TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

DOBLE GRADO EN DERECHO Y RELACIONES LABORALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

CURSO 2022/23

DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES FRENTE A INSOLVENCIA Y PÉRDIDAS CUALIFICADAS: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL TRAS LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL.

Tomás Benjamín Expósito Martínez

Tutor: Javier Megías López

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Calificado con Matrícula de Honor

CONVOCATORIA ORDINARIA

RESUMEN: En el presente trabajo realizamos un análisis de la evolución histórica de los deberes de los administradores sociales ante las pérdidas cualificadas y la insolvencia, con especial mención al cambio producido a partir de la inminente reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal producida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. El estudio se centra particularmente en las situaciones de crisis empresarial, en donde el legislador ha venido finalmente a establecer una reforma esperada en la práctica, en aras a clarificar las actuaciones de los administradores ante la concomitancia de las pérdidas cualificadas con la situación de insolvencia -actual, inminente o probable- dentro de las negociaciones para alcanzar los Planes de Reestructuración, que vienen a consolidarse como único instrumento preconcursal en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Administradores, pérdidas cualificadas, insolvencia, probabilidad de insolvencia, plan de reestructuración, derecho preconcursal.

ABSTRACT: The following work analyses, from a historical perspective, the duties of the company directors in the situations of economic losses and insolvency, with special regard to the legal modifications introduced by the Law 16/2022 of 5 September, which amends the Royal Decree-Legislative 1/2020 (Insolvency Law). Our analysis is focused on situations of business economic crisis, where the lawmaker has brought a reform that was expected by many authors, particullary regarding the concomitance of economic losses (net worth crisis) and solvency crisis (insolvency proceedings) in the context of the negotiations to reach a Restructuring Plan, the new cornerstone of preventive restructuring frameworks in Spain.

Key words: Directors, net worth crisis, insolvency, likelihood of insolvency, restructuring plans, pre-insolvency law.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN ……3

II. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PÉRDIDAS E INSOLVENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CRISIS DE EMPRESA……..…….7

2.1.Breve explicación de la evolución de la regulación normativa concursal y societaria en España. 9

2.2.Diferencia entre pérdidas cualificadas (y disolución social) e insolvencia (y procedimiento concursal). 12

2.3.Los inicios de la causa de disolución por pérdidas y su contraste con el régimen concursal en España: Desde las Leyes de 1951 y 1953 a las de 1989 y 1995. 14

2.4.La unificación de la legislación concursal: La Ley 22/2003 y su interacción con la normativa societaria. 18

III. LAS REFORMAS DE LA LEY 22/2003 Y SU INTERACCIÓN CON LA LSC. …….20

3.1. La disolución de la sociedad anterior a la declaración de concurso.....22

3.2. La liquidación societaria posterior a la declaración del concurso: un escenario patológico. 24

IV. LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES ANTES DE LA LEY 16/2022 Y SU RELACIÓN CON LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES……...24

4.1.Los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones preconcursales con relación al deber de convocar la Junta del artículo 365 LSC. 27

4.2.Breve mención a la fase del cumplimiento del convenio y los deberes de convocatoria de la junta del artículo 365. 29

V. EL NUEVO PARADIGMA DEL PRECONCURSO TRAS LA LEY 16/2022…… …...30

5.1.La probabilidad de insolvencia y los Planes de Reestructuración. 33

5.2.El nuevo preconcurso y los deberes de los administradores en relación con la convocatoria de la Junta. 34

5.3.Posible fracaso de las negociaciones preconcursales. 38

5.4. Pérdidas cualificadas sobrevenidas y desaparición de la insolvencia durante la negociación del plan.....40

5.5. Éxito de las negociaciones y homologación del Plan de Reestructuración.....41

5.6. Breve mención a la conocida como “moratoria societaria”. 42

VI. CONCLUSIONES ……..43

VII. BIBLIOGRAFÍA ……..45

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.Com	Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
Coord.	Coordinador(es)
Dir.	Director(es)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LC 2003	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Secc.	Sección
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

I. INTRODUCCIÓN

Tal vez sea oportuno comenzar el presente Trabajo reproduciendo las palabras del legislador que aparecen recogidas, quizás con bastante acierto, en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC): "La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas". Sería interesante encontrar algún texto legislativo que en tan poco tiempo haya sido susceptible de tantas y tan profundas modificaciones, aún más cuando se trata de una norma jurídica que fue concebida en su día con una cierta vocación de permanencia[1]. Pues bien, a partir de lo que nos muestra la experiencia y el paso del tiempo, esa vocación parece haber quedado en una simple aspiración del legislador que, hasta el momento, parece no haber satisfecho su propósito de dar con la norma definitiva que regule la situación de crisis económica del empresario en nuestro país[2].

Son diferentes y numerosas las causas que podrían explicar las reiteradas modificaciones normativas en materia concursal. No es esta la sede para ocuparse de ello, baste dejar claro que no ha sido solo la evolución de la economía española la culpable de estas, sino que nuestro país, como tantos otros del viejo continente, pertenecen al mercado único europeo y ello ha producido, lógicamente, que la regulación jurídica de la crisis económica del empresario -entendido este tanto como persona física o jurídica- haya suscitado el interés de la Unión Europea para establecer una mínima armonización en la materia concursal, de tal manera que en los Estados Miembros exista un procedimiento concursal con reglas afines[3]. Ello ha sido posible a través de la promulgación de diversas directivas, pero sin duda la más relevante para nuestro estudio es la Directiva (UE)

[1] En este sentido, véase la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. Boletín Oficial del Estado N.º 127, de 7 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con

[2] Aunque somos conscientes de que el principio de *Unidad de Disciplina*, que caracteriza las reformas en el Derecho Concursal desde la Ley 22/2003, hace que la legislación se aplique a cualquier deudor, sea este persona física o jurídica, para nuestro Trabajo interesa solamente el deudor persona jurídica, por la implicación que ello tiene en la normativa societaria.

[3] En este sentido, véanse los Considerandos de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, N.º 172, de 26 de junio de 2019, págs.18 a 55. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81090

2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 (en adelante la Directiva 2019/1023 o La Directiva) la cual, a pesar de constituir una normativa de contenido mínimo para los Estados Miembros, ha producido a través de su acción armonizadora la reforma española y la promulgación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se reforma el TRLC -el ya citado RD 1/2020- el cual ha entrado en vigor, después de una necesaria *vacatio legis ,* el 26 de septiembre de 2022.

A su vez, y como era esperable, la Ley 16/2022 no viene sólo a enmendar el TRLC, también otros textos legislativos de gran importancia para nuestra materia de estudio, como es el Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital -en adelante LSC-. Y es que, aunque somos conscientes de que la *ratio* de la Ley Concursal, configurada desde la óptica de la unidad de *disciplina*[4]*,* abarca desde hace tiempo la crisis económica tanto de personas físicas como jurídicas, se hace inevitable afirmar que dentro de los sucesivos textos de la misma, buena parte de las disposiciones normativas están pensadas para su aplicación a las personas jurídicas. Según las estadísticas[5], pocos han resultado ser los concursos que afectan a los empresarios personas físicas en España, al contrario, el mayor porcentaje de deudores insolventes en nuestro país resultan ser sociedades mercantiles y más concretamente, sociedades de capital -con una abrumadora mayoría de sociedades limitadas-[6]. Ello explica en qué medida afectan las disposiciones de la normativa concursal a la LSC y viceversa, pues a la luz de los datos se hace inevitable afirmar que el procedimiento concursal necesita que exista una eficiente coordinación en el funcionamiento de los órganos sociales. Y lo que todavía resulta más importante y que constituye el objeto del presente trabajo, dejar meridianamente claro cuáles son los deberes los administradores sociales ante las situaciones de crisis empresariales.

El presente trabajo pretende resaltar los aspectos más interesantes de la evolución histórica de los deberes de los administradores sociales ante situaciones de pérdidas

[4] Vid. *Supra* nota 1. El legislador reconocía en la Exposición de Motivos que la Ley Concursal había sido pensada en su estructura normativa como un texto que perduraría en el tiempo, lo que se ha demostrado no haber sido así.

[5] Véase el "Anuario Concursal 2022", *Estadísticas Concursales publicadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España*, 2022. En este sentido, sólo en el primer trimestre del año 2022 se han llevado a cabo 1.043 procedimientos concursales de Sociedades Limitadas, mientras que sólo 61 de Sociedades Anónimas.

[6] En este sentido, véase SANCHEZ CALERO, F., SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil,* Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi, T. II, 2020, p. 320.

económicas de la sociedad, así como analizar la inminente reforma que ha sido materializada a través de la entrada en vigor de la Ley 16/2022. Pérdidas económicas que, como sabemos, pueden ser susceptibles de subsunción en diversos institutos jurídicos en función de que se trate de una clase de pérdidas u otras, lo que en la práctica del tráfico jurídico ha supuesto un problema del que reiterada doctrina viene discutiendo desde hace tiempo.

Todo ello porque somos conscientes de que en la normativa que regula el Derecho de Sociedades en nuestro país a partir de la modificación producida a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo[7], ha incidido especialmente en la concreción de los deberes de los administradores en el desempeño de sus labores. Sin embargo, bien es cierto que todavía no éramos capaces de atisbar una regulación ordenada y específica que se propusiera delimitar las obligaciones de los administradores en los casos en que las sociedades sufrieran dificultades financieras, y ello porque hasta la promulgación de la Ley 16/2022 nada tenían que hacer los administradores más que instar la disolución de la sociedad -cuando se cumplieran los presupuestos jurídico y material que establece la LSC[8]-, solicitar el concurso de acreedores -cuando la sociedad fuera insolvente-, o impulsar un proceso de recapitalización.

Una de las cuestiones que asimismo trataremos, y en donde la transposición de la Directiva 2019/1023 ha venido a establecer un nuevo paradigma en cuanto a obligaciones de los administradores se trata, es en aquellas ocasiones en las que la sociedad se encuentra en una situación en la que, no siendo insolvente de manera actual o inminente, se puede prever una mala situación financiera, no ya a corto plazo, sino a medio-largo plazo. En este sentido, los administradores deberán tener presente no sólo el clásico deber de proteger el interés social[9], sino también los intereses de los acreedores, que pueden

[7] La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) N.º 293, de 4 de diciembre de 2014. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2014/12/03/31.

[8] La liquidación societaria en nuestro actual modelo del Derecho de Sociedades contenido en la LSC exige que se cumpla un presupuesto jurídico: que concurra la causa de disolución prevista en el artículo 363.1e) LSC y un presupuesto material o cuantitativo: que los bienes restantes sean suficientes para con ellos satisfacer los créditos pendientes.

[9] El artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores la obligación de actuar "en el mejor interés de la sociedad", artículo que fue modificado por el artículo único 15 de la Ley 31/2014 ya citada en *Supra*, nota 7.

verse perjudicados ante una posible disolución o declaración de concurso. Por lo tanto, lo que trataremos de explicar es en qué medida la transposición de la Directiva europea y la radical modificación del Libro II del TRLC han venido a consolidar un nuevo elenco de deberes que los administradores societarios tendrán que tener en cuenta para reorientar su conducta a la hora de la gestión y solución de las dificultades económicas, donde no sólo primará la voluntad de reparación de las adversidades financieras y de patrimonio, sino la necesaria consideración de los intereses de los acreedores para conseguir una solución que, sin olvidarse de satisfacer al interés social pretenda respetar, entre otras cosas, los intereses de los acreedores.

II. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE PÉRDIDAS E INSOLVENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CRISIS DE EMPRESA.

Como se ha adelantado anteriormente, el presente Trabajo tiene como finalidad explicar cuáles son los nuevos deberes de los administradores de las sociedades de capital en las situaciones de crisis económica ante la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal producida por la Ley 16/2022[10], y sus implicaciones en la toma de decisiones de este órgano societario, así como en la posible responsabilidad que se pudiera derivar de la elección de una ellas. La entrada en vigor de este texto legislativo conlleva una sustancial modificación del elenco de posibilidades que se ofrecen (o imponen)[11] a los administradores en las situaciones que implican pérdidas económicas para las sociedades mercantiles. No es una novedad afirmar que el administrador social debía tener en cuenta, además del parámetro que le ofrece el balance de la sociedad y el artículo 363.1 e) de la LSC[12], el que hasta ahora constituía el presupuesto objetivo para la declaración del concurso, esto es, la situación de insolvencia actual o inminente[13]. Pues bien, aparte de todo ello, se añade por parte del legislador en la Ley 16/2022 una novedosa categoría de

[10] La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por la que se reforma el Texto Refundido de la Ley Concursal se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) N.º 214, de 6 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/05/16/con

[11] MUÑOZ PAREDES, A., "Pérdidas e Insolvencia en el proyecto de Reforma de la Ley Concursal", *Diario LA LEY*, N.º. 10008, de 11 de febrero de 2022, Editorial Wolters Kluwer.

