge el texto de la Propuesta– “*Societas Unius Personae*” (SUP)¹.

Estas breves páginas, de carácter meramente aproximativo, recogen las ideas que la autora sometió a debate en el seno de la mesa redonda que siguió a la conferencia referida. Este debate se centró esencialmente en el significado y trascendencia jurídica, en el más amplio contexto de la doctrina del capital social, de la mención contenida en el artículo 18 de la Propuesta (dedicado al régimen de las distribuciones a los socios) a la llamada “declaración de solvencia” (*solvency statement*). Su contenido no deja por tanto de ser una mera introducción al tema

¹ “SUP” es la abreviatura que, conforme establece el artículo 7.3 de la Propuesta, deberá incluirse al final de la denominación social de estas sociedades.

que, en el futuro, será objeto de estudio en un trabajo de investigación², si bien, en estas páginas se han incluido reflexiones adicionales para hacer cumplida referencia al posterior texto de la Propuesta aprobado, como “orientación general”, por el Consejo de Competitividad, el 28 de mayo de 2015 (Doc. 9050/15 DRS 41 CODEC 751, de 29 de mayo de 2015, “PDSURL-Cons”). Esta última Propuesta está pendiente del Dictamen del Parlamento Europeo y del acuerdo definitivo en el marco del procedimiento de colegislación.

II. LA SUP Y EL DEBATE SOBRE LA DOCTRINA DEL CAPITAL SOCIAL

La SUP, como ha quedado puesto de manifiesto tras la intervención de Álvaro Lucini, ha vuelto a plantear el debate sobre la función del capital social como técnica de tutela efectiva de los acreedores³. Los elementos normativos contenidos en la Propuesta que suscitan este debate son, por un lado, la previsión de que la SUP pueda constituirse con un capital mínimo de 1€ (cfr. art. 16.1 de la Propuesta) y, muy especialmente, el tratamiento de las distribuciones de beneficios a los socios contenido en el artículo 18, en el que se hace referencia (aunque, ya adelantamos, con distinto alcance en la Propuesta de la Comisión y en la posterior del Consejo) a dos sistemas tradicionalmente opuestos: el basado en el denominado test de balance, propio de la técnica del capital social (o “legal”)⁴, y el fundado en las denominadas reglas (o test) de solvencia⁵.

² A pesar del carácter aproximativo y meramente expositivo del texto, se han añadido referencias bibliográficas imprescindibles.

³ Puede verse un análisis exhaustivo del estado de la cuestión sobre el debate en ALONSO LEDESMA, C., “La función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores” en AA.VV, *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. I, Madrid, 2007, p. 127 y ss.

⁴ Como se sabe, el derecho europeo armonizado (y el español) sigue girando todavía en torno a la técnica del capital legal o capital social. Eso resulta claro en el artículo 15 de la Segunda Directiva (también en el art. 273.2 LSC), donde el capital se configura de tal modo que

Los participantes en este Seminario conocen sobradamente los términos de este debate y ello hace innecesario exponer los planteamientos de ambos sistemas⁶. Nos centraremos por tanto en dar noticia, invitando a la reflexión, del

la sociedad no puede hacer distribuciones a los socios –más correctamente, no puede repartir dividendos a los socios– si como consecuencia de ello el patrimonio de responsabilidad disminuye por debajo de aquél importe. Es un sistema basado en lo que se conoce como test de balance (*balance sheet test*): VELASCO SAN PEDRO, L., “El tratamiento de las distribuciones a los socios”, en (dirs. Alonso Ureba/Alonso Ledesma/Esteban Velasco), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España*, Civitas, 2011, p. 173 y ss.

⁵ Los detractores del capital social consideran que el elemento central del régimen alternativo de protección de los acreedores frente a las distribuciones entre los socios debería basarse en un *solvency test*, en sustitución del balance de ejercicio tradicionalmente empleado como instrumento de medición del resultado susceptible de ser distribuido, propio de los ordenamientos europeos: RICKFORD, J., (ed.), «Reforming Capital», Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, *EBLR*, 2004, p. 919 y ss.