[12] El artículo 363.1 e) de la LSC dispone que la sociedad se disolverá "por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social".

[13] En el artículo 2 del original TRLC se disponía que "La insolvencia podía ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones."

insolvencia que podemos encontrar en el nuevo artículo 584 TRLC, categoría la cual será tratada en profundidad más adelante, baste por el momento reflejar la definición de esta nueva *species* conocida como "la probabilidad de insolvencia", que se dará: "cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años*"*. Al mismo tiempo, el legislador ha venido a modificar los artículos 365 y 367 de la LSC para ampliar el deber de convocar la junta de socios ante la aparición de una o varias causas de disolución y un nuevo presupuesto para el caso de que se lleven a cabo negociaciones para la suscripción de un Plan de Reestructuración, concepto este que también abordaremos más adelante.

Se hace necesario, a los efectos de poder aportar una nueva perspectiva, volver la mirada hacia la regulación anterior, para poder así apreciar la evolución que en nuestro ordenamiento jurídico mercantil ha tenido tanto la legislación concursal como la societaria en este aspecto.

2.1. Breve explicación de la evolución de la regulación normativa concursal y societaria en España.

Resulta ilustrativo a nuestros efectos especificar que antes de la llegada de la Ley Concursal, en España coexistían varios procedimientos concursales -contenidos en diferentes textos legales- cuya aplicación dependía básicamente de dos presupuestos conexos entre ellos: un presupuesto subjetivo, es decir, la "*mercantilidad"*[14] del deudor, estableciéndose procedimientos diferenciados en función de si este era o no comerciante, y en segundo lugar un presupuesto objetivo, esto es, qué grado o nivel de insolvencia presentaba el deudor, que podía ser provisional o definitiva. A partir de la conexión lógica entre un presupuesto y otro se obtenían como resultado cuatro combinaciones posibles: el deudor comerciante que se encontraba en insolvencia provisional, para lo que el legislador arbitraba un procedimiento conocido como suspensión de pagos, mientras que para aquél que se encontraba en insolvencia definitiva el procedimiento era conocido como quiebra. Diversamente le sucedía al deudor no comerciante, que en el primero de los casos -insolvencia provisional- se veía inmerso en un procedimiento de quita y espera,

[14] Para profundizar en el concepto de la *mercantilidad* del deudor, véase VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, Librería Bosch, 2ª Ed., Tomo II, 1986, pág. 757.

mientras que en el caso de insolvencia definitiva el procedimiento era conocido, curiosamente, como concurso de acreedores.

La obra de unificación que realiza el legislador concursal, quizás tardía si tenemos en cuenta la rapidez de la evolución de la economía española, se fundamenta en tres principios cardinales que han orientado desde entonces la técnica de la moderna legislación de reestructuraciones e insolvencia en nuestro ordenamiento jurídico. La ya citada unidad de disciplina, dando respuesta en una única norma a la insolvencia de cualquier sujeto, terminando así con la dualidad del presupuesto subjetivo[15] y los problemas de interpretación que se plantearon alrededor del concepto de "comerciante"; la unidad de sistema, precisamente acomunando todos los procedimientos en uno: el concurso de acreedores y, finalmente, el conocido como principio de unidad legal que, con el horizonte de otorgar una mayor seguridad jurídica, integra el procedimiento en un único texto legal: la Ley Concursal, eliminando así la vetusta dispersión normativa que caracterizaba el sistema, lleno de múltiples disposiciones encuadradas en diversos textos legislativos que se remitían los unos a los otros, en múltiples ocasiones además se producía la remisión hacia normas que habían quedado claramente superadas por el paso del tiempo y la evolución económica, con la consecuencia de que hasta hace no pocos años seguían en vigor en España normas de la época de la navegación a vela[16].

Desde la perspectiva de la legislación societaria podemos afirmar que sucede un fenómeno parecido, esto es, de unificación legislativa. Hasta el año 2010 en España la regulación jurídica de las dos principales formas societarias mercantiles -anónima y responsabilidad limitada-[17] se encontraba, aparte de en el Código de Comercio de 1885 (en adelante C.Com), en dos leyes especiales: la primera de ellas, relativa a las sociedades anónimas en la Ley de 17 de julio de 1951, del Régimen Jurídico de Sociedades

[15] El presupuesto subjetivo, antes de la unificación de la legislación en la Ley 22/2003, Concursal, era diferente en función de si el deudor era comerciante o no comerciante. A partir del año 2003, en España, el procedimiento concursal es el mismo independientemente de la personalidad del deudor.

[16] En este sentido, véase HUALDE LÓPEZ, I., "La evolución del moderno derecho de insolvencia en España", en *Lección Inaugural UNED*, Pamplona, 2017.

[17] En España, los tipos societarios capitalistas son la Sociedad Anónima (o S.A.); la Sociedad de Responsabilidad Limitada (o S.L.) y la Sociedad Comanditaria por Acciones, todas ellas reguladas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, en este texto legislativo se encuentra la regulación de otro tipo de sociedad de capital, pero que debe considerarse comunitaria antes que española: *La Sociedad Anónima Europea* (SE) domiciliada en España. Su regulación principal se encuentra en el Reglamento (CE) N.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 (publicado en el N.º 294 del *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 10 de noviembre).

Anónimas, mientras que las sociedades de responsabilidad limitada quedaban reguladas en la Ley del 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada . En ellas, el legislador introdujo el procedimiento que habían de llevar a cabo los órganos sociales para disolver la sociedad en caso de que se produjeran pérdidas económicas. Procedimiento este que seguirá evolucionando hasta la última regulación separada de las sociedades de capital, que podíamos encontrar tanto en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA), como en la Ley 2/1995, de 3 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Finalmente, y como sucedió con el Derecho de la Insolvencia, el legislador decide unificar la regulación jurídica societaria en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en el ya mencionado Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Hasta aquí se hace evidente afirmar que el legislador español ha querido desde el principio realizar una separación legislativa del derecho de sociedades con el derecho de la insolvencia. En un caso, pretende regular las situaciones en las que el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones para con sus acreedores, es decir, que es insolvente de manera actual o inminente y, desde el 26 de septiembre de 2022, probablemente insolvente. En el otro caso, pretende regular - entre otras cosas-, el funcionamiento de los órganos sociales y su interacción en el caso de pérdidas económicas de la sociedad. A pesar de ello, lo que no se puede negar es que la situación de crisis empresarial interesa a los dos sectores de regulación, y es entendible que esta separación normativa a la que se acaba de hacer referencia pueda dar lugar a no poca confusión. Resulta entonces necesario dejar meridianamente claro desde el principio de nuestra exposición la neta diferencia que existe entre la insolvencia y la disolución social por pérdidas cualificadas. Aunque, *a priori* ambos conceptos parecen expresar la idea de pérdidas económicas en sentido general, lo cierto es que en algunos casos no tienen por qué darse las dos situaciones contemporáneamente.

Por ende, es cuanto menos recomendable para un mejor entendimiento de la materia, realizar una sintética explicación de las diferencias entre pérdidas cualificadas e insolvencia antes de continuar con la evolución histórica de la disciplina.

2.2. Diferencia entre pérdidas cualificadas (y disolución social) e insolvencia (y procedimiento concursal).

El concepto de disolución social, que no equivale a su extinción, hace alusión a la primera de las fases de un procedimiento que, de finalizar, termina extinguiendo la sociedad, o lo que es lo mismo, encamina a la mercantil hacia la pérdida de su personalidad jurídica, lo que supondría finalmente su salida del tráfico jurídico y económico. Esta situación no se da, o al menos no tiene por qué darse en el caso del procedimiento concursal, donde ya anteriormente -y especialmente desde la entrada en vigor de la Reforma Concursal[18]- se prueba a fomentar el mecanismo de la "prevención" a través de la suscripción de un acuerdo negociado entre el deudor y sus acreedores, en aras a evitar liquidaciones de sociedades que pudieran ser económicamente viables pero que, por unas circunstancias u otras, se encuentran en una situación de insolvencia (o con probabilidades de insolvencia)[19].

Desde hace décadas, el instituto jurídico de las causas de disolución social en nuestro ordenamiento jurídico se ha proyectado de diversas formas; la que a nosotros interesa para nuestro estudio es la causa de disolución por pérdidas cualificadas, que hoy en día aparece regulada en el artículo 363.1 e) de la LSC, y que se produce cuando la cifra que representa el patrimonio neto en el balance económico de la sociedad sea inferior a la mitad del capital social[20]. Este presupuesto de pérdidas cualificadas ha dado no pocos quebraderos de cabeza a reiterada doctrina para distinguirla del presupuesto objetivo de la insolvencia, más aún después de la promulgación de la Ley Concursal[21], pues en innumerables ocasiones se ha hecho complicado para los administradores distinguir cuándo se producen una situación o la otra, o las dos contemporáneamente.

---

[18] Con Reforma Concursal entendemos la última de ellas, producida a través de la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

[19] En este sentido, v. supra nota 3. En los considerandos de la Directiva 2019/1023 el legislador europeo establece que se deberán arbitrar procedimientos dirigidos a impedir la liquidación temprana de sociedades económicamente viables que simplemente estén pasando por un proceso de dificultades financieras.

[20] ESPÍN GUTIÉRREZ, C. "Comentario a los artículos 320 a 327", en ROJO, A./ BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Civitas, Navarra, 2011, pág. 2371: "El balance pondrá de manifiesto ese desequilibrio patrimonial y en concreto reflejará los importes del capital social, de las pérdidas, de la reserva legal y la ausencia de reservas voluntarias. La verificación contable por el auditor servirá para acreditar la existencia de esa situación y esos requisitos (…)" El "balance que sirve de base a la operación no necesariamente debe ser el balance de ejercicio, sino que puede ser otro cualquiera, correspondiente a fecha distinta (RDGRN 31.3.1993) (…)"

[21] En la Ley 22/2003, Concursal, el legislador establece dos subtipos de insolvencia en nuestro ordenamiento jurídico. La insolvencia actual y la insolvencia inminente.

Por el contrario, la insolvencia siempre ha venido a ser identificada con la incapacidad de pago de las obligaciones recurrentes del deudor, el cual podría encontrarse en una situación de balance positivo, esto es, que el activo fuera superior al pasivo y, aun así, no poder satisfacer el pago de las obligaciones, por ejemplo, por estar su activo integrado por bienes realizables a muy largo plazo que, en el corto-medio plazo, no sirvieran para pagar a los acreedores.

Como decimos, esta disyuntiva hace que las pérdidas cualificadas se puedan dar en un contexto de "no insolvencia" tal y como la entiende el legislador. Así, puede ser que el deudor siga haciendo frente al pago de sus obligaciones recurrentes para con sus acreedores, no pudiendo ser subsumido en el presupuesto objetivo del concurso y pudiendo contar, sin embargo, con una cifra representativa del patrimonio neto inferior a la mitad del capital social, lo que daría lugar a la causa de disolución regulada en el artículo 363.1 e) de la LSC. Así lo ha afirmado, entre otros, nuestro más Alto Tribunal (Sala 1ª, de lo Civil) en Sentencia del 1 de Abril de 2014: "No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2 de la Ley Concursal cuando afirma que <<se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles>> con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dar lugar por esa sola razón, a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria. En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, puede que el activo sea superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual. [...] Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia legal de la causa de disolución por pérdidas agravadas."

2.3. Los inicios de la causa de disolución por pérdidas y su contraste con el régimen concursal en España: Desde las Leyes de 1951 y 1953 a las de 1989 y 1995.

En la primera de las leyes mencionadas de 1951 -de Sociedades Anónimas-, se hace interesante analizar las que el legislador estableció como causas de disolución social por pérdidas, y nos detenemos sólo en este texto legislativo porque el mismo legislador afirmará sucesivamente en la exposición de motivos de la Ley de 1953, refiriéndose a las sociedades limitadas que *"*las causas generales de disolución de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se fijan tomándolas de la Ley del Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas.[...]*"* Aunque bien es cierto precisar que las causas de disolución social venían ya ideadas por el legislador del C.Com de 1885, donde en su artículo 221 encontramos causas como por ejemplo: *"*la quiebra de la compañía.*"* , el legislador cambia de idea en el año 1951 e introduce una importante causa de disolución que permanecerá hasta nuestros días: la causa de disolución social por pérdidas cualificadas. Así, en el artículo ciento cincuenta de la Ley de Sociedades Anónimas se establecía que la sociedad se disolverá "[...] 3. Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca.", idéntica regulación encontramos en la Ley de Sociedades Limitadas de 1953[22]. El aspecto relevante no es tanto la causa de disolución en sí, sino lo que se dispone más adelante en el artículo 152: "Cuando concurran alguna de las causas previstas en los números [...] .3 del artículo ciento cincuenta, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por las mayorías ordinarias. Con ese fin cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la Junta, si a su juicio existen causas legítimas para su disolución." Y decimos relevante porque, *a priori*, de la lectura del artículo 152 de la Ley podemos dar la siguiente interpretación: es posible que el legislador del 1951 decidiera no especificar en este artículo que tenían que ser los administradores los que convocasen a los socios a la junta general, ni que tenían un plazo para ello, sino que esta obligación quedaba implícita en la literalidad del artículo

[22] En la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1953, del Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada, publicada en el Boletín Oficial del Estado, N.º 199 de 18 de julio de 1953, se establecía que "Las causas generales de disolución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada se fijan tomándolas de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Se ha estimado a tal objeto, que esa enumeración es más completa que la del artículo doscientos veintiuno del Código de Comercio, a la vez que resuelve la cuestión suscitada de la quiebra como causa de disolución, y que indirectamente establece una importante norma de protección de los acreedores al prever la disolución para el caso en que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social."

56 de la misma Ley[23], donde se concede a los administradores la facultad de convocar la Junta siempre que lo estimen conveniente a los intereses sociales. Es decir, como los administradores son, por así decirlo, "los convocadores naturales" de la Junta de socios, pudo entender entonces el legislador que ante la situación de pérdidas cualificadas los intereses sociales activaban esta facultad ordinaria de convocatoria y que, por ende, no hacía falta reiterar en el artículo 152 que tenían que ser precisamente ellos los que la instaran para que los socios decidieran qué hacer ante la situación de pérdidas cualificadas, pues esta convocatoria surgiría de manera espontánea y se haría en su propio interés, para no verse así afectados por la acción de responsabilidad de los artículos 79 y 80, dado a que podían, ya entonces, ser potenciales responsables de las pérdidas producidas por "malicia, abuso de facultades o negligencia grave"[24].

Lo que no estableció el legislador de las Leyes de 1951 y 1953, tampoco el del C. Com y que más tarde encontraremos en el artículo 262.5 del TRLSA de 1989, es la imposición a los administradores de un plazo fatal y perentorio de dos meses para instar la convocatoria de la Junta por pérdidas[25] y que, dicho ya de paso, se ha conservado hasta nuestros días. Así, cuando se verifiquen las pérdidas que activan la causa de disolución, los administradores quedarán obligados a convocar la Junta General para que, en ella, los propietarios de la mercantil -los socios- actúen en consecuencia para remover la causa, por ejemplo, aumentando o reduciendo el capital social para ajustarlo a la exigencia legal que se acaba de explicar, esto es, aumentarlo o disminuirlo en relación con la cifra del patrimonio neto. La imposición de esta obligación a término a los administradores contrastaba con el régimen concursal de la época[26], contenido además de en el C. Com, en la Ley de 10 de junio de 1897, de suspensión de pagos, donde los mecanismos de quiebra y suspensión de pagos eran opciones meramente facultativas para los administradores (por todas, SSTS, Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984).

---

[23] En relación con lo expuesto anteriormente, se vea el artículo 30 de la Ley de 17 de julio de 1953, del Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad limitada, publicada en el Boletín Oficial del Estado N.º 199 de 18 de julio de 1953. Disponible en: https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1953/199/A04319-04324.pdf

[24] Véase el artículo 79 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre el Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, publicada en el Boletín Oficial del Estado, N.º 199 de 1951. Disponible en: https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1951/199/A03355-03374.pdf

[25] En este sentido véase el artículo 262 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, publicado en el Boletín Oficial del Estado N.º 310, de 27 de diciembre de 1989. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1989/12/22/1564

[26] Vid. *Supra*, nota 11.

A partir de esta afirmación, el interrogante necesario que nos tenemos que plantear es si entonces, ante una situación de crisis económica donde se den contemporáneamente los dos supuestos mencionados: la reducción del patrimonio neto a la mitad del capital social y la insolvencia -actual o inminente-, la solicitud por parte de los administradores -titulares a su vez del deber de solicitar el procedimiento concursal en el caso de las personas jurídicas- del concurso, enervaba su deber de instar la convocatoria de junta -y su responsabilidad- a efectos de que los socios llevasen a cabo el acuerdo relativo a la remoción de la causa de disolución. Es decir, ¿constituían estas soluciones cumplimientos alternativos para los administradores?. A lo largo de nuestra historia reciente nos hemos encontrado con diferentes respuestas doctrinales y jurisprudenciales, algunas respondían afirmativamente, otras, sin embargo, lo negaban.

Recordemos que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, dos eran las posibles soluciones para el deudor "*mercantil*" en caso de situación de insolvencia: suspensión de pagos y quiebra. Sobre la suspensión de pagos en relación a las causas de disolución por pérdidas, ha llegado a afirmar nuestro más Alto Tribunal (Sala 1ª de lo Civil) en la Sentencia de 16 de diciembre de 2004 que: "la suspensión de pagos no es análoga a la disolución, en modo alguno se orienta a la extinción de la sociedad (lo que, tal vez, podría predicarse de la quiebra), sino a lo contrario y en modo alguno tampoco modifica la estructura patrimonial de la sociedad, pues afecta meramente a su liquidez o capacidad de efectuar pagos debidos, sin efecto alguno sobre su balance." Para posteriormente afirmar en su Sentencia de 1 de diciembre de 2008 que: "[s]egún jurisprudencia de esta Sala la suspensión de pagos no sustituye, a efectos del cumplimiento de la obligación de promover la disolución por parte de los administradores en caso de disminución del patrimonio social, a la disolución ni al concurso, y tampoco suplía esta omisión, en el régimen de la LSA anterior a su modificación por la Ley Concursal.*"* Lo que afirmaba el Tribunal Supremo en respuesta a nuestro primer interrogante era que, ante la concomitancia de ambas situaciones, los administradores tenían el deber de promover ambas dos pues, para el juzgador, la promoción de la suspensión de pagos no constituía un cumplimiento alternativo a la convocatoria de la junta.

Con relación a la quiebra encontramos pronunciamientos diferentes, por otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 11 de noviembre de 1997, donde

llega a admitir el juzgador que la solicitud de la quiebra podía ser sustitutiva de la promoción de la junta para la disolución social, pues quedaba cubierta en cierta medida la finalidad de la norma, que quería garantizar la seguridad jurídica de los acreedores representada en el control judicial sobre el patrimonio del deudor. Eso sí, según la sentencia, si los administradores se decantaban por la solución concursal, la solicitud de quiebra se tenía que interesar en el mismo plazo que los administradores tenían para convocar la Junta según la legislación societaria -dos meses-, pues si la quiebra se instaba *a posteriori* sin haber antes convocado a ésta, cobraba sentido que se activase la acción de responsabilidad que se establecía en el artículo 262.5 TRLSA[27], porque en cierta medida los administradores no habían hecho uso de las soluciones arbitradas por la Ley para descongestionar la economía societaria.

Como podemos apreciar, en el régimen anterior a la unificación tanto de la legislación concursal como societaria en España, parece ser que el Tribunal Supremo pensaba que ambas soluciones podían instarse contemporáneamente. Para el caso de la situación legal de suspensión de pagos se diese a la vez que la reducción del patrimonio neto a la mitad del capital parecía procedente que los administradores instaran las dos soluciones a la vez, lo cual pensándolo bien y visto lo explicado anteriormente, no tendría mucho sentido. Si la situación de suspensión de pagos - o la quiebra- y la disolución de la sociedad parecen a primera vista medidas antagónicas, pues una se dirige a mantener a la sociedad con vida y la otra no, es más coherente pensar, como hacía la Audiencia Provincial de Barcelona, que constituyesen formas de cumplimiento alternativo del deber de diligencia del administrador. Al fin y al cabo, en un cierto sentido, ambas soluciones tienen como finalidad la protección de los acreedores, solo que con la utilización de medios diferentes.

[27] En el artículo 262.5 del TRLSA de 1989, el legislador establecía que: "Responderán solidariamente de las obligaciones sociales 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 o que no soliciten la disolución judicial 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." Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1989/12/22/1564

2.4. La unificación de la legislación concursal: La Ley 22/2003 y su interacción con la normativa societaria.

El paradigma de los deberes de los administradores cambia a partir de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC 2003) pero no sólo en el aspecto concursal, sino también en el societario. Es importante destacar que es en el 2003 la primera vez que el legislador español introduce, en el artículo 5 de la LC 2003, los dos principales tipos de insolvencia a los que veníamos estando acostumbrados anteriormente a la entrada en vigor de la Ley 16/2022: la insolvencia actual y la inminente; esta segunda se configura en el 2003 como mero derecho o facultad del deudor a concursar, mientras que la primera constituía el presupuesto objetivo del deber de hacerlo en el plazo establecido -dos meses-.

Como se ha explicado anteriormente, la Reforma viene inspirada en los tres principios cardinales que, en principio, vinieron a poner remedio al arcaísmo y dispersión anterior de la normativa. El legislador, sin embargo, establece que el órgano de administración tendrá un plazo de dos meses para solicitar el concurso cuando la sociedad se encontrase en insolvencia actual, exactamente igual que el plazo de la convocatoria de la junta general para la remoción de la causa de disolución. Pero el legislador va más allá, la LC 2003 viene a modificar la normativa societaria para, en principio, ajustarla a la normativa concursal. Así, se modifica el TRLSA de 1989 (también la LSRL de 1995, la cual damos por reproducida, pues las redacciones son prácticamente idénticas), estableciendo que la sociedad anónima se disolvería "por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente[...]", hasta aquí ninguna novedad, lo importante viene en el inciso final del mismo artículo , cuando dispone que: "y siempre que no sea procedente solicitar el concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal", lo que parece venir a afirmar el legislador es que, ante una situación de crisis económica empresarial, los administradores deberán tener claro si invocar una solución u otra, siendo concurso y disolución alternativas aparentemente estancas al problema económico. Y decimos "tener claro", porque la LC 2003 viene asimismo a modificar el régimen de deberes de los administradores a la hora de la elección de la solución. En este caso, la configuración del precepto sí era diferente para el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en efecto, para las sociedades anónimas se

establece que: "los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Asimismo, podrán solicitar la declaración del concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso." Y en el caso de las Sociedades Limitadas: "[...] la disolución, o la solicitud del concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a la que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal."

Estando así las cosas, anteriormente podíamos distinguir tres escenarios "puros" en la relación entre pérdidas cualificadas e insolvencia a partir de la lectura de la LC 2003[28]. Insolvencia que, dicho sea de paso, es solamente una de las dos del artículo 2 de la LC 2003, lo que significa que a pesar de que el legislador introduce ambos conceptos de insolvencia (actual e inminente), la modificación que realiza de la normativa societaria se refiere exclusivamente a la insolvencia actual (como deber), pero nada se dice en relación a la insolvencia inminente (como mero derecho a concursar) y si esta concurre al mismo tiempo que las pérdidas cualificadas, lo que dará lugar a una situación nuevamente de incertidumbre para los administradores.