⁶ Son muchos los trabajos que recogen las críticas al sistema del capital. Entre la doctrina extranjera, puede verse una sistematización de aquellas en STRAMPELLI, G., *Distribuzioni ai soci e tutela dei creditori. L'effetto degli IAS/IFRS*, Giampichelli, Torino, 2009, p. 91 y ss. Le reprochan su (i) “ineptitud” para garantizar que los acreedores sociales puedan realmente cobrar por el fenómeno de la infracapitalización al que se une la insuficiente exigencia de capital mínimo y la ausencia de límites para que la sociedad pueda endeudarse; (ii) la “excesiva rigidez” del capital en cuanto a la política que impone en materia de dividendos y readquisición de acciones propias, por un lado, y a su vez, su excesiva “permisividad” para que puedan producirse repartos de dividendos que, sin perjudicar al capital social, puedan acabar afectando la solvencia y/o liquidez de la sociedad; y por último, (iii) la –más reciente– crítica vinculada a las Normas Internacionales de Contabilidad y de Información Financiera (NIC/NIIF) que a decir de muchos incide en la incompatibilidad del sistema del capital legal con los nuevos estándares contables, debido, fundamentalmente, al abandono del criterio de los valores históricos y estáticos (precio de adquisición, coste de producción) por otro más dinámico y actualizado como el “valor razonable” (*fair value*). Entre la doctrina española, muy crítico con el sistema del capital: GARRIDO, J.M., “Capital social y reglas de solvencia”, en *Liber Amicorum J.L. Iglesias* (coord.. J. García de Enterría), 2014, cit., p. 519 y ss. Entre la doctrina extranjera, por todos: ENRIQUES, L./MACEY, J., “Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditore: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale”, *Riv. Soc.*, 2002, p. 78 y ss.

concreto régimen incluido Propuesta sobre el instituto del capital mínimo y el reparto de beneficios⁷.

III. EL CAPITAL MÍNIMO DE UN EURO

El artículo 16. 1 de la Propuesta establece que la SUP deberá constituirse con un capital fundacional mínimo reducido o simbólico de 1€⁸. Sigue así la Propuesta de Directiva sobre la SUP con la misma línea ya marcada por la anterior (y fallida) Propuesta de Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Privada

El debate no obstante permanece abierto. En sentido contrario se ha destacado que los costes de cumplir con la disciplina del capital social son limitados y no son significativamente superiores a aquellos impuestos en los países anglosajones en los que imperan las reglas de solvencia (cfr. Cfr. KPMG (2008), «Feasibility study on an alternative to capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution on profit distribution of the new EU-accounting regime», Main Report, January 2008, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_en.htm). Más aún si se tiene en cuenta que algunas de las técnicas “alternativas” al instituto del capital social terminan por reproducir las obligaciones derivadas de la Directiva sobre el capital. V. ALONSO LEDESMA, C., “La función (la utilidad) del capital social”, cit., en especial, pp. 143–144. Argumentos a favor del mantenimiento del balance tradicional pueden leerse en GONDRA ROMERO, J.M., “El nuevo rumbo del derecho de balances europeo: las legislaciones que se abren al legislador español”, *RdS*, 23, 2004, p. 37 y ss.

⁷ Para una valoración más profunda sobre la oportunidad y la problemática jurídica que se suscita nos remitimos a ESTEBAN VELASCO, G., “La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): las cuestiones más polémicas”, en *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2015 (nº 60), p. 148 y ss. (<http://www.elnotario.es>); y más recientemente: “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, en *AAMN*, 2015 (en prensa).

⁸ El capital social de la SUP “estará suscrito íntegramente” y “los Estados miembros no impondrán ningún valor máximo a la única participación” (art. 16. 2º y 3º PDSUP-Cons). V. HANSEN, J.L., “The SUP Proposal: Registration and Capital (arts. 13–17)”, *ECFR* 12, 2015, p. 177 y ss.