Los tres escenarios "puros" en la relación entre pérdidas económicas e insolvencia se pueden resumir de la siguiente manera: en primer lugar, que hubiera insolvencia actual pero no pérdidas; en relación con lo expuesto anteriormente, puede ser que el activo fuera muy superior al pasivo, pero que la sociedad no pueda hacer frente al pago de sus obligaciones, pues estos activos de los que dispone son realizables a largo plazo, en ese

[28] En este sentido, vid. *Supra*, nota 11. El autor distingue entre los tres escenarios puros de la relación entre las pérdidas cualificadas y la insolvencia que establece el legislador posteriormente a la entrada en vigor de la LC 2003.

caso lo procedente sería solicitar el concurso. En segundo lugar, que existieran pérdidas cualificadas, pero no insolvencia actual, ante lo cual lo preferible parece ser acudir al mecanismo de liquidación societaria, pues el deudor no cumple con el presupuesto objetivo de la insolvencia y, en tercer y último lugar, que se dieran las dos situaciones contemporáneamente, en cuyo caso, se imponía el deber de solicitar el concurso frente al remedio de la disolución, pues parece lógico pensar que el legislador prefería brindar un procedimiento de "ayuda" para intentar continuar con la vida de las sociedades de capital en el tráfico jurídico[29]. Como venimos diciendo el mensaje del legislador parece claro: si antes de la LC 2003 podíamos pensar -y así lo había afirmado nuestro más Alto Tribunal- que la convocatoria de junta por pérdidas cualificadas y la declaración del concurso podían darse contemporáneamente, a partir de la LC del 2003, la respuesta a los tres "escenarios puros" parecían presentarse, a primera vista, como compartimentos estancos de respuesta a la crisis empresarial, lo que hace necesario que, en principio, los administradores debieran saber distinguir en todo momento la diferencia entre pérdidas cualificadas e insolvencia. Ante la falta de claridad del legislador mercantil y como sucede en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo vino a poner luz con la ya citada Sentencia del 1 de abril de 2014 para distinguir entre la situación de pérdidas e insolvencia, pero, sin embargo, a partir de ese momento, los escenarios que parecían ser "puros" acabaron por sucederse en una serie de escenarios mixtos, por la concurrencia de varias circunstancias:

Primero de todo y como se comentaba anteriormente, faltaba que el legislador diese una respuesta ante la concomitancia de la insolvencia inminente con las pérdidas cualificadas. Hemos visto que para el caso de que se dieran contemporáneamente la insolvencia actual con las pérdidas lo procedente era que los administradores se acogieran al procedimiento concursal frente a las genéricas disolución y liquidación societarias[30]. En este sentido, si la situación de pérdidas cualificadas era concurrente a la de la insolvencia inminente, la solicitud del concurso no enervaba el deber de los administradores de convocatoria de la junta general de socios, pues ante una situación donde la cifra del patrimonio no es muy

[29] Las disposiciones finales vigésima y vigésima primera de la LC 2003 modificaron respectivamente los artículos 260.1 4º y 104.1 e) del TRLSA y LSRL, ambos referidos a la aludida causa legal de disolución por pérdidas graves, hoy refundida en el vigente art. 363.1 e) de la LSC.

[30] Con anterioridad a las sucesivas modificaciones de la LC 2003, los administradores debían solicitar el concurso por lo dispuesto en los arts. 363.1 e) de la LSC y arts.2, 3 y 5 de la LC 2003. Véase PULGAR EZQUERRA, J. *El concurso de acreedores: la declaración,* Madrid, La Ley, 2009, págs. 483-485.

elevada -igual o menor que la mitad del capital social-, y una previsión de incumplimiento de las obligaciones en el plazo establecido por la LC 2003, parece procedente que los administradores convoquen a los socios para que estos decidieran si remover la causa u optar por la solicitud concursal, y esto porque la causa legal de disolución de la legislación societaria parecía excluir dicho deber cuando "fuera procedente la declaración del concurso" y, como hemos afirmado anteriormente, la insolvencia inminente no constituía más que un derecho a concursar, no una obligación[31]. Esto es así, porque en la Ley de Sociedades de Capital se compone una estructura lineal de distribución de competencias donde se pretende respetar la supremacía de la junta general en una decisión de notable importancia para la sociedad, de acuerdo con la jerarquización que ordena la relación entre los órganos sociales, que es implícita en la Ley[32]. Podemos decir además que, si volvemos la vista atrás hacia estas disposiciones, parece que el legislador no tuvo en necesaria consideración el hecho de la realidad de la gestión económica de las sociedades de capital en nuestro país, la cual es todo lo contrario que estática, y que está sujeta a rápida evolución tanto positiva como negativa[33].

III. LAS REFORMAS DE LA LEY 22/2003 Y SU INTERACCIÓN CON LA LSC.

Bajo esta tesitura, varios años después y en medio de la crisis financiera que se produjo en la zona Euro en los años 2008 y siguientes[34], el legislador se da cuenta de la inadecuación de muchas de las disposiciones del texto legal al contexto económico y las intentó corregir a golpe de continuas reformas, y ello debido a que esta situación económica acentuó la disfuncionalidad de determinados aspectos legislativos de la LC 2003, baste resaltar el hecho de que la mayor parte de los concursos que se tramitaban concluían con la liquidación de la empresa, y todas las consecuencias que ello conllevaba

[31] Véase, MEGÍAS LÓPEZ, J., "Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital: disolución, preconcurso y concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* N.º 22/2015, Madrid, Wolters Kluwer.

[32] En este sentido, ALONSO LEDESMA, C., "El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital", en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.) *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 620-621; ESTEBAL VELASCO, G., comentario al <<Artículo 160. Competencia de la Junta>>, en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), *Comentario a la ley de sociedades de capital*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1203 y ss.

[33] MORALES BARCELÓ, J. "La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español.", *Revista de Derecho (21),* 2017, págs. 3-19.

[34] Véase TORRERO MAÑAS, A., *La crisis financiera internacional y sus efectos sobre la economía española*, Madrid, Marcial Pons, 2011, págs. 43 y ss.

(cese de actividades y despido de trabajadores, principalmente)[35]. Ante todo, en las reformas es latente la pretensión de profundizar los institutos preconcursales, en palabras del legislador: "las alternativas al concurso"[36], intentando ofrecer a las empresas una solución más ágil. La primera de estas reformas se introdujo en el año 2009 con el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, que intentó imprimir celeridad en la tramitación de los concursos impulsando la tramitación del conocido como "procedimiento abreviado"[37]. En segundo lugar, se promulgó la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal, donde se introducen las conocidas como "formas anticipadas de terminación del concurso". Todo ello trajo de consecuencia, como explicábamos anteriormente, que los tres escenarios puros concebidos a partir de la promulgación de la LC en el año 2003 se sucedieran en una serie de escenarios mixtos o si se quiere, "impuros", por usar la terminología hemos empleado precedentemente.

Se pueden resumir de la siguiente manera:

3.1. La disolución de la sociedad anterior a la declaración de concurso.

Si en los tres escenarios "puros" que hemos explicado anteriormente, la relación entre disolución y concurso se da en términos de alternancia, en los escenarios impuros puede que la liquidación -societaria- se dé de manera previa al concurso; o al contrario, posteriormente, lo que adelantamos puede resultar sorprendente por patológico[38], pues en la naturaleza misma de la liquidación está, en principio, el extinguir la personalidad jurídica de la sociedad del tráfico, mientras que el procedimiento concursal pretende reorganizar financieramente la mercantil para que esta pueda seguir haciendo frente al pago de sus obligaciones recurrentes.

---

[35] Baste referenciar la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/38

[36] Vid. Supra, 23.

[37] El instituto conocido como "procedimiento abreviado" ha sido eliminado por el legislador a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2022. Anteriormente, el juez del concurso podía aplicar este procedimiento cuando a la vista de las actuaciones y en línea con lo que se disponía en el artículo 522 del TRLC, considerase que el concurso no revistiera especial complejidad, o cuando el deudor presentase una propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluyera una modificación estructural por la que se transmitiera íntegramente su activo y su pasivo.

[38] Vid. *Supra*, nota 11. El autor destaca la patología de la liquidación societaria consecutiva al concurso. Según él "en la concepción inicial del legislador la liquidación societaria está para dar solución a situaciones liquidativas con suficiencia para pagar a todos los acreedores[…] si la insuficiencia es extrema, por más que haya insolvencia, se considera que el concurso no es operativo y se remite a la liquidación societaria."

El caso de la disolución y liquidación de la sociedad previa a la declaración de concurso parece perfectamente posible, es más, fue el propio legislador el que en el artículo 3 de la LC 2003 estableció al órgano de liquidación como legitimado a solicitar el concurso[39]. En este sentido, podemos encontrar en las reformas una respuesta por parte del legislador al deber de los administradores ante la concomitancia de la insolvencia inminente y las pérdidas cualificadas. Hemos afirmado anteriormente que si los administradores constatan que la sociedad se encuentra en situación de pérdidas cualificadas y al mismo tiempo en insolvencia inminente, primaba el deber de convocar la junta del artículo 365 LSC frente a la facultad de solicitar el concurso de acreedores. Pues bien, podría ser que una vez adoptado por parte de los socios el acuerdo de disolución, abierta la liquidación societaria, la insolvencia inminente se degradase en actual, lo que obligaría a los administradores a solicitar el concurso, y por ende cobra sentido que sea precisamente el órgano de liquidación el que se encontrase en el círculo de legitimados para solicitarlo.

Podemos afirmar que en esta situación todo depende del diagnóstico inicial que realice el órgano de administración, porque aunque *a priori* pudiera ser que la existencia de pérdidas cualificadas les hubiera hecho optar por la solución disolutoria, posteriormente el órgano de liquidación se vea obligado a solicitar el concurso por existir la previsión cierta de no poder satisfacer a todos los acreedores, y como afirmamos, producirse una insolvencia (actual) sobrevenida, lo que en principio no parece subsumir a los administradores en posible responsabilidad concursal, pues en el momento de la promoción de la convocatoria de la junta concurría el presupuesto jurídico que exige la liquidación societaria (la causa de disolución del artículo 363.1.e), y no existía obligación de solicitud del concurso por no satisfacer el presupuesto objetivo de la insolvencia actual. Sin embargo, en el curso de los actos el órgano de liquidación constata la insuficiencia de bienes sociales para pagar a los acreedores. Todo ello resulta a nuestros ojos en cierta medida paradójico, pues pareciera ser que es el propio legislador societario el que entiende que en el momento de la disolución habría, en principio, bienes para satisfacer a los acreedores, precisamente con el remanente de patrimonio neto (que representaría en ese caso la mitad del capital social), lo que se acaba de ver puede no siempre ser así.

[39] En el artículo 3 de la LC 2003 se disponía que, si el deudor era persona jurídica, estaban legitimados para solicitar el concurso tanto el órgano de administración como el de liquidación.

3.2. La liquidación societaria posterior a la declaración del concurso: un escenario patológico.

Para el escenario que anteriormente se citaba como patológico, esto es, la liquidación consecutiva al concurso, tenemos que decir que la originaria LC 2003 preveía como una de las causas de conclusión del concurso "la inexistencia de bienes"[40], que fue posteriormente modificado en la Reforma del 2011 por "insuficiencia"[41], esta insuficiencia de bienes para satisfacer los créditos, igual que sucedía con la relación entre pérdidas e insolvencia, puede darse en al menos tres escenarios distintos; escenarios que han venido existiendo hasta el 26 de septiembre con la promulgación de la Ley 16/2022, pues aparecen todos ellos recogidos en el ya citado TRLC[42]. Estos escenarios son, por el orden del articulado, en primer lugar, la conocida como liquidación inconclusa, que se sucedía una vez entrada la fase de liquidación concursal al darse cuenta de que podía haber bienes susceptibles de no ser liquidados (por ejemplo, por desprovistos de valor), lo que hacía que se produjera el archivo del concurso y se recurriera a la liquidación -societaria-. En segundo lugar, la "conclusión anticipada", donde se podía archivar el concurso en cualquier fase y momento una vez se constatase que los bienes eran insuficientes para pagar los créditos contra la masa, y, por último, la "declaración-conclusión" que incluso permitía al juez competente abrir y cerrar el concurso en unidad de acto, si la insuficiencia de bienes fuera "inicial y manifiesta".

En todos estos supuestos podemos afirmar que el concurso se cierra *en falso*, pues, aunque se concluya por "insuficiencia" de bienes, la sociedad (extinta) los conserva, es por ello por lo que nuestro más Alto Tribunal y la Dirección General de Registros y Notariado han llegado a reconocer a estas sociedades una personalidad jurídica residual[43], lo que las permitía proceder a la liquidación del remanente a pesar de haberse cerrado el procedimiento concursal. Es decir, en los presentes escenarios, la sociedad acabaría en

[40] En este sentido, véase el artículo 176.1. 4º de la redacción original de la LC 2003, que establecía que procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en los siguientes casos: […] "4º. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores".
[41] El legislador sustituye "inexistencia" por "insuficiencia" a partir de la Ley 38/2011 en el artículo 176.1. 3º de la LC 2003, dónde se seguían estableciendo las causas de conclusión del concurso.
[42] La "liquidación inconclusa" se recogía en el artículo 468.3 TRLC, que con anterioridad a la Reforma del 2020 aparecía en el artículo 152.2 LCon.; La "declaración-conclusión" se recogía en el artículo 470 TRLC, antes artículo 176 bis.4 LC 2003 y la "conclusión anticipada" en los artículos 473 y ss. TRLC, el que anteriormente fuera artículo 176 bis. 2 y 3 LC 2003.
[43] La DGRN lo reconoció en su Resolución de 10 de marzo de 2017, mientras que el Tribunal Supremo lo hizo en Sentencia de la Sala 1ª, de lo Civil, de 20 de marzo de 2013.

una especie de liquidación societaria *per saltum*, pues la sociedad cumplía con el presupuesto objetivo de la insolvencia y, sin embargo, no se somete al procedimiento concursal. Además, pensamos que esta liquidación *per saltum* no parece coherente con la concepción de la disolución que tiene el legislador de la LSC, donde las genéricos institutos de disolución y liquidación han sido pensados precisamente partiendo de la base de la suficiencia de bienes para satisfacer los créditos, todo ello unido a que la sociedad se situaría frente a una liquidación donde, para haber llegado a ella, no se habría cumplido el presupuesto jurídico del artículo 363.1 e)., esto es, se procede a disolver sin causa de disolución.

IV. LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES ANTES DE LA LEY 16/2022 Y SU RELACIÓN CON LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.

Si precedentemente nos hemos ocupado exhaustivamente de dejar claro cuál ha sido la evolución en nuestro ordenamiento jurídico de la distinción entre pérdidas cualificadas e insolvencia y su relación con la actuación de los administradores, es asimismo importante establecer cuáles son las obligaciones que la Ley[44] les impone para hacer frente a sendas situaciones, en este caso nos interrogamos acerca de cuáles son las acciones que pueden llevar a cabo los administradores cuando se verifiquen estas situaciones.

Posteriormente a la unificación de la legislación societaria en nuestro país a través de la LSC, en el artículo 363.1. e) se establecía que la sociedad -anónima y de responsabilidad limitada- se disolvería por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a la mitad inferior del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso[45]. En este sentido y antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2022, el artículo 365 de la LSC establecía que, ante la concurrencia de las pérdidas cualificadas, los administradores debían convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que esta adoptara el acuerdo de disolución o, si esta fuera insolvente, instara el concurso. Como podemos

[44] Por Ley nos referimos tanto al Texto Refundido de la Ley Concursal como al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

[45] Como venimos afirmando anteriormente, el inciso "siempre que no sea procedente solicitar la declaración del concurso" parece referirse a una insuficiencia patrimonial que no se relaciona con la capacidad de pago de la sociedad, pudiéndose identificar esta situación económico-patrimonial con la insolvencia inminente, véase PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores,* La ley, Madrid, 2005, p.383.

fácilmente comprobar, es el legislador el que quiere depositar en la Junta General la capacidad para decidir entre la disolución de la sociedad o la remoción de la causa de disolución[46] pues, al fin y al cabo, es a los socios a quién pertenece la competencia orgánica de disolver la sociedad de la que son propietarios. Además, y como hemos explicado anteriormente, ello era posible siempre que la sociedad no estuviera inmersa en una situación de insolvencia actual donde, en concomitancia con las pérdidas, primaba el deber de solicitud del concurso. En este sentido, se debe decir que la convocatoria de la Junta tiene una finalidad informativa fundamental, que se corresponde con el deber de lealtad de los administradores de informar en todo momento de la situación económica de la mercantil, pero, es más, y así lo ha afirmado gran parte de la doctrina, la convocatoria -y la Junta- han venido a ser consideradas como un verdadero instituto preconcursal[47], en el sentido de que el legislador pretende que sociedades con un una grave situación económica dejen de llevar a cabo operaciones en el tráfico jurídico y es por ello que exige a los socios o bien que remuevan la causa, o bien que decidan disolver y liquidar.

Sin embargo, no parece que este instituto cumpla todos los requisitos que en el moderno Derecho de la insolvencia han venido caracterizando a los institutos preconcursales, pues en este caso las decisiones se toman sin tener en cuenta la postura de los acreedores, los que en los institutos preconcursales del TRLC antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2022 -y a partir de esta en mayor medida- deben ser tenidos en cuenta necesariamente para negociar con la deudora y reorganizar la situación financiera de la mejor manera posible en aras a obtener una mayor satisfacción de los créditos, siguiendo el principio *par conditio creditorum*. De todos modos, huelga afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico-mercantil no existe ninguna norma que obligue a los administradores sociales a tener en cuenta los intereses de los acreedores en las situaciones de crisis económica empresarial, cosa que no sucede en otros ordenamientos jurídicos, como el estadounidense, donde existen los denominados "solvency test"[48].

---

[46] Siempre que la remoción constase en el Orden del Día de la convocatoria de la Junta General. Véase el artículo 365.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

[47] Así se afirmaba en BELTRÁN SÁNCHEZ, E*., La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1997, pág. 115. En sentido contrario, criticando que este tipo de medidas sirvieran en realidad para proteger a los acreedores, ALONSO LEDESMA, C., "Derecho de sociedades vs Derecho concursal ¿técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?" en ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UBERA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma.* T. II, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág.95.

[48] Para profundizar el concepto de los *solvency test*, véase RECAMÁN GRAÑA, EVA., "Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* N.º. 17, 2012, págs. 311 y ss.

4.1. Los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones preconcursales con relación al deber de convocar la Junta del artículo 365 LSC.

Como comentábamos anteriormente, el legislador ha venido modificando en constantes ocasiones el original texto de la Ley Concursal para intentar adaptar sus disposiciones a la evolución económica española. Las reformas más significativas han sido las de la introducción en nuestro sistema de gestión de la insolvencia los denominados "institutos preconcursales", a través de la ya citada Ley 38/2011. Estos institutos se configuran como un instrumento para evitar el concurso o para anticipar la solución natural y ordenada del mismo a través de un convenio anticipado. Si en la original LC 2003 la finalidad perseguida era la aprobación y cumplimiento de un convenio como modo natural de conclusión del concurso, a partir de la ya citada crisis económica que sufrió nuestro país en los años 2008 y siguientes, el legislador se propuso otorgar a los deudores una solución más ágil y económica para resolver sus crisis a través de diversos instrumentos que les permitían ponerse a negociar anticipadamente con los acreedores para poder llegar a una solución satisfactoria para ambas partes. El problema fundamental con el que nos encontrábamos es que nada se decía en el artículo 365 LSC sobre los institutos preconcursales y su interacción con la obligación de convocatoria de Junta por parte de los administradores.

Como sabemos, no es una novedad hablar de derecho preconcursal en el marco de las crisis empresariales en nuestro país. El TRLC ya recogía institutos preconcursales a los que las sociedades podían acogerse para negociar con sus acreedores. El artículo 583 del original TRLC establecía que los administradores de las sociedades que se encontrasen en una situación de insolvencia actual o inminente podían comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso que habían iniciado negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación[49] que reuniera los requisitos que se establecían en la misma Ley. Lo que se preguntaba la mayor parte de la doctrina en este caso era si la comunicación de las negociaciones al juzgado enervaba el deber de los administradores de convocar la Junta para instar la disolución o declarar el concurso. Es decir, si en el caso de que la sociedad fuera insolvente, y a la vez se encontrase inmersa en la causa de

[49] Para poner en conocimiento las negociaciones al juzgado competente de un acuerdo de refinanciación, este no podía ser singular, así lo establecía el artículo 583.1 TRLC.

disolución del artículo 363.1.e) LSC, la presentación en ese plazo de dos meses de una Propuesta Anticipada de Convenio o un Acuerdo Extrajudicial de Pagos liberaba de posterior responsabilidad al administrador.

En este sentido, ha habido diversos autores que han entendido el artículo 583 TRLC como una vía preparatoria del concurso, esto es, negociar para obtener las adhesiones de los acreedores y no acudir al largo y tedioso procedimiento concursal. Otra opinión ha sido que el artículo 583 TRLC ha resultado elusivo del concurso en muchas ocasiones, o incluso dilatorio, dando tiempo a los administradores para arreglar contabilidades y/o preparar documentación necesaria[50]. Pero, sin duda, una cosa es cierta, y es que el legislador en el original artículo 583 protegía -y fomentaba- la negociación de estos acuerdos, pues era consciente que, de alcanzarse, podrían llegar a eliminar la situación de insolvencia y, por ende, que la sociedad continuase a cumplir con sus obligaciones. El incentivo para que las sociedades se acogiesen a estas medidas preconcursales era latente, baste mencionar simplemente a título de ejemplo que, una vez que los administradores presentaban la comunicación de inicio de negociaciones frente a los acreedores, estos no podían iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de los bienes del deudor necesarios para la continuidad de la actividad de la sociedad[51].

Es por ello que pensamos, en línea con lo afirmado anteriormente, que la comunicación de las negociaciones al juez competente para el concurso, siempre que estas respondieran a la finalidad de la norma -obtener el acuerdo- y no se utilizasen como un simple instrumento para dilatar el plazo de dos meses podían dar lugar a un cumplimiento alternativo de la convocatoria de la Junta del artículo 365 LSC[52], siempre que posteriormente se solicitase el concurso en plazo, si es que persistía la insolvencia actual; ello enervaría la posible declaración de responsabilidad societaria de los administradores, pues ante la concomitancia de la situación de insolvencia con las pérdidas cualificadas, la voluntad de los administradores de iniciar negociaciones para intentar eliminar la situación de insolvencia constituye un cumplimiento de sus deberes dentro de las competencias que la Ley les otorga, porque debemos tener en cuenta que en la práctica

[50] Vid. *Supra* nota 6, pero en este caso, p. 326.
[51] Así lo disponía el anterior artículo 588 del TRLC, dejando un plazo de tres meses a contar desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para alcanzar o un acuerdo extrajudicial, o las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o para un acuerdo de refinanciación.
[52] Vid. *Supra*, nota 11.

totalidad de las medidas preconcursales que arbitraba el TRLC (antes y después de la Ley 16/2022) parten del impulso y/o la negociación oportuna y preventiva de los administradores[53], con independencia de que en un momento posterior fueran los socios los que las hicieran válidas y efectivas a través de un acuerdo favorable[54]. Al contrario, si se puede probar que la comunicación de las negociaciones persigue como única finalidad eludir el procedimiento concursal, la comunicación no sustituye, según nuestra lógica, a la convocatoria del artículo 365, a menos que las negociaciones permitan remover la causa de disolución del artículo 363 1.e), pues entonces desaparece la obligación de los administradores de instar la junta[55].

4.2. Breve mención a la fase del cumplimiento del convenio y los deberes de convocatoria de la junta del artículo 365.

Ahora bien, situándonos en la hipótesis de que estas negociaciones no hubieran sido fructíferas y se hubiera acudido al procedimiento concursal como medio para hacer desaparecer el presupuesto objetivo que llevó a los administradores a iniciar las negociaciones con los acreedores -la insolvencia inminente-, o si ésta se hubiere degradado en insolvencia actual, resulta interesante analizar qué sucedía si, en caso de haberse finalizado el concurso en la forma típica querida por el legislador - el convenio- y durante la fase de cumplimiento del mismo, la sociedad presentaba una cifra del patrimonio neto que representase la mitad del capital social, es decir, que estuviera incursa en la causa de disolución del artículo 363.1 e) LSC anteriormente explicada.

En un primer momento podemos pensar que lo procedente en este caso sería que los administradores instaran la convocatoria de la Junta del artículo 365 LSC, por cumplirse los presupuestos que la norma establece para ello, sin embargo, nuestro más Alto Tribunal no lo vio así en un primer momento.

---

[53] Ello no significa que la competencia orgánica no siga siendo de los administradores a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2022, sino que han desaparecido todos los instrumentos preconcursales que existían hasta el momento y, por ende, la competencia orgánica para impulsarlos.

[54] Vid. Supra, 26. Téngase presente lo que señala FERNÁNDEZ DEL POZO, L. en "El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación" (d.ad. 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2010, pps. 147 y ss. Dice el autor que ante la falta de definición por el legislador del presupuesto objetivo del instituto preconcursal, los administradores pueden acordar el saneamiento financiero, aunque la entidad ni siquiera esté en situación de insolvencia inminente.

[55] Vid. *Supra*, nota 7.