Europea (SPE), en cuyo artículo 19 (de la versión inicial de 25 de junio de 2008⁹), se establecía también un capital mínimo de 1€¹⁰.

La finalidad perseguida con este régimen de capital mínimo previsto para la SUP es la de facilitar la creación de empresas. Así se justifica en el considerando 19 bis: *“El capital mínimo exigido para el establecimiento de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada varía según los Estados miembros. La mayoría de ellos han tomado ya medidas tendentes a eliminar el capital mínimo obligatorio o mantenerlo en un nivel nominal. Por esa razón, las SUP no deben estar sujetas a un requisito de capital obligatorio elevado, dado que esta exigencia supondría un obstáculo para su establecimiento”*.

Como bien se ha señalado, es importante hacer notar que en la Propuesta no desaparece formalmente el capital social, ya que se mantiene con al menos el importe de 1€. De este modo, la institución del capital social, tal y como se encuentra definida en la Segunda Directiva, aunque debilitada, pervive como tal. Ello significa que “el capital sigue teniendo su papel en relación con la aportación del socio en fase de formación inicial o posterior del capital social y en relación por tanto con la normativa sobre las modificaciones del capital social (aumentos y reducciones), distribución de beneficios y eventual disolución de la sociedad”¹¹.

Es más, aunque la Propuesta inicial de la Comisión no lo preveía, el resultado de las negociaciones dio lugar al nuevo apartado 4º del artículo 16 de la PDSURL-Con, que prevé que *“los Estados miembros podrán exigir a las SUP que*

⁹ Cfr. EU COMMISSION, «Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company», COM(2008)396 final (June 25, 2008).

¹⁰ Si bien, en la versión posterior de mayo de 2011, se incorporó la posibilidad de que los Estados miembros exigiesen una cifra más elevada (que en todo caso no debería ser superior a los 8.000 euros).

¹¹ ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit. (en prensa).

constituyan reservas legales en forma de porcentaje de sus beneficios o como un máximo de la cantidad de capital social mínimo requerido a las sociedades de responsabilidad limitada que figuran en el anexo I, o ambas condiciones”, así como que *“los Estados miembros permitirán a las sociedades que constituyan reservas, sin perjuicio de la obligación de incluir las reservas, si las hubiere, en la presentación del balance con arreglo al artículo 10 de la Directiva 2013/34/EU y de cualquier obligación de publicación en relación con la reservas establecida en la normativa nacional”* (art. 16.4). Con la inclusión de este apartado 4º, como correctamente ya se ha señalado, la insuficiente capitalización prevista en el momento de la fundación –que se justifica para favorecer la iniciativa empresarial a quien no dispone de recursos propios ni de medios de garantía para encontrarlos en el mercado de crédito– se ve acompañada del correctivo que impone una capitalización sucesiva¹².

Ello, en definitiva, significa que si el legislador español hiciese uso de la posibilidad de imponer estas reservas legales, la figura de la SUP, en este concreto aspecto del capital mínimo, no diferiría tanto de la “Sociedad limitada de formación sucesiva” (arts. 4 y 4 bis LSC) que, como se sabe, puede constituirse en España con un capital social inferior a tres mil euros (de hecho, podría constituirse con un solo euro), en cuyo caso quedaría sometida a unas reglas especiales en protección del patrimonio social hasta que se alcance el capital social mínimo ordinario.

Más novedosa para nuestro ordenamiento resulta la regulación en la Propuesta del instituto –complementario o “correctivo” del test de balance– de la

¹² ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit. (en prensa).

declaración de solvencia en el tratamiento de las distribuciones patrimoniales a los socios al que nos referimos a continuación.

IV. TEST DE BALANCE Y DECLARACIÓN DE SOLVENCIA EN LAS DISTRIBUCIONES DE BENEFICIOS

1.- LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN

En el artículo 18 de la PDSUP-Com, dedicado al régimen de las distribuciones a los socios, se preveían dos instrumentos correctivos de la función del capital en orden a mejorar la tutela de los acreedores: el denominado test de balance (*balance-sheet test*) y la declaración de solvencia (*solvency statement*). Ambos constituían un mandato del legislador comunitario para la SUP y se imponían, en esta primera redacción del texto, de forma no sólo *obligatoria*, sino también *acumulativa* (en tanto ambos instrumentos se conciben como complementarios).

La Propuesta de la Comisión optaba así por una construcción que, al contener el test de balance, no se apartaba del sistema del capital social recogido en nuestra Segunda Directiva y, a su vez, resultaba más tuitiva para los acreedores al ofrecerles el mecanismo adicional de la declaración o certificado de solvencia emitido por los administradores. Con ello se pretendía contrarrestar las eventuales reservas que la cifra de capital de un euro pudiese generar en algunos Estados Miembros.

Recogiendo el denominado test de balance se disponía que la SUP no podría proceder a la distribución de beneficios al socio único si “*en la fecha de cierre del último ejercicio, los activos netos que figura en las cuentas anuales de la SUP son, o serían tras dicha distribución, inferiores al importe del capital social más las reservas que no puedan ser distribuidas en virtud de la escritura de constitución de la SUP. El cálculo se basará en el balance aprobado más recientemente.*”

También se tendrá en cuenta cualquier cambio en el capital social o en la parte de las reservas que no pueda ser distribuida que se produzca con posterioridad a la fecha de cierre del ejercicio” (art. 18. 2º PDSURL–Com).

Por su parte, la declaración de solvencia venía recogida de la siguiente forma: *“la SUP no deberá realizar una distribución de beneficios al socio único si tiene como resultado que aquella no pueda pagar sus deudas a medida que vayan venciendo y deban abonarse después de la distribución”*. Ese deber de emitir la declaración se hace recaer en el órgano de administración, que *“deberá acreditar por escrito que, tras haber investigado a fondo las actividades y las perspectivas de la SUP, se ha formado una opinión razonable de que podrá saldar sus deudas a medida que vayan venciendo en el curso normal de la actividad empresarial en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios (una “declaración de solvencia”)*. Se exige así al órgano un ejercicio de previsión de la solvencia de la sociedad que alcance el año siguiente a la distribución de beneficios propuesta. Además, la Propuesta de la Comisión precisaba que *“la declaración de solvencia deberá ir firmada por el órgano de administración y deberá facilitarse una copia al socio único 15 días antes de que se adopte la resolución sobre la distribución”* (art. 18.3º PDSURL–Com).

Ya la propia Exposición de Motivos de esta Propuesta inicial de la Comisión advertía que con la inclusión de ambos mecanismos se aseguraba un altísimo nivel de protección de los acreedores que ayudaría a que la “etiqueta” SUP ganase crédito reputacional: *“La Directiva también incluye normas relativas a la distribución de beneficios (dividendos) al socio único de la SUP. El reparto de beneficios es posible si la SUP supera la prueba del balance, y se demuestra que, tras el reparto, los activos que quedan en la SUP serán suficientes para que la sociedad cubra totalmente su pasivo. Además, antes de llevar a cabo cualquier distribución de beneficios el órgano de administración ha de facilitar al socio único una declaración de solvencia. La inclusión en la Directiva de los dos requisitos*

garantiza un elevado nivel de protección de los acreedores, lo que debe contribuir a que la figura «SUP» adquiera una buena reputación (artículo 18)».