Tres años después de la promulgación de la LSC, el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en Sentencia 590/2013 de 15 de octubre, afirmó que durante la fase de cumplimiento del convenio no puede surgir el deber de promover la disolución para los administradores, por haber establecido precisamente el legislador el concurso como un "límite al deber de los administradores de promover la disolución", todo ello bajo la lógica de que el concurso se rige por una normativa propia que expresamente prevé la disolución de las sociedades como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación regulada en la LC 2003 y que, en caso de aprobación del convenio, "impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación"[56].

En línea con lo que venimos exponiendo durante el presente Trabajo, no podemos si no que razonar con la interpretación contraria[57]. Es decir, habiendo sido el propio Tribunal Supremo quien ha sentado la Doctrina a través de la cual hemos intentado explicar la diferencia entre las pérdidas cualificadas y la insolvencia, parece que en esta ocasión es él mismo el que solapa ambos conceptos. El artículo 142 LCon. establecía la obligación de acudir a la liquidación -concursal- durante la fase del cumplimiento del convenio cuando los administradores hubieran conocido la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos. Esto es, que la sociedad deviene en insolvencia actual de nuevo[58], pero ello no significa que la sociedad estuviera inmersa en la causa de disolución del artículo 363.1 e) y viceversa. Es decir, si las pérdidas y la insolvencia, aunque la mayoría de las ocasiones se den de forma contemporánea, no tienen por qué solaparse, podemos sostener sin mucho esfuerzo que para el caso de que la sociedad estuviera inmersa en causa de disolución durante la fase de cumplimiento de convenio, pero fuera solvente, lo procedente es acudir a la liquidación societaria, porque sentar lo contrario nos llevaría a afirmar que llegados a este punto de la vida económica de la sociedad subsistiera sólo un

[56] El Tribunal Supremo se refería al artículo 142 de la LCon., como modificado por el artículo 83 de la Ley 38/2011 citada en I*nfra*, 31. En este sentido, el artículo 142 de la LCon. disponía que el deudor debía pedir la liquidación cuando, "durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación."

[57] MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., "Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores", en *Revista Gómez Acebo y Pombo (Sociedades),* octubre de 2022.

[58] "Incumplir con los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas" no es otra cosa, para nosotros, que insolvencia actual, en el sentido del artículo 5 de la LCon.

tipo de liquidación posible -la concursal-, haciendo identificarse no ya los conceptos de pérdidas cualificadas e insolvencia, sino los de liquidación societaria con liquidación concursal, cuya regulación jurídica pertenece a dos textos legislativos diferentes.

Podemos entonces concluir que la situación es equivalente para el caso de la opción preconcursal, esto es, en la fase de cumplimiento de una propuesta anticipada de convenio, pues no encontramos diferencias sustanciales entre una fase y la otra, más que su aprobación se realiza en un caso sin acudir a la fase concursal, mientras que en el otro constituye la forma típica de terminación del procedimiento.

V. EL NUEVO PARADIGMA DEL PRECONCURSO TRAS LA LEY 16/2022.

Una de las razones que nos ha llevado a tratar el argumento acerca de los deberes de los administradores en el presente trabajo es precisamente que, en el momento presente, estamos asistiendo a la que ha sido en estos años quizá la mayor reforma que se ha realizado en nuestro país en cuanto a Derecho Preconcursal se trata. La ya citada Directiva 2019/1023 ha supuesto en cierta medida una regulación mínima en lo que a institutos preconcursales comunitarios se refiere[59]. Sin embargo, aunque somos conscientes de que todavía hoy en día existen procedimientos preconcursales en los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea con reglas muy dispares, la Directiva ha sido el punto de partida de la radical reforma española de los institutos de reestructuración por lo que, según nuestro criterio, merece especial mención en el presente trabajo[60].

No sólo el legislador europeo pretende armonizar el Derecho Preconcursal, sino que además en los próximos años va a promover una armonización del Derecho de la insolvencia[61]. Aunque todavía se trate de una propuesta de contenido exiguo, podemos

[59] Para profundizar en el Derecho Preconcursal comunitario véase PULGAR EZQUERRA, J. "Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023", en *Diario LA LEY* N.º 9474, de 10 de septiembre de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

[60] También lo destaca en este sentido ZABALETA DIAZ, M. "La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva: hacia un derecho comunitario de la preinsolvencia", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (2017), Smarteca.

[61] El 7 de diciembre de 2022 se presentó por parte de la Comisión Europea una propuesta de Directiva: "Proposal of new Insolvency directive harmonising certain aspects of substantive law on insolvency proceedings". En el artículo 6 de la propuesta, enmarcado en el capítulo 2, se establece que los Estados Miembros deberán establecer el plazo de tres meses para que los administradores soliciten el concurso

destacar que existe una mínima pretensión por parte del legislador europeo de unificar el deber de los administradores de solicitar el concurso en el plazo de tres meses desde que se conoció o se pudo haber conocido el estado de insolvencia de la sociedad, todo ello para reducir de manera drástica las diferencias existentes en los Estados Miembros en cuanto a procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas se trata, diferencias que, según el legislador comunitario, incluso han supuesto en ocasiones un obstáculo a la libertad de establecimiento[62], y cuya unificación interesa al mercado único.

Entre otros objetivos que ha traído este nuevo marco regulatorio de la Dir. 2019/1023, el que se hace imposible no destacar brevemente es el relativo a la garantía a empresas y empresarios viables que atraviesen dificultades económicas para que tengan un adecuado acceso a normativas nacionales que sean efectivas para garantizar la reestructuración preventiva[63].

Anteriormente nos hemos ocupado de hacer una breve mención a los instrumentos preconcursales, y reiteramos que las medidas de reestructuración preventiva no eran extrañas ni mucho menos al Derecho Concursal español, donde en la regulación de los diferentes instrumentos preconcursales podrían recoger algunas de las previsiones de la Directiva, pero no todas. Esta es la situación que ha propiciado la radical reforma del TRLC a través de la ya citada Ley 16/2022. La Ley, como exponíamos al principio, viene a modificar el panorama del preconcurso en nuestro país en dos aspectos fundamentales: introduce un nuevo concepto de insolvencia y sustituye todos los instrumentos preconcursales existentes hasta la época por un nuevo -y único- instituto preconcursal: el

siempre que la sociedad fuera insolvente ("was unable to pay its mature debts"). Disponible en: https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/com_2022_702_1_en_act_part1_v5.pdf

[62] La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios garantizan la movilidad de empresas y profesionales en toda la Unión y en el Mercado Interior. El derecho de establecimiento incluye, entre otras cosas, el derecho a administrar empresas para ejercer actividades permanentes. En este sentido, véanse los artículos 49 a 62 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea N.º 326, de 26 de octubre de 2012. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES

[63] Otros objetivos que podemos destacar, aunque no nos ocupemos de ellos en esta sede son, por ejemplo, permitir que los deudores personas físicas de buena fe insolventes puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad. Otro aspecto que se proponía conseguir la Directiva era mejorar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, con el fin de reducir su duración. Véase DE LOS BUEIS CASTAÑARES, R. "Las herramientas de alerta temprana y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español", *R.E.D.S* N.º 17, Julio-Diciembre 2020.

Plan de Reestructuración. Intentaremos en estas líneas acercarnos a esta nueva regulación jurídica desde la perspectiva del derecho de sociedades, pues la Ley 16/2022 enmienda asimismo la LSC en cuanto al deber de convocatoria de la junta[64].

5.1. La probabilidad de insolvencia y los Planes de Reestructuración.

El legislador español ha venido a introducir un nuevo concepto de insolvencia, lo cual hace que, a partir de ahora, existan tres subtipos de la misma. Mientras que la insolvencia actual es el único subtipo que no sufre modificaciones, siguiéndose identificando con el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, cambia en cierta medida también el concepto de insolvencia inminente, otorgando al deudor un plazo de tres meses de previsión de imposibilidad de cumplimiento[65]. Del resto, ambos conceptos se siguen configurando en el aspecto procedimental del mismo modo, esto es, la insolvencia actual supone el deber para el órgano de administración de solicitar el concurso de la mercantil, mientras que la insolvencia inminente sigue siendo un derecho de la deudora para acogerse a las medidas concursales en aras a reestructurar su activo y/o su pasivo[66]. La tercera categoría -la probabilidad de insolvencia- encuentra su definición normativa, no en los presupuestos objetivos del concurso, pues no otorga siquiera facultad al deudor de acceder a él, sino que se encuentra en el artículo 584 TRLC, donde se define el presupuesto objetivo del preconcurso. En este caso, se considerará que existe la probabilidad de insolvencia "cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años." Es decir, parece ser que el legislador pretende fomentar la adopción de medidas preconcursales estableciendo un arco temporal de referimiento bastante amplio, pues asimismo pueden acogerse a estas los deudores que se encuentren en insolvencia inminente o actual[67], lo que refleja la voluntad del legislador por dar cumplimiento a las pretensiones del legislador europeo consistentes en facilitar el

[64] La Disposición Final Séptima de la Ley 16/2022 modifica el apartado 1 y añade un apartado tres al artículo 365 y asimismo da una nueva redacción al artículo 367 de la LSC,

[65] Anteriormente, en el original TRLC no se establecía un plazo concreto para su cómputo a efectos de identificar la insolvencia inminente,

[66] Véase el artículo 5 del TRLC, que no ha sufrido modificación alguna a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

[67] El deudor que se encontrara en estado de insolvencia actual puede comunicar la apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración en tanto no se haya admitido a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario, así lo especifica el apartado 2 del artículo 585 TRLC, modificado por el artículo único 152 de la Ley 16/2022.

acceso a cualquier deudor a las medidas de reestructuración preventiva. Es por ello quizás que la definición se encuentre directamente en el Libro II del TRLC, pues en la letra de la disposición, el inicio de negociaciones para obtener un Plan de Reestructuración parece venir a constituir una *conditio sine qua non* para calificar la probabilidad de insolvencia, lo que seguramente tenga repercusiones posteriores a la hora de calificar e identificar el momento en el que empiezan a contar los términos temporales de la previsión del incumplimiento obligacional[68].

Los Planes de Reestructuración, definidos en el artículo 614 TRLC, son aquellos que tengan por objeto "la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos."

Esta triple división de la insolvencia, como decimos, otorga la facultad al deudor de comunicar al juzgado bien el inicio de negociaciones con los acreedores para obtener el plan de reestructuración, bien la solicitud para su homologación. Como sucedía anteriormente, el artículo 585 TRLC especifica que, en el caso de las personas jurídicas, es el órgano de administración quién ostenta la competencia orgánica para presentar la comunicación correspondiente al inicio de negociaciones.

5.2. El nuevo preconcurso y los deberes de los administradores en relación con la convocatoria de la Junta.

Es interesante destacar que uno de los principales efectos de la presentación de la comunicación[69] es que a los administradores no se les priva de sus facultades de

[68] En este sentido, la Insolvencia es un concepto financiero, deberá ser necesario poner atención en las proyecciones de cash Flow de la mercantil y diagnosticar cuándo puede ser conveniente iniciar a reestructurar. En este sentido razonan THERY, A. y LORENTE, M. En "Los nuevos planes de reestructuración: ¿pueden los acreedores sustituir a los socios en el capital de las compañías?", En *Newsletter Empresa Familiar*, Garrigues, noviembre de 2022.

[69] Comunicación que habrá de cumplir con los requisitos del TRCL, los cuales son los establecidos en el artículo 586 TRCL. Entre los más importantes, podemos destacar que se deberá incluir "cualquier circunstancia existente o que pueda sobrevenir susceptible de afectar al desarrollo o al buen fin de las

organización y administración de la mercantil, aun cuando se nombre un experto en reestructuración[70]. Aunque bien es cierto que son varias las modificaciones que se introducen en cuanto a los efectos que se producen a partir de la presentación de la comunicación, los que interesan para el presente Trabajo son las que se establecen en el Capítulo III del Libro II; capítulo que lleva por título "De la exigibilidad de deber legal de solicitar el concurso y de la causa legal de disolución de la sociedad"; en efecto el nuevo artículo 613 TRLC parece venir a dar una posible respuesta a la concomitancia de la insolvencia -en sus tres vertientes explicadas precedentemente- y las pérdidas cualificadas. Dispone el artículo que "en las sociedades de capital, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará 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." Hasta aquí, si leemos solamente el TRLC, parece que nada tiene que ver el artículo 613 con los deberes de los administradores, recordemos que el acuerdo de disolución es una competencia exclusiva y excluyente de la Junta de socios, la cual no es delegable en el órgano de administración, siempre dentro de la estructura lineal de distribución de competencias que se establece en la LSC. El único supuesto en el cual los administradores son competentes en relación con la disolución -no para acordarla- sino para solicitarla del juez competente, es en los casos en los que la Junta no adopte ninguna medida eficaz para remover la causa de disolución[71].