De nuevo, el texto de esta Propuesta inicial, no es original. Se trata, al igual que ya apuntábamos en relación con la cifra de capital mínimo de 1€, de una suerte de reproducción –con matices– de lo ya avanzado por la fallida SPE¹³, cuya Propuesta de Reglamento ya preveía la declaración de solvencia como medida complementaria de tutela al test de balance. En concreto, su artículo 21 establecía: *“Los Estados miembros podrán exigir que, al menos 15 días antes de que se adopte la resolución, contemplada en el artículo 28, letra e), de proceder a una distribución, el órgano de administración deba certificar por escrito que, tras haber procedido a todas las averiguaciones sobre los asuntos y perspectivas de la SPE, los administradores han llegado a la conclusión motivada de que la SPE podrá pagar sus deudas en el momento en que vengzan en el curso normal de sus actividades, en el ejercicio siguiente a la fecha propuesta de la distribución (declaración de solvencia). La declaración de solvencia deberá ir firmada por el órgano de administración y deberá facilitarse una copia de la misma a los socios antes de que se adopte la resolución sobre distribución. La declaración de solvencia deberá hacerse pública con arreglo a la Directiva 68/151/CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968”*¹⁴.

Como se puede ver, la previsión normativa era, en esencia, similar a la Propuesta SUP diseñada por la Comisión, si bien, era clave de distinción en la SPE, respecto de la SUP, el marcado carácter facultativo de la incorporación de este test de solvencia, al advertirse que los Estados miembros “podrán”. Cabe resaltar que

¹³ ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit. (en prensa).

¹⁴ Versión de 3 de mayo de 2011, Doc. 1061/11, DRS 84 SOC 432.

para la SPE también se observaba esa declaración de solvencia como requisito “adicional” o acumulativo al obligatorio test de balance, nunca fue diseñada como algo “alternativo” a éste, orientación que, como ahora veremos, ha acabado adoptando la Propuesta aprobada después por el Consejo.

2. LA PROPUESTA DEL CONSEJO

2.1. Significado y alcance del cambio de postura sobre la obligatoriedad y acumulación de los test de balance y solvencia

El artículo 18 de la PDSURL-Com, como ya se apuntaba al principio, se ha visto modificado sustancialmente en la posterior Propuesta del Consejo, que acoge otro enfoque regulatorio distinto. Creemos que este giro es resultado de las dudas que entre los distintos Estados miembros originaba la imposición de un sistema como la declaración de solvencia, por casi todos ellos desconocido, que debía – conforme establecía el anterior texto– ser aplicado de forma obligatoria y acumulada con el test de balance.

Las modificaciones operadas en el artículo 18, por lo que respecta, específicamente, a la previsión sobre el test de balance y la declaración de solvencia, se traducen en la eliminación del carácter acumulativo y obligatorio de ambos instrumentos¹⁵. El nuevo carácter facultativo de la incorporación del test de balance y/o de la declaración de solvencia por cada Estado miembro se formula a través de una –imprecisa– previsión general (en el nuevo apartado 1º del art. 18) de que los Estados miembros deben establecer instrumentos de tutela a favor de

¹⁵ Véase en detalle una reflexión sobre esta y las demás modificaciones introducidas en el artículo 18 de la Propuesta en ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit. (en prensa).

los acreedores (y las otras partes interesadas) con el fin de impedir que la SUP pueda situarse en condiciones de no poder pagar las deudas después de haber efectuado distribuciones al socio único¹⁶.

Como correctamente se ha señalado, esta modificación se traduce en una renuncia a imponer mecanismos armonizados, optándose por confiar la elección de los instrumentos de tutela de los acreedores al juicio de los distintos legisladores nacionales. Entre esos mecanismos facultativos el nuevo texto de la Propuesta ofrece con fines meramente ejemplificativos (ya en el apartado 2º del art. 18) varias posibilidades para alcanzar aquel objetivo tuitivo, bien de forma alternativa o acumulativa: (i) la aplicación del test de balance [previsto en el art. 18.2.a)]; y/o (ii) de la declaración de solvencia [a la que hace referencia el art. 18.2º.b) y 3º]:

“2. A efectos del apartado 1, los Estados miembros podrán estipular que una SUP no esté autorizada a proceder a un reparto de beneficios a su único socio si:

a) a fecha de cierre del último estado financiero, los activos totales tras deducción de los pasivos totales, como figuran en las cuentas anuales de las SUP sean, o pasen a ser tras dicho reparto de beneficios, inferiores a la cantidad de capital social más las reservas que no se puedan repartir en virtud de la normativa nacional que exija a las SUP constituir reservas legales con arreglo al artículo 16, apartado 4, si las hubiere, o en virtud de la escritura de constitución de la SUP; y/o

¹⁶ La dicción literal del artículo 18.1 dice: “Los Estados miembros velarán por que se establezcan mecanismos en la legislación nacional que impidan que las SUP se vean en la incapacidad de pagar sus deudas tras proceder a un reparto de beneficios”.

- b) *en caso de un reparto de beneficios en forma de pago de dividendos, la SUP dejara de tener capacidad para cumplir sus obligaciones a medida que vayan venciendo y deban abonarse durante el período de seis meses posterior al pago de dicho dividendo.*
3. *A efectos del apartado 2, letra b), los Estados miembros podrán estipular que el órgano de gestión deba firmar una declaración, antes del pago de un dividendo, en la que se certifique por escrito que, tras haber investigado exhaustivamente las actividades y las perspectivas de la SUP, se ha llegado a la conclusión razonable, a fecha de firma de la declaración, de que la SUP podrá hacer frente a sus obligaciones a medida que vayan venciendo en el desempeño normal de su actividad durante el periodo de seis meses posterior al pago de dividendos propuesto ("declaración de solvencia").*
- Si se firma una declaración de solvencia, esto se considerará como un medio suficiente de cumplimiento del apartado 2, letra b) y se publicará en el registro".*

Además, la regulación de las modalidades de aplicación de esos concretos mecanismos se confía al derecho nacional (art. 18.4 PDSURL-Cons)¹⁷. Así lo explica el Considerando 19 bis bis PDSURL-Cons: *"la elección de la forma y los métodos por los que se garantice el cumplimiento de este requisito queda a la apreciación de los Estados miembros. En este contexto, conviene que los Estados*

¹⁷ Así, el artículo 18.4 establece: *"Las modalidades de aplicación de los mecanismos contemplados en los apartados 2 y 3 se estipularán en la legislación nacional. Esto podrá incluir, en particular, la posibilidad de adoptar un periodo más largo que los contemplados en el apartado 2, letra b) y el apartado 3, con un máximo de un año"*.

miembros puedan, por ejemplo (subrayado nuestro), exigir que las sociedades constituyan reservas obligatorias, establecer requisitos mínimos en materia de test de balance y/o exigir que el órgano de administración prepare y firme una declaración de solvencia que constituya entonces un medio suficiente para cumplir el mencionado requisito”.

De este modo, la Propuesta del Consejo se ha distanciado de lo que a día de hoy constituye una nutrida y relevante línea de opinión que sí quedaba asumida por el texto inicial de la Comisión y que había sido ya acogida por algunos ordenamientos europeos¹⁸. Y es que, aunque el mundo académico está lleno de defensores a ultranza de uno y otro sistema, existe un importante sector de la doctrina que advirtiendo las debilidades que presentan, por sí solos, los sistemas basados únicamente en el test de balance o en el test de solvencia, propone como solución la acumulación de ambos para alcanzar un resultado mucho más tuitivo para los acreedores¹⁹.