Sin embargo, como decíamos, la Disposición Final Séptima de la Ley 16/2022 viene a reformar la LSC. Si el TRLC establece como uno de los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones la suspensión del acuerdo de disolución ante las pérdidas cualificadas, los nuevos artículos de la LSC establecen la suspensión de la promoción de la convocatoria de la Junta como efecto principal de la presentación de la comunicación, bien sea de la declaración de concurso, bien de las negociaciones para llegar a un Plan de Reestructuración cuando, junto a la situación de insolvencia, se den las pérdidas del

negociaciones" y además, en cualquier momento de la duración de los efectos de la comunicación podrán comunicar los administradores al juzgado la ampliación o la reducción de los acreedores con los que mantienen las negociaciones y la modificación de posibles importes en el total de los créditos.

[70] Así lo dispone el artículo 594 TRLC, titulado "Regla general" dentro de la Sección 1.ª del Capítulo II del Libro II. Asimismo, la figura del Experto en Reestructuraciones viene regulada a lo largo de los artículos 672 a 681 del TRLC. De manera breve, el experto será (artículo 674 TRLC) "una persona natural o jurídica […] que tenga conocimientos especializados, jurídicos, financieros y empresariales, así como experiencia en materia de reestructuraciones o que acredite cumplir los requisitos para ser administrador concursal."

[71] Artículo 365 LSC en relación con el artículo 366.2 LSC.; Vid. *Supra* nota 28. Dice MEGÍAS LÓPEZ, J., que el deber de los administradores para los casos en los que la Junta no adopte el acuerdo oportuno nace con carácter "subsidiario".; En este sentido también Vid. *Supra* nota 29.

artículo 363.1 e) LSC. Por tanto, a partir de ahora las opciones de las que disponen los administradores son las siguientes:

En primer lugar, reproducimos los apartados 1 y 3 del nuevo artículo 365 de la LSC[72]:

> "1. Cuando concurra causa legal o estatutaria, los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera causa de disolución."

> "3. Los administradores no estarán obligados a convocar junta general para que adopte el acuerdo de disolución cuando hubieran 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. La convocatoria de la junta procederá de inmediato en tanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación."

Llama nuestra atención en primer lugar la indicación que hace el legislador en el apartado tercero del artículo 365 acerca de la convocatoria de la Junta: "no estarán obligados". En relación con lo que se afirmaba anteriormente, la convocatoria de la junta se corresponde con el cumplimiento de los deberes de diligencia y de información que el órgano de administración debe a los socios y a la sociedad en su conjunto. Desde una interpretación literal, nada impediría a los administradores convocar la junta, aunque hubieran solicitado el concurso o iniciado las negociaciones para alcanzar el Plan de Reestructuración, la diferencia es que a partir de ahora viene especificado que, de no hacerlo, no incurrirán en posterior responsabilidad.

Añadir brevemente que, aunque se hace necesario atender a la futura interpretación jurisprudencial de los nuevos deberes que se incluyen en el presente artículo, podemos adelantar la voluntad del legislador de incentivar las negociaciones del nuevo instrumento

[72] Reproducimos en este caso sólo los apartados primero y tercero, pues han sido los que han sido modificados y/o añadidos por la disposición final séptima de la Ley 16/2022. En este sentido, la redacción del apartado 2 del artículo 365 queda intacta tras la entrada en vigor del nuevo texto legislativo.

preconcursal, porque de la literalidad del artículo podemos afirmar que los administradores no estarían obligados a convocar la junta por pérdidas cualificadas, aunque la sociedad fuera solvente. En la hipótesis en la que se dieran pérdidas cualificadas y probabilidad de insolvencia, la comunicación del inicio de las negociaciones enerva el deber de convocar junta, tal y como se desprende del artículo 365.3 y de la lectura del TRLC, aunque por otra parte se hace necesario afirmar que puede darse el caso de que los administradores se sienten a negociar con los acreedores y no se produzca la comunicación, pues no están obligados a efectuarla, al no estar la mercantil bajo el paraguas de las situaciones de insolvencia actual o inminente.

Como hemos comentado, anteriormente el apartado 1 del artículo 365 establecía dos opciones disyuntivas entre ellas: "los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso". Nada se decía del preconcurso, a pesar de la promulgación de las sucesivas reformas de la LC 2003. Pues bien, tenemos que destacar que a partir de ahora el estado de solvencia de la sociedad no interesa al legislador a efectos de la suspensión de la convocatoria del artículo 365. Partiendo del presupuesto de que se haya presentado la comunicación del inicio de las negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración, da igual si la sociedad presenta probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o insolvencia inminente, que el deber de convocar la junta desaparece en todo caso, amén de cumplir la comunicación con los requisitos establecidos en el TRLC.

En nuestro modo de ver, quizás el legislador ha entendido que obligar a convocar la junta para disolver la sociedad puede ser perjudicial para iniciar o continuar las negociaciones con los acreedores, pues no nos olvidemos que en las hipótesis en las que nos situamos la sociedad se encuentra en una difícil situación financiera, y parece preferible liberar a los administradores de posible responsabilidad -societaria-, cuando se encuentran negociando con los acreedores para intentar remediar el estado de insolvencia de la sociedad[73].

[73] Todo ello parece encajar con la lógica del artículo 227 LSC, pues los administradores, en esta hipótesis, podrían, desde nuestra opinión, dar mayor preferencia a los intereses de la sociedad que a los suyos particulares. El artículo 227.2 de la LSC establece los administradores deberán "desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad."

Téngase en cuenta un apunte adicional, y es que quizás el legislador se haya dado cuenta de que en el marco de las negociaciones para la obtención del Plan de Reestructuración se pueden tratar medidas de solución no sólo de la insolvencia, mas de las pérdidas cualificadas, lo que nos hace pensar que tenga sentido suspender la convocatoria de la Junta, no sólo en previsión de alcanzar un remedio para la crisis de solvencia, sino también para intentar remediar la crisis patrimonial.

Todo ello porque, aunque nosotros en el presente trabajo hayamos tratado de resumir las diferencias teóricas y doctrinales entre las pérdidas cualificadas y la insolvencia, en la práctica totalidad de las situaciones de crisis empresarial las dos se dan contemporáneamente; y ello porque tenemos que ser conscientes de que vivimos en un país cuya economía está formada en el 94% por pequeñas y medianas empresas, donde la mayoría son sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital desembolsado en la buena parte de las ocasiones son 3.000 €, y por ello se explica que ante una mala situación económica se den en la mayor parte de los casos las dos situaciones a la vez[74].

Como vemos, si se considera por parte de órgano de administración la posibilidad certera de que a través de la consecución de las negociaciones para la aprobación del Plan de Reestructuración del activo, del pasivo -o de ambos- se podrá resolver la situación financiera de la sociedad y que ésta deje de presentar pérdidas y/o insolvencia, la presentación de la comunicación al juez competente durante ese arco temporal suspende el plazo de dos meses de convocatoria de la Junta para instar a que los socios disuelvan -o remuevan la causa-. El plazo de duración de los efectos de la comunicación es, en principio, de tres meses, que son susceptibles de prórroga siempre que se cumplan los requisitos que se establecen en el TRLC, concretamente en los artículos 607 y 608.

5.3. Posible fracaso de las negociaciones preconcursales.

Al contrario, si los administradores no pueden atisbar un mínimo acuerdo, o como resultado de las negociaciones no se hubieran obtenido propuestas fructíferas, deberán solicitar el concurso, siempre y cuando, claro está, la sociedad estuviera en estado de

[74] VÁZQUEZ CUETO, JC., "Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: la alternativa legal en las sociedades de capital españolas.", *Revista de Derecho (21),* 2016, págs. 75-103.

insolvencia actual, y si la insolvencia fuera inminente, dispondrían igualmente de la facultad de acogerse al procedimiento concursal. Si la sociedad siguiera inmersa en causa de disolución por pérdidas, empezaría a contarse el plazo del que disponen los administradores para convocar la junta del artículo 365. Plazo que parece iniciar su cómputo "de inmediato", como acabamos de ver en el inciso tercero del artículo 365. Llegados hasta este punto, sin embargo, se hace necesario resaltar que en esta ocasión el legislador parece establecer dos inicios para el cómputo de plazos contradictorio. Esto lo decimos porque, aunque en el presente trabajo no tratemos la -posible- responsabilidad por deudas en la que pueden recaer los administradores por haber eludido el deber de convocatoria de la Junta, regulada en el artículo 367 LSC, en el que asimismo se establece que "si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de las negociaciones deje de producir efectos." Esto hace que a primera vista no tengamos netamente claro el significado de "de inmediato" del artículo 365, aunque lo razonable parece pensar que los administradores dispongan de dos meses de plazo para convocar la junta, a contar desde el día en el que deje de producir efectos la comunicación del inicio de negociaciones (esto es, pasados tres meses, más posibles prórrogas)[75].

Desde la perspectiva del TRLC, el artículo 611 establece que, de no haberse alcanzado el plan de reestructuración, si la sociedad se encuentra en insolvencia actual, los administradores deberán solicitar el concurso dentro del mes siguiente al cese de los efectos de la comunicación. Sería interesante conocer cuál será la interpretación jurisprudencial de este artículo, pues de su lectura y relacionándolo con la legislación societaria apenas citada podemos dar la siguiente interpretación: y es que, una vez solicitado el concurso y por tanto finalizados los efectos de la comunicación los administradores no precisen convocar la junta, pues pudiera interpretarse que la comunicación del inicio de negociaciones pudiera equipararse a la convocatoria en algún modo, precisamente porque aunque los efectos de la comunicación de las negociaciones

[75] Decimos "es lo más razonable", puesto a que además se ha presentado una enmienda para la modificación del texto refundido de la LSC de modificación del apartado 3 del artículo 365 para que quede redactado de la siguiente manera: […] "La convocatoria de la junta deberá realizarse en el plazo de dos meses desde que dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación". Enmienda que se ha presentado con justificación de "mejora técnica". Dicha enmienda ha sido publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 98-2, de 21 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-2.PDF#page=1

cesen, son de algún modo sustituidos sin solución de continuidad por los efectos del concurso que son, sin duda , más contundentes[76].

5.4. Pérdidas cualificadas sobrevenidas y desaparición de la insolvencia durante la negociación del plan.

Ahora, situándonos en la hipótesis que durante el tiempo establecido de tres meses para llevar a cabo las negociaciones desapareciera la situación de insolvencia actual, inminente o probable; pero permaneciera la situación de pérdidas cualificadas, se debería contemplar la posibilidad de que los administradores convocasen la junta del artículo 365, pues aunque se encuentre en vigor la suspensión del deber de convocar la misma por los efectos de haber presentado la comunicación, consideramos que los socios tienen derecho a recibir información, y los administradores deben de propiciar -o al menos intentarlo- medidas que puedan ser favorables al interés social para que se pueda remover la causa de disolución. Recordemos que el nuevo artículo 365 suspende el deber de convocatoria a efectos de posible responsabilidad de los administradores, pero no lo elimina. Es importante tener en cuenta el inciso que se encuentra en el primer apartado del artículo 365, que establece que "cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera causa de disolución", lo que permitiría a los socios -especialmente a los que fueran minoritarios- solicitar la convocatoria de la junta durante la suspensión del deber por encontrarse la sociedad en situación de pérdidas cualificadas, y los administradores deberían proceder a su convocatoria.

Para el caso en el que los administradores hicieran caso omiso de la solicitud de los socios, la clave de bóveda para la solución al problema la encontramos en el artículo 366 LSC[77], que el legislador no ha modificado con la Ley 16/2022, y no pensamos que sea porque se haya olvidado de este precepto. En efecto, del artículo 366 LSC nos interesa particularmente el inciso "si la junta no fuera convocada", pues a partir de este momento, habiendo especificado que durante esos tres meses los administradores no tienen la obligación de instar la convocatoria y no se les podrá exigir responsabilidad por ello,

[76] Vid, Supra nota 11.
[77] El artículo 366 LSC dispone que "Si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social […]."

cumpliéndose los requisitos anteriormente expuestos, el legislador otorga la facultad a "cualquier interesado" de instar la disolución societaria por la vía judicial. Ello significa que paralizar el deber de los administradores de convocar la junta para que adopte el acuerdo de disolución no implica que la sociedad no se pueda disolver, o no se pueda instar su disolución, no ya por los administradores, sino por cualquier interesado -acreedores y socios minoritarios fundamentalmente- que pudieran verse perjudicados por la suspensión del deber de convocatoria de los administradores en la hipótesis en la que nos movemos. Por lo tanto, es importante destacar que la comunicación del inicio de las negociaciones no paraliza el plazo para instar la disolución judicial del artículo 366 LSC[78].