¹⁸ En Alemania ya se introdujo una institución –*Zahlungsverbot*– por obra de la *MoMiG* (§64, Abs. 2, Satz 3 de la *GmbHG*, y §92, Abs. 2, Satz 3 de la *AktG*). Con ella se establece una responsabilidad de los administradores por la distribución de dividendos y por cualquier otra forma de transmisión a los socios del patrimonio social que comprometa la liquidez de la sociedad y la conduzcan a una situación de insolvencia. En ambos casos se introduce un *solvency test* que se añade al ya existente *balance sheet test* y, por tanto, se destina a afectar a aquellas distribuciones que, sin menoscabar el instituto del capital social, comprometan la liquidez de la sociedad: cfr. MIOLA, M., “Tutela de los acreedores en las sociedades de capital y técnicas alternativas: el debate entre la tradición europea continental y el punto de vista anglosajón”, en (coord. Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Esteban Velasco), *La modernización del derecho de sociedades*, 2011, p. 19 y ss., y las referencias a la doctrina alemana contenidas en su trabajo.

¹⁹ Significativo en la doctrina comparada es el trabajo de SHÖN, W., “Balance Sheet Tests or Solvency Tests or Both”, *EBOR*, num. 7, 2006, p. 181 y ss. También MIOLA, M., “Tutela de los acreedores”, cit., p. 19 y ss., quien afirma expresamente que “Si el *liquidity test* se revela por sí solo escasamente eficaz, su utilización junto con las indicaciones resultantes del balance de ejercicio y, por consiguiente, con la función de completar los vínculos de distribución impuestos por el capital social, permitiría, por un lado, moderar la discrecionalidad de los administradores, marcando un límite que difícilmente podrían superar y que sería idóneo para resistir las presiones de los socios; por otro, señalar crisis empresariales incipientes y bloquear

Posiblemente, el nuevo diseño acogido en el artículo 18 de la Propuesta del Consejo ha renunciado una vez más a la tan ansiada armonización en aras de lograr un texto que recabase el consenso de los distintos Estados miembros implicados.

2.2. Los test de balance y solvencia y el principio de “no discriminación” de la SUP respecto de la SRL nacional: interrogantes

En su apartado quinto, el artículo 18 de la PDSURL–Con introduce una dicción que, como se ha dicho, no resulta fácil de interpretar²⁰. En dicho apartado se establece que cuando los Estados miembros opten por acoger en su legislación nacional para la SUP los mecanismos mencionados en el artículo 18 (test de balance y/o test de solvencia) no podrán someter a las SUP a requisitos más estrictos que los establecidos en las disposiciones nacionales para la SRL ordinarias (art. 18. 5 PDSURL–Cons), de acuerdo con el principio de no discriminación de la SUP con la SRL ordinaria. Esta última precisión plantea dos interrogantes a los que, quizá, tras la emisión del Dictamen del Parlamento se

distribuciones a los socios en presencia de situaciones de retroceso en la marcha de los negocios que, aun sin menoscabar el capital social —y más en general el equilibrio entre activo y pasivo— estén en condiciones de comprometer la capacidad de la sociedad de cumplir las deudas que sucesivamente llegan a su vencimiento”. Entre nosotros puede verse una exhaustiva referencia a esta postura en: ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital”, cit., p. 150 y ss.

²⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): El nuevo Texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit. (en prensa).

pueda dar una respuesta más rotunda que la que aquí apuntamos apriorísticamente.

Por un lado, cabe preguntarse si el legislador societario español –en el marco de esa futura implementación o transposición– podría someter a la SUP al cumplimiento de ambos test acumulados. *A priori*, la respuesta, a la luz del artículo 18.5 y aquél principio de “no discriminación”, parece que debiera ser negativa, en tanto podría entenderse que implica someter a las SUP domiciliadas en España a uno requisitos más estrictos que los establecidos en las disposiciones nacionales para las SRL ordinarias.

Por otro lado, cabe preguntarse si el legislador español podría someter a la SUP únicamente al cumplimiento del requisito de la declaración de solvencia, obviando el test de balance. *A priori*, aunque una respuesta positiva sería factible desde el respeto a este principio de no discriminación, creemos que las dificultades de encaje que ello presentaría con el actual régimen de la SRL –de aplicación subsidiaria– que, como se sabe, responde al sistema del capital social, serían difícilmente salvables.