5.5. Éxito de las negociaciones y homologación del Plan de Reestructuración.

En el caso de que las negociaciones producidas en plazo durante los efectos de la comunicación dieran lugar a la aprobación y homologación del Plan de Reestructuración, producirían que la sociedad dejara de encontrarse bajo el paraguas del presupuesto objetivo del preconcurso, que recordemos lo constituyen la probabilidad de insolvencia y la insolvencia inminente, también la insolvencia actual -en caso de que no se hubiera admitido a trámite la solicitud de concurso necesario-[79]. Sin embargo, sin mucho esfuerzo podemos afirmar ahora, después de todo el recorrido de nuestro trabajo, que la insolvencia nada tiene que ver con la situación del balance de la sociedad, por lo que nos parece procedente considerar que en caso de alcance de un plan de reestructuración, y por lo tanto una vez la sociedad haya sido reestructurada, si se verifica que la causa de disolución por pérdidas se manifiesta de manera sobrevenida, los administradores otra opción no tienen más que cumplir con el deber de convocatoria del artículo 365 LSC en el plazo de dos meses a contar desde que fueron conscientes de la misma. Por analogía, lo mismo podría suceder para el caso en que, en fase de cumplimiento del Plan de Reestructuración, la sociedad deviniera de nuevo insolvente de manera actual, lo que obligaría a los

[78] Vid. *Supra*, nota 57.
[79] Así lo dispone el apartado 2 del artículo 585 del TRCL, como modificado por la Ley 16/2022.

administradores a solicitar nuevamente el concurso, o a instar que se produjeran nuevas negociaciones para obtener un nuevo plan de reestructuración[80].

Si el deudor presentase solamente una insolvencia probable no tiene opción a acceder a la fase concursal, solo al preconcurso. Ello permitiría a los administradores bien presentar la comunicación del inicio de las negociaciones, bien solicitar directamente homologar un plan de reestructuración. Para ese caso, en el de la concomitancia de la probabilidad de insolvencia con las pérdidas cualificadas, los administradores podrían optar por convocar la junta del artículo 365 directamente, o proceder a efectuar la comunicación del inicio de negociaciones, teniendo presente que a partir de que se produjeran las mismas en plazo y forma, el deber de convocatoria quedaría en suspenso de nuevo por efecto del propio artículo 365 LSC y el 613 TRLC.

5.6. Breve mención a la conocida como "moratoria societaria".

Nos ha resultado interesante incluir al final de nuestro trabajo una breve mención a la conocida como "moratoria societaria" que ha tenido lugar en nuestro país a partir de la propagación del virus COVID-19. En el contexto de incertidumbre que se presentó en el año 2020, el legislador decidió implementar una serie de medidas de soporte a las sociedades mercantiles que, debido a las medidas de contención pandémica, se vieron obligadas a cesar su actividad. A tal efecto, se aprobó 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[81].

En este sentido, en el Preámbulo de la Ley el legislador adelanta que en el texto de la misma se habían incluido dos normas para "atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital[…]", en efecto, en el Capítulo II, titulado "Medidas concursales y societarias" encontramos en el artículo 13 la suspensión de la causa de disolución por pérdidas, donde en su redacción original se establecía que "a los

[80] Dígase lo mismo para el caso en el que se hubiera celebrado el procedimiento concursal y se hubiera llegado a la solución convencional donde, durante el cumplimiento de la misma, si se verificase la causa de disolución del artículo 363.1e), los administradores deberán convocar la junta del artículo 365.

[81] 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 fue publicada en el B.O.E N.º 250, de 19 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2020/09/18/3/con

efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e)" de la LSC, los administradores no debían tomar en consideración las pérdidas producidas en el ejercicio 2020. A continuación, en el año 2021 el legislador viene a modificar el citado artículo a través del Real Decreto Ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el cual incluye que no se tengan en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021. Hace menos de un mes, el legislador vuelve a modificar el periodo de referencia a través del Real Decreto Ley 20/2022, de 27 de diciembre. Así, con la entrada en vigor del mismo a partir del 28 de diciembre de 2022, se establece que "no se tomarán en consideración las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021 hasta el cierre del ejercicio que se inicie en el año 2024. Si, excluidas las pérdidas de los años 2020 y 2021[…] en el resultado del ejercicio 2022, 2023 o 2024 se apreciaren pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores […] la celebración de la junta para proceder a la disolución".

En síntesis, los administradores de las sociedades que hayan procedido a cerrar el ejercicio social a 31 de diciembre de 2022 deberían haber constatado, si las hubiera, la existencia de pérdidas cualificadas sin haber tenido en cuenta las producidas en los ejercicios de 2020 y 2021[82]. Si constataren la existencia, dispondrán de dos meses desde la fecha del cierre del ejercicio para convocar la Junta General. Por cierto, se hace necesario aclarar que, a primera vista, el artículo 13 de la Ley 3/2020 podría dar lugar a confusión en cuanto a su redacción. La junta no se convoca "para proceder a la disolución", como hemos venido explicando a lo largo del presente trabajo, los socios en la Junta pueden también adoptar medidas para remover la causa, siempre que constasen en el orden del día de la convocatoria; o ahora sí, si lo estiman conveniente, adoptar el acuerdo de disolución[83]. Lo mismo sucedería para el caso del cierre de los ejercicios 2023 y 2024, donde los administradores no computaran las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021.

[82] ÁREA DE CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, "Prórroga hasta fines de 2024 de la "moratoria societaria", Cuatrecasas, disponible en: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/espana-prorroga-hasta-fines-de-2024-de-la-moratoria-societaria

[83] Así lo dispone el artículo 365 LSC apartados 1 y 2, "cuando concurra causa legal o estatutaria, los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución"; "[…] o, si constare en el orden del día, aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa".

Finalmente, si la sociedad fuera insolvente -de manera probable, inminente o actual-, los administradores deberán instar las soluciones explicadas precedentemente, bien pueden comunicar al juzgado el inicio de las negociaciones para obtener el Plan de Reestructuración, bien solicitar acogerse al procedimiento concursal según se cumplan los presupuestos que establece la legislación concursal al efecto.

VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos constatado que la distinción entre los institutos de las pérdidas cualificadas y la insolvencia es de vital importancia para los administradores de las sociedades de capital, que puede hacerles optar por instar unas soluciones u otras que la Ley arbitra en aras a conseguir la viabilidad financiera de las sociedades en el tráfico jurídico. En unos casos, el legislador pretende impedir que sociedades con una mala situación financiera sigan operando en el tráfico económico y puedan perjudicar a sus acreedores y a terceros, en otros casos intenta evitar que sociedades económicamente viables terminen bajo un proceso de liquidación -quizá prematura- simplemente por no haber sido reestructuradas de manera temprana.

Se ha visto como las pérdidas cualificadas que vienen definidas en la LSC nada tienen que ver con la insolvencia de la Ley Concursal. En el primero de los casos, estas se identifican con una mala situación patrimonial o de balance empresarial, mientras que la segunda se identifica con la imposibilidad de la sociedad para dar cumplimiento a las obligaciones para con sus acreedores. Hemos visto que, a pesar de ello, ambas situaciones suelen darse contemporáneamente, lo que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/2022 suponía un problema para determinar cuáles eran concretamente los deberes que los administradores tenían que cumplir ante la concomitancia de dichas situaciones.

Todo ello venía a complicarse con la introducción por parte del legislador de los denominados “institutos preconcursales”, que en aras a otorgar a las sociedades mayor agilidad en los procesos de reestructuración, permitían a la sociedad negociar con los acreedores con anterioridad a la verificación de la insolvencia, pero de los que nada se decía en el artículo 365 LSC.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2022, el legislador ha venido a establecer una reforma de la legislación societaria muy esperada en la práctica, donde se establece que, a partir de la comunicación del inicio de las negociaciones para la obtención de un plan de reestructuración, así como cuando los administradores instan el concurso de acreedores, queda en suspensión el deber de convocar junta para adoptar el acuerdo de disolución por las pérdidas cualificadas del artículo 363.1e) LSC durante la vigencia de los efectos de la comunicación que es, en principio, de tres meses más posibles prórrogas.

Esta suspensión del deber de convocatoria supone, según nuestra opinión, contribuir a mejorar las negociaciones entre la sociedad y los acreedores para proceder a la reestructuración. Ello porque, en un momento tan delicado de la vida de la sociedad, parece tener sentido liberar a los administradores de la obligación de la convocatoria de la junta del artículo 365 en aras a otorgar una mayor seguridad a los acreedores. Teniendo presente una lógica adicional, y es que en las negociaciones para obtener el Plan de Reestructuración no sólo se pueden negociar medidas para remediar el estado de insolvencia, también para corregir el desbalance patrimonial producido por las pérdidas cualificadas, lo que da como resultado que tenga sentido atender al fin del plazo para las negociaciones entre sociedad y acreedores.

En fin, tenemos que afirmar que el momento en que suscribimos el presente trabajo parece temprano, pues la reforma ha entrado en vigor en nuestro país el 26 de septiembre de 2022, lo que nos obliga a tener que esperar una interpretación jurisprudencial de las disposiciones citadas pero que, sin embargo, hemos intentado describir a través de una perspectiva histórica de nuestro Derecho Mercantil, intentando establecer una ordenación de los deberes de los administradores en cada caso.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UBERA, A./ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma.* T. II, Pamplona, 2011, Aranzadi.

CASTAÑARES, R. "Las herramientas de alerta temprana y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español", N.º 17, Julio-Diciembre 2020, *R.E.D.S.*

ESTEBAN VELASCO, G. (coord.) *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, Marcial Pons.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. en "El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación" (d.ad. 4ª LC). *Propuesta de reforma legislativa*, Madrid, 2010, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

HUALDE LÓPEZ, I., "La evolución del moderno derecho de insolvencia en España", Lección Inaugural, Pamplona, 2017, UNED.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., "Reforma del régimen legal de disolución por pérdidas y responsabilidad de los administradores", en *Revista Gómez Acebo y Pombo (Sociedades),* octubre de 2022.

MEGÍAS LÓPEZ, J., "Competencia orgánica y crisis económicas de sociedades de capital: disolución, preconcurso y concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* N.º 22/2015, Madrid, Wolters Kluwer.

MORALES BARCELÓ, J. "La coordinación entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad societaria en Derecho español.", *Revista de Derecho (21),* 2017.

MUÑOZ PAREDES, A., "Pérdidas e Insolvencia en el proyecto de Reforma de la Ley Concursal", *Diario LA LEY*, N.º. 10008, de 11 de febrero de 2022, Editorial Wolters Kluwer.

PULGAR EZQUERRA, J. “El concurso de acreedores: la declaración”, *Diario LA LEY*, Madrid, 2009, Editorial Wolters Kluwer.

PULGAR EZQUERRA, J. “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023”, en *Diario LA LEY* N.º 9474, de 10 de septiembre de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

RECAMÁN GRAÑA, EVA., “Los deberes de los administradores sociales en situación de crisis empresarial en el marco norteamericano”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* N.º. 17, 2012.

ROJO, A./ BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Navarra, 2011, Civitas.

SANCHEZ CALERO, F., SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de Derecho Mercantil,* Madrid, T. II, 2020, Thomson-Reuters Aranzadi.

THERY, A. y LORENTE, M. En “Los nuevos planes de reestructuración: ¿pueden los acreedores sustituir a los socios en el capital de las compañías?”, En *Newsletter Empresa Familiar*, Garrigues, noviembre de 2022

TORRERO MAÑAS, A., *La crisis financiera internacional y sus efectos sobre la economía española*, Madrid, 2011, Marcial Pons.

VÁZQUEZ CUETO, JC., “Disolución por pérdidas o solicitud de concurso voluntario: la alternativa legal en las sociedades de capital españolas.”, *Revista de Derecho (21),* 2016.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2ª Ed., Tomo II, 1986, Librería Bosch.

ZABALETA DIAZ, M. “La propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración preventiva: hacia un derecho comunitario de la preinsolvencia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (2017), Smarteca